

LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO AUTOCONTENÇÃO
FREEDOM OF EXPRESSION AS SELF-RESTRAINT AUTOCONTENÇÃO

Autor: Matthew Kramer¹⁰
Tradutor: Gilberto Morbach¹¹

RESUMO: Em meu livro mais recente, *Freedom of Expression as Self-Restraint*, articulo e defendo o princípio moral da liberdade de expressão. Este artigo recupera alguns dos principais elementos da obra e aborda, também, a justificação do princípio da liberdade de expressão. Para suplementar as ideias mais abstratas abordadas neste artigo, trago uma série de exemplos ilustrativos que tornam as abstrações mais acessíveis.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; liberdade; John Stuart Mill; Primeira Emenda.

ABSTRACT: In my recent book *Freedom of Expression as Self-Restraint*, I expound and defend the moral principle of freedom of expression. This article recounts a few of the main strands of the exposition in that book, and it touches upon the justification for the principle of freedom of expression. Supplementing the abstract ideas broached in the article are several illustrative examples that render the abstractions more accessible.

Key-words: Freedom of expression.; liberty; free speech; John Stuart Mill; First Amendment.

1. INTRODUÇÃO

O princípio moral da liberdade de expressão, tal como articulado em meu livro *Freedom of Expression as Self-Restraint* (2021), compreende o que segue. Todo sistema de governança é moralmente obrigado a se abster de penalizar quaisquer atividades comunicativas enquanto atividades comunicativas. Em outras palavras, quaisquer restrições impostas por um sistema de governança a determinada atividade comunicativas serão moralmente legítimas somente se impostas não porque a atividade é comunicativa, mas porque ela representa um tipo de conduta reprovável cuja reprovabilidade

¹⁰ **Qualificação:** *Fellow* da British Academy e da Churchill College, Cambridge. Professor de Filosofia Política e Filosofia do Direito e diretor do Cambridge Forum for Legal and Political Philosophy, na Universidade de Cambridge

¹¹ **1. Qualificação:** Pesquisador de pós-doutorado, como bolsista da FAPESP, na Faculdade de Direito da USP. Doutor e mestre em Direito pela Unisinos, summa cum laude, como bolsista do CNPq. Pesquisador visitante no Cambridge Forum for Legal and Political Philosophy, na Universidade de Cambridge, como bolsista da CAPES; **2. e-mail:** gmorbach@usp.br; **3. Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7136420209962979>; **4. ORCID:** 0000-0003-3765-6532; e **5. vinculação:** FDUSP (SP)

(‘*wrongfulness*’)¹² é independente em relação ao caráter de comunicação (‘*communication-independent*’).¹³ Claramente, nessa articulação da liberdade de expressão, a ideia de independência em relação à comunicação assume importância central. Assim, este artigo inicia sua exposição de alguns dos elementos da liberdade de expressão, assim articulada, explicando o significado de independência de comunicação.

2. INDEPENDÊNCIA EM RELAÇÃO À COMUNICAÇÃO

Quando faço referência a condutas reprováveis que são independentes em relação à comunicação, ou à reprovabilidade independente em relação à comunicação, isso pode acabar confundindo leitores, uma vez que essas passagens podem ser lidas como se eu estivesse sugerindo que eventual classificação de enunciados orais como condutas reprováveis (ou parcialmente reprováveis) não se deve àquilo que foi comunicado por esses enunciados. Tenhamos aqui em mente alguns dos vários exemplos de conduta reprovável de tipo independente em relação à comunicação que levantei em meu livro: o

¹² ‘*Wrongfulness*’ representou uma dificuldade particular na tradução deste texto, não apenas por se tratar de um termo sem uma tradução direta ao português — daí por que, além de inserir esta nota com a explicação que segue, optei por conservar o termo entre parênteses no original. Apesar de não ter um equivalente imediato no português, o termo ‘*wrongfulness*’ teria ainda outras traduções possíveis que, em nossa linguagem corrente, soariam melhor que ‘reprovabilidade’, como ‘ilicitude’ ou ‘erroneidade’. Optei por ‘reprovabilidade’, porém, porque ‘ilicitude’ parece pressupor uma conduta ilícita do ponto de vista penal, o que não é necessariamente o caso aqui, enquanto ‘erroneidade’ pode eventualmente indicar engano por parte do agente. Quando falo — ou melhor, quando o autor fala — em ‘reprovabilidade’, ‘*wrongfulness*’, o que está em questão é o elemento, a propriedade, aquilo que há de errado ou reprovável em uma conduta *que faz com essa conduta seja errada ou reprovável*. Dito de outro modo, é a qualidade daquilo que é ou pode ser considerado reprovável. No inglês, o sufixo ‘-ness’, geralmente, serve para transformar um adjetivo em um substantivo. Se ‘*wrongful*’ é errado, mau, injusto, reprovável, ‘*wrongfulness*’ expressa a propriedade que torna algo errado, mau, injusto, reprovável. Quando possível, alterei levemente a estrutura da frase para torná-la mais natural, fluida, em português, mas isso nem sempre foi possível, dada a centralidade do termo no/para o artigo. [Nota do tradutor.]

¹³ Este é um caso parecido com ‘*wrongfulness*’, de tradução um pouco menos complicada mas ainda mais central para o artigo de Kramer. Uma vez que é um termo (no caso da tradução, uma locução, já que não temos a possibilidade, como no inglês, de uma hifenização que transforma duas palavras em uma) que aparece com bastante frequência, também optei por apresentar o original entre parênteses em sua primeira menção no texto. É esse o termo, ‘*communication-independent*’, que o leitor deve ter em mente quando se deparar com expressões como ‘independente em relação à comunicação’ ao longo do texto. No caso, a tradução é menos problemática do que no caso anterior porque, diferentemente de ‘*wrongfulness*’, ‘*communication-independent*’ não é um termo corrente na língua inglesa, mas um termo do próprio autor no contexto específico de sua discussão na filosofia política analítica, cujo significado vai ficando claro ao longo do próprio artigo — já que a primeira seção do texto é dedicada exatamente a explicá-lo. [Nota do tradutor.]

alerta falso e mal-intencionado num grito de “Fogo!” em um teatro lotado e as incitações inflamadas de um orador diante de uma turba agitada em frente à casa de um vendedor de milho.¹⁴ Minha discussão nesta seção se dará em referência a esses dois exemplos a fim de torná-la mais acessível do ponto de vista prático, concreto, mas seus pontos e conclusões são generalizáveis.

Como é evidente, o grito no teatro expressa uma mensagem, de forma robusta, a seus destinatários. Sua pretensão é a de induzir ações imediatas que geram risco à vida dos destinatários, mas esse efeito é atingido deliberadamente por meio das alterações nas crenças e disposições que são engendradas pela transmissão da mensagem mesma. Consequentemente, aquilo que há de errado, de reprovável no grito depende daquilo que foi comunicado nas circunstâncias nas quais o grito ocorreu. Uma explicação adequada da reprovabilidade em questão, assim, precisa fazer referência ao conteúdo e ao contexto do ato comunicativo. São esses os elementos da fala que permitem que esta seja classificada como induzimento (ou tentativa de induzimento) de uma agitação pública perigosa. Em outras palavras, a classificação do grito mal-intencionado como um exemplo de conduta reprovável que independe da comunicação deve-se à mensagem transmitida pelo grito e às circunstâncias nas quais a transmissão dessa mensagem ocorreu.

Igualmente, se a locução ‘independente em relação à comunicação’ pretendesse indicar que a reprovabilidade do ato de gritar “Fogo!” não se deve ao sentido comunicativo da fala, ela seria inadequada. Ocorre que, quando caracterizo a reprovabilidade da fala como sendo de tipo independente em relação à comunicação, ou quando sustento que a fala pode corretamente ser sujeita a sanções — enquanto modo de conduta reprovável independente de comunicação —, não estou sugerindo que a reprovabilidade não pode ser atribuída ao conteúdo e ao contexto da mensagem expressada pelo grito. O ponto é que o grito pertence a uma categoria de conduta reprovável — a categoria do induzimento (ou

¹⁴ Dois exemplos célebres na filosofia política e jurídica ou no direito constitucional. O primeiro, do grito de “Fogo!” no teatro lotado, foi elaborado por Oliver Wendell Holmes; o segundo, da incitação de violência em frente à casa de um vendedor de milho local, de John Stuart Mill. [Nota do tradutor.]

tentativa) de agitação pública perigosa — que não é *inerentemente* comunicativa.¹⁵ Há uma série de exemplos ou manifestações, existentes ou potenciais, desse tipo de conduta reprovável que são comunicativas, assim como há uma série de exemplos ou manifestações que são não-comunicativas. Essas manifestações heterogêneas são categorizadas juntas em razão das propriedades em comum que as tornam reprováveis. Essas propriedades são concretizadas por qualquer ação ou esforço para iniciar ou exacerbar uma situação de desordem pública perigosa, seja a ação ou esforço de caráter comunicativo ou não. Uma vez que as ações que concretizam as propriedades que tornam a conduta reprovável podem ser tanto comunicativas quanto não-comunicativas, é precisamente por essa razão que a concretização dessas propriedades pode ser classificada como sendo de tipo independente em relação à comunicação — e, uma vez que a reprovabilidade de qualquer ação desse tipo não depende de ela ser de caráter comunicativo ou não-comunicativo, também sua reprovabilidade pode ser classificada como independente de comunicação.

Voltemo-nos agora ao discurso inflamado de um orador que incita os membros de uma turba em frente à casa de um vendedor de milho, incitando-os a atacarem violentamente o vendedor. Claramente, o discurso inflamado aqui é comunicativo; por meio dele, o orador transmite de forma intencional uma mensagem muito clara, assim como transmite sentimentos malignos aos membros da turba. Em razão de seu conteúdo comunicativo e em razão das circunstâncias nas quais esse conteúdo aparece, o discurso do orador é constitutivo de sua participação direta em um linchamento. Considerando-se a proximidade de seu discurso em relação aos atos de violência praticados contra o vendedor de milho, e considerando-se o papel exercido por suas declarações no encorajamento deliberado da turba violenta, suas falas pode ser propriamente classificadas enquanto estágios iniciais da violência. Tal classificação — enquanto participação direta no linchamento — deve-se ao contexto e aos conteúdos comunicativos da fala. Assim, quando sustento que o discurso constitui um modo de conduta reprovável de tipo independente em relação à comunicação, não estou sugerindo que a reprovabilidade do discurso não é

¹⁵ Itálico do tradutor.

passível de ser atribuída ao que foi comunicado. Sua reprovabilidade é de tipo independente em relação à comunicação, mas não nesse sentido absurdo.

Na verdade, a independência em relação à comunicação da conduta reprovável (ou sua reprovabilidade) consiste no fato de que a participação direta de uma pessoa em um linchamento pode ocorrer tanto por meio de ações comunicativas quanto por meio de ações não-comunicativas. Um discurso inflamando que estimula a violência de uma turba é um modo por meio do qual alguém pode contribuir diretamente para com um linchamento, assim como colocar uma corda ao redor do pescoço da vítima. Esses dois modos de participação direta, como outros incontáveis exemplos de modos possíveis de participação, são agrupados em uma mesma categoria de más ações em razão das propriedades que têm em comum e que tornam a conduta reprovável. É porque o discurso inflamado pertence a essa categoria de más ações que ele pode ser propriamente classificado como uma conduta reprovável que de tipo independente em relação à comunicação. Ele pertence a um gênero que atravessa a distinção entre o que é comunicativo e o que é não-comunicativo, e seu pertencimento a esse gênero é o que explica a legitimidade de sua proibição. Sanções podem ser legitimamente impostas ao incitamento não enquanto ato comunicativo, mas enquanto participação direta em um atentado contra a vida. Toda e qualquer pessoa que tiver participado diretamente do mesmo crime de maneira não-comunicativa estará igualmente passível de sofrer sanções do tipo, uma vez que o raio de aplicabilidade de sanções legítimas — assim como a categoria de má conduta em relação à qual elas representam respostas punitivas — atravessa a distinção entre o que é de tipo comunicativo e o que é de tipo não-comunicativo.

É nesse sentido que acabo de explicar, e não no sentido absurdo que mencionei acima, no penúltimo parágrafo, que a conduta reprovável constituída pelo discurso inflamado do orador que incita a violência é de tipo independente em relação à comunicação. Esse tipo de conduta reprovável (participação em um ato de violência contra a vida) compreende manifestações comunicativas e manifestações não-comunicativas igualmente, e uma proibição legítima de condutas desse tipo direciona-se àquilo que elas

têm em comum, não àquilo que dizem respeito apenas às manifestações comunicativas. Portanto, assim como o próprio tipo de conduta reprovável, a proibição legítima aqui é de tipo independente em relação à comunicação. Estendendo-se igualmente às manifestações comunicativas e não-comunicativas, uma proibição desse tipo respeitaria todas as exigências de neutralidade que são fundamentais ao princípio da liberdade de expressão.

3. A NEUTRALIDADE EXIGIDA PELO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Como acabo de sugerir, o princípio da liberdade de expressão exige, em qualquer sociedade, que a relação entre o sistema de governança dessa sociedade e as atividades comunicativas de seus cidadãos seja marcada por uma série de tipos de neutralidade. É somente na medida em que cada um desses tipos de neutralidade é observado que um sistema de governança terá exercido a autocontenção envolvida em jamais impor sanções ou penalidades dirigidas a ações comunicativas enquanto ações comunicativas.

3.1. NEUTRALIDADE EM RELAÇÃO À COMUNICAÇÃO

O modo mais geral em que todo sistema de governança deve ser neutro em relação à conduta comunicativa de seus cidadãos é o seguinte: este jamais pode tratar o caráter comunicativo da conduta como fundamento para impor sanções (ou outras penalidades) ou como fundamento para conferir benefícios. Sob o princípio da liberdade de expressão, os propósitos de todas as restrições governamentais, assim como os termos em que estas são impostas, devem respeitar essa exigência geral de neutralidade em relação à comunicação. Uma ênfase, uma insistência na neutralidade desse tipo é subjacente a algumas das mais célebres distinções e doutrinas consagradas no direito constitucional americano.

Consideremos, novamente e de forma breve, o célebre exemplo, de Oliver Wendell Holmes, do homem que grita “Fogo!” no teatro lotado. Muito embora a ação seja comunicativa, sua proibição pode ser moralmente legítima, porque a ação em questão representa um tipo de conduta reprovável cuja reprovabilidade não é exclusivamente

comunicativa. Isto é, o grito é uma tentativa de criar desordem pública em circunstâncias nas quais a desordem tende a resultar em lesões, mortes e danos a propriedade. Uma tentativa tal poderia ser igualmente empreendida por meio de conduta não-comunicativa, como disparar uma arma de fogo ou, no caso, iniciando o próprio incêndio. Assim, uma lei que veda uma conduta desse tipo pode ser — e quase sempre será —, em seu propósito, neutra em relação à comunicação. Uma lei desse tipo, proibindo o induzimento de grave desordem pública, bem pode prever sanções sem tratar o caráter comunicativo desta ou daquela manifestação da conduta proibida como o fundamento para a imposição dessas sanções.

Abordemos aqui também uma distinção que elaborei em maior detalhe em meu livro sobre liberdade de expressão: a distinção entre defesa e incitação, tal como articulada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no famoso caso *Brandenburg v. Ohio*, em 1969. Quando as falas de alguém incitam outras pessoas ao envolvimento em atos criminosos, elas têm o objetivo de provocar alguma conduta criminosa em circunstâncias nas quais sua ocorrência iminente é uma consequência provável a ser derivada das falas. Isto é, a comunicação que equivale ao incitamento caracteriza-se por três elementos: a intenção quanto ao elo entre a comunicação e a conduta grave, a iminência da conduta, e a probabilidade de sua ocorrência. Em contraste, quando alguém defende a perpetração de alguma conduta sem, com isso, cometer incitação, ao menos um dos três elementos estará ausente. Um clássico exemplo de incitação, que já considerei na seção §1 acima, é o de John Stuart Mill (1956, pp. 67-68), de um orador inflamado que brada contra a injustiça promovida por comerciantes de milho enquanto se dirige a uma turba agitada em frente à casa de um vendedor de milho local. No exemplo de Mill, assim como em outros casos de incitação, a expressão de enunciados inflamados por parte de um orador constitui sua participação na conduta grave e iminente que os enunciados pretendem e tendem a provocar. Dada a proximidade entre as falas de incitação e o crime iminente que elas pretendem provocar, elas podem ser subsumidas ao crime como constituintes de seus estágios iniciais. Consequentemente, a imposição de sanções ao orador no exemplo de Mill

são inequivocamente consistentes com o princípio da liberdade de expressão. A punição aparece não em razão do caráter comunicativo dos atos do orador, mas em razão destes constituírem seu envolvimento direto e deliberado em um linchamento. De igual modo, a punição é, assim, neutra em relação à comunicação.

Em contextos nos quais um agente (como o orador de Mill) estimula outras pessoas a cometerem atos de violência (ou quaisquer outros atos criminosos), o critério de *Brandenburg* permite que determinemos se o discurso pode ser penalizado de forma neutra em relação à comunicação ou não. Se as falas em questão preenchem o critério *Brandenburg* como teste de incitação, então uma proibição jurídica — uma proibição a atos de vandalismo, agressão ou assassinato, por exemplo —, neutra em relação à comunicação, pode ser aplicada às falas de forma igualmente neutra em relação à comunicação. De outra parte, se as falas não preenchem algum dos critérios de *Brandenburg*, sendo assim classificadas como mera defesa e não incitação, então quaisquer sanções impostas não serão neutras em relação à comunicação. Mesmo se a vedação legal que embasa a sanção for neutra em relação à comunicação (como a proibição a atos de vandalismo, agressão ou assassinato), sua aplicação a um ato de mera defesa não será neutra em relação à comunicação. Diferentemente da incitação, a mera defesa não pode ser subsumida à conduta a ela relacionada; não há aproximação suficiente entre a fala e a conduta para que haja subsunção. Assim, se sujeita a sanções, ela será sujeita a sanções enquanto ato de comunicação e não enquanto estágio inicial de um crime configurado por conduta independente em relação à comunicação. Impostas em circunstâncias tais, as sanções não serão neutras em relação à comunicação e, assim, violarão o princípio da liberdade de expressão. jamais impor sanções ou penalidades dirigidas a ações comunicativas enquanto ações comunicativas.

3.2. NEUTRALIDADE EM RELAÇÃO À COMUNICAÇÃO

Outro dos tipos de neutralidade exigidos pelo princípio da liberdade de expressão é o da neutralidade em relação ao conteúdo, que comporta duas variantes principais:

neutralidade em relação ao assunto ou objeto e neutralidade em relação ao ponto de vista. Examinemos cada uma dessas variantes.

3.2.1. NEUTRALIDADE EM RELAÇÃO AO ASSUNTO

Um sistema de governança que respeita devidamente a exigência de neutralidade em relação ao assunto não estabelece discriminação quanto aos assuntos que podem ser levantados quando se tratar de quaisquer atividades comunicativas permitidas. Para fins de ilustração, será útil um exemplo no qual essa exigência foi ignorada. Suponhamos que uma lei municipal autorize, mediante o pagamento de alguma taxa, a veiculação de propagandas nas traseiras e laterais dos ônibus locais, e suponhamos que essa lei exclua do raio dessa autorização quaisquer propagandas que mencionem tópicos ou assuntos considerados sensíveis ou polêmicos do ponto de vista político. Essa exclusão não estabelece qualquer discriminação em relação ao ponto de vista, uma vez que aplicável a quaisquer propagandas políticas, independentemente de suas respectivas posições no espectro político — estabelecendo, porém, discriminação quanto ao assunto. No que diz respeito a um ambiente público de destaque, seu propósito é o de delimitar a esfera de assuntos que podem ser levantados por potenciais comunicadores e considerados ou avaliados por parte dos destinatários em potencial dessas comunicações.

Uma restrição tal, em relação a determinados conteúdos, viola o princípio da liberdade de expressão, muito embora um governo municipal bem possa proibir a veiculação de propagandas, como um todo, nos ônibus da cidade. O que viola o princípio da liberdade de expressão não é a extensão, o alcance da restrição, mas sua especificação. Certamente, essa característica da restrição poderia ser ainda mais acentuada: por exemplo, em vez de vedar toda e qualquer propaganda política, a legislação poderia proibir apenas propagandas relacionadas ao aborto, ou apenas propagandas que abordassem questões relacionadas à imigração. Qualquer dessas vedações seria menos abrangente que a proibição de todo e qualquer assunto político, mas, precisamente por essa razão, qualquer uma delas seria ainda mais específica enquanto esforço voltado a direcionar o fluxo

discursivo num ambiente público de destaque. Conforme argumentei em maior detalhe no Capítulo 04 de *Freedom of Expression as Self-Restraint*, a seletividade demasiada pode ser tão problemática em relação à liberdade de expressão quanto a amplitude excessiva.¹⁶

3.2.2. NEUTRALIDADE EM RELAÇÃO AO PONTO DE VISTA

Talvez ainda mais importante que a neutralidade em relação ao assunto, um aspecto do respeito ao princípio da liberdade de expressão por parte de um sistema de governança é a neutralidade em relação ao ponto de vista. Suponhamos que, em vez de vedar qualquer propaganda política das traseiras e laterais dos ônibus locais, uma lei municipal proibisse propagandas que veiculassem oposição expressa às políticas do Partido Trabalhista (*Labour*) do Reino Unido — ou que, em vez de vedar qualquer propaganda que mencionasse a questão do aborto, uma lei municipal proibisse apenas propagandas em favor da proibição do aborto. Nenhum desses exemplos envolve uma restrição quanto à esfera de assuntos que podem ser legalmente tratados num espaço público de destaque, mas, em ambos os casos, há uma restrição quanto aos pontos de vista que podem figurar nesses espaços. Adversários do *Labour* ou pessoas favoráveis à proibição do aborto não estariam autorizadas a expor suas visões na forma de propaganda política em ônibus públicos, enquanto partidários do *Labour* e defensores do aborto legal estariam legalmente autorizados a fazê-lo.

Uma vez mais, o que torna a proibição problemática é sua seletividade. Uma administração municipal não tem a obrigação moral de disponibilizar as laterais e traseiras de seus ônibus públicos para a veiculação de propagandas, mas uma medida que disponibilize esses espaços mediante o pagamento de alguma taxa não pode estabelecer de forma legítima qualquer discriminação em relação aos pontos de vista de potenciais anunciantes. Como sustentei no já mencionado capítulo de meu livro de 2021, a seletividade desse tipo de discriminação é particularmente problemática porque desrespeita gravemente a autocontenção que é moralmente exigida de todo e qualquer sistema de

¹⁶ Ver KRAMER, 2021, pp. 155-59. Para uma abordagem esclarecedora acerca desse ponto, ver KAGAN, 1992 (tendo alguns trechos do texto sido suplantados em KAGAN, 1996. Ver também SUK, 2012, pp 146-47.

governança pelo princípio da liberdade de expressão. Por um lado, essa autocontenção seria grosseiramente abandonada por meio do estabelecimento de qualquer restrição mais abrangente direcionada a atividades comunicativas em contextos nos quais proibições significativas não são moralmente permitidas. Por exemplo, se uma administração municipal promulgasse uma lei proibindo os cidadãos de conversarem em parques ou estações públicas, sua tentativa autoritária de regular o discurso público violaria muito flagrantemente o princípio da liberdade de expressão. Por outro lado, não é apenas o caso que desvios da neutralidade em relação ao assunto ou ao ponto de vista sejam moralmente ilegítimos somente nos contextos mencionados — esses desvios seriam igualmente ilegítimos do ponto de vista moral em contextos nos quais determinadas restrições mais gerais seriam, por sua vez, moralmente legítimas. Acabamos de ver um contexto desse segundo tipo: enquanto uma administração local pode, legitimamente, vedar a veiculação de qualquer propaganda nas laterais ou traseiras de seus ônibus, restrições específicas em relação ao assunto ou ponto de vista não seriam moralmente permitidas mesmo nesses contextos. Enquanto tentativas de controlar os padrões do discurso e da contemplação pública, proibições específicas quanto ao assunto ou ponto de vista são desvios ainda mais patentes do ideal governamental de autocontenção do que proibições mais gerais que não estabelecem distinções.

3.3. NEUTRALIDADE EM RELAÇÃO AO COMUNICADOR

Outro tipo de imparcialidade exigida de um sistema de governança sob o princípio da liberdade de expressão é a neutralidade em relação ao comunicador. Embora esse tipo de neutralidade guarde relação estreita com a neutralidade quanto ao ponto de vista, os dois tipos não são equivalentes. Por exemplo, uma pessoa em particular pode ser proibida de falar publicamente sobre certa questão, ainda que outras pessoas com a mesma posição sejam autorizadas a falar em público sobre o mesmo assunto. Não só isso, pode ainda acontecer de uma pessoa em particular ser proibida de falar publicamente sobre determinado assunto enquanto outras pessoas são autorizadas a articular no rádio ou na

televisão as exatas mesmas posições da pessoa proibida de fazê-lo. Uma situação desse tipo é o que ocorria no Reino Unido de 1988 a 1994, quando empresas de rádio ou televisão eram proibidas de veicular ou transmitir vozes de membros de grupos terroristas da Irlanda do Norte ou membros do partido *Sinn Féin*¹⁷ (DONOHUE, 2008, pp. 293-94). Veículos de rádio ou televisão britânicos, ao longo desse mesmo período, eram autorizados a transmitir as vozes de atores ou atrizes que liam as exatas palavras proferidas por membros desses grupos em entrevistas ou outras declarações ou comunicados públicos. Consequentemente, tudo que era dito pelos terroristas e seus partidários políticos poderia ser legalmente veiculado ou transmitido no rádio ou na televisão no Reino Unido, desde que suas vozes fossem substituídas pelas vozes de atores ou atrizes. Em uma situação desse tipo, não havia qualquer inobservância da neutralidade em relação ao conteúdo por parte do governo britânico, mas havia uma óbvia transgressão da neutralidade em relação ao comunicador.

Um ponto que deve ser reforçado aqui quanto à exigência de neutralidade em relação ao comunicador é o de que ela proíbe não apenas a desvantagem baseada na identidade daquele que emite a mensagem, proibindo também tratamentos preferenciais baseados no mesmo critério. Esse é um ponto por vezes ignorado até mesmo por defensores dos valores da democracia liberal. Por exemplo, escrevendo sobre uma decisão absurdamente injusta em que a Suprema Corte dos EUA manteve a condenação de Eugene Debs por se pronunciar contra o papel dos Estados Unidos na Primeira Guerra, John Rawls (1993, p. 351) lamentou que a Suprema Corte tivesse dedicado “pouca atenção à questão constitucional levantada em *Debs*, mesmo que o caso envolvesse um líder de um partido político que já havia sido candidato à presidência por quatro vezes. Rawls tinha razão em criticar a decisão da Suprema Corte em *Debs*, mas errou ao sugerir que a desconsideração da envergadura política de Debs era um fator a mais a ser criticado na decisão. A estatura de Debs enquanto político era irrelevante: nenhum tratamento preferencial a suas

¹⁷ O *Sinn Féin* é um movimento e partido político republicano irlandês, historicamente associado ao IRA, tendo já sido apontado e reconhecido — apesar de tentativas recentes de desassociação pública de imagem — como braço político do grupo terrorista. [Nota do tradutor.]

declarações poderia ser conferido sob esse fundamento. O que deveria ser decisivo, sim, era o fato de que Debs não engendrou deliberadamente qualquer risco de má conduta ou cometimento iminente de crime a partir de suas declarações. Seus discursos não constituíam qualquer participação sua em qualquer crime, caracterizando-se como mera defesa e não incitação. Esse fundamento de neutralidade em relação à comunicação para a absolvição de Debs é claramente, também, neutro em relação ao comunicador — uma vez que aplica a suas declarações o mesmo padrão (a versão de *Brandenburg* do critério de risco claro e iminente) aplicável às declarações de qualquer outro comunicador. proibições mais gerais que não estabelecem distinções.

3.4. NEUTRALIDADE NA APLICAÇÃO

Uma lei respeitará as exigências do princípio da liberdade de expressão se e somente se observar cada um dos tipos de neutralidade que abordamos acima. Embora alguns tipos ou práticas de condutas comunicativas possam ser proibidas por uma regulação em conformidade com esse princípio, essas condutas não são proibidas em razão de seu caráter estritamente comunicativo, ou em razão de seu conteúdo, ou em razão da identidade daqueles que as praticam. Em vez de proibidas enquanto atos de comunicação, esses tipos ou práticas de conduta são proibidas porque constitutivas de alguma má conduta de tipo independente em relação à comunicação. A neutralidade em relação à comunicação, a neutralidade em relação ao assunto e a neutralidade em relação ao ponto de vista, assim, são características de leis promulgadas por um sistema de governança que observa a autocontenção exigida sob o princípio da liberdade de expressão.

É claro — como elaboro em *Freedom of Expression as Self-Restraint* —, esses tipos de neutralidade são fundamentais não apenas em relação aos termos e propósitos das leis promulgadas por um sistema de governança, mas também em relação aos processos por meio dos quais essas leis são implementadas, por meio das ações e decisões de membros oficiais do sistema jurídico (enquanto juízes ou administradores). Mesmo se uma lei for, em si, impecável no respeito ao princípio da liberdade de expressão, essa mesma lei

pode ser aplicada de maneira seletiva por juízes ou administradores de modo a desrespeitar as exigências desse princípio. Considere, por exemplo, o caso *Davis v. Norman* no direito constitucional americano, originado a partir de eventos ocorridos no estado do Arkansas no meio da década de 1970 (KRAMER, 2021, pp. 26-29, 40-41, 52-53). Depois de um cidadão chamado Keith Davis ser morto em uma colisão enquanto fugia da polícia dirigindo um caminhão em alta velocidade, seu pai — que culpava a polícia pela morte do filho — expôs os destroços do caminhão no jardim de sua casa, de modo a protestar contra aquilo que percebia como um abuso de autoridade policial. Sob os termos de uma lei local que proibia o armazenamento a céu aberto de veículos automotores destruídos, o pai de Davis foi notificado com uma ordem de remoção dos destroços do caminhão de seu jardim. Ele então explicou às autoridades locais que estava expondo o veículo em sua propriedade como forma de protesto contra a rigidez da polícia no caso, sustentando que seu ato era uma manifestação simbólica de expressão, protegido assim pela Primeira Emenda. Sua argumentação foi rejeitada pelas cortes federais que acabaram responsáveis por julgar a matéria.

Embora os termos e os propósitos da lei que proibia o armazenamento de destroços de veículos a céu aberto fossem certamente neutros em relação à comunicação, ao conteúdo e ao comunicador, há fundamentos bastante sólidos para que suspeitemos que ela foi aplicada de forma seletiva à conduta de Davis — não sendo neutra em relação à comunicação ou ao conteúdo. Entre aqueles que, na comunidade local, entenderam o caráter da mensagem de Davis estava a polícia, certamente desagradada pelas críticas comunicadas pelo protesto. Assim, na ausência de qualquer evidência em contrário, temos amplos fundamentos para questionar se de fato a lei não teria sido aplicada de forma seletiva para silenciar as críticas de Davis. Se a aplicação da lei foi de fato seletiva de tal forma, a notificação que obrigava o pai de Keith Davis a remover o caminhão do jardim de sua casa violou o princípio da liberdade de expressão (e a Primeira Emenda), mesmo que a lei estivesse originalmente de acordo com o princípio. De todo modo, fazendo ou não fazendo sentido as críticas à ação da polícia naquela cidade do Arkansas, o ponto geral

aqui é o de que os tipos de neutralidade acima mencionados são exigidos (sob o princípio da liberdade de expressão) em processos de administração e aplicação das leis, não apenas em sua criação ou elaboração. Tratando-se de qualquer lei ou medida adotada por um sistema de governança, o princípio da liberdade de expressão só será respeitado na medida em que tanto a lei ou medida em si quanto sua implementação forem ambas caracterizadas por todos os tipos de neutralidade aqui discutidos.

3.5. A QUESTÃO DA JUSTIFICAÇÃO

No quarto capítulo de *Freedom of Expression as Self-Restraint*, elaboro uma justificação detalhada do princípio moral da liberdade de expressão articulado neste artigo. Aqui, posso apenas esboçar a questão. Como já deve ser evidente, os diferentes tipos de neutralidade exigidos pelo princípio da liberdade de expressão precisam de uma justificação. Afinal, uma posição abrangente em favor da neutralidade em relação à comunicação, ao conteúdo e ao comunicador terá importantes problemas e objeções em uma série de exemplos. Voltemos por um momento à lei municipal que autoriza a venda de locais de propaganda nas laterais e traseiras de ônibus públicos, excluindo propagandas que expressam certos pontos de vista específicos. Se toda e cada lei do tipo for considerada ilegítima, e se se insiste em uma versão forte da neutralidade em relação ao ponto de vista, a administração local pode se ver eventualmente diante de pedidos de veiculação de propaganda por parte de grupos odiosos como a Ku Klux Klan ou um partido comunista radical. Por que os administradores deveriam escolher entre a alternativa de não permitir qualquer propaganda e a alternativa que deixa em aberto a possibilidade de eventuais propagandas veiculadas por grupos desse tipo?

Uma resposta adequada a essa questão, e a questões análogas relacionadas a outros tipos de neutralidade exigidos sob o princípio da liberdade de expressão, exige uma articulação elaborada de uma justificação desse princípio. No capítulo mencionado, apresento essa justificação. Neste artigo, em vez dessa explicação, buscarei apresentar aqui um esboço do foco, da direção mais apropriada para uma defesa do princípio da liberdade

de expressão. Começamos aqui, novamente, por uma reflexão acerca do que foi dito sobre a diferença entre a extensão ou alcance de uma restrição e a seletividade de uma restrição.

Se a melhor justificação para o princípio da liberdade de expressão fosse centrada na garantia de oportunidades para comunicadores (oradores, escritores, compositores, artistas e assim por diante) expressarem suas ideias e seus sentimentos, seria exigido de nós que explicássemos por que restrições seletivas a certas comunicações são, com frequência, mais problemáticas do que restrições gerais mais abrangentes. Afinal, as oportunidades para expressão disponíveis a comunicadores são reduzidas de forma muito maior no segundo caso do que no primeiro. Enfrentaríamos dificuldades parecidas se a melhor justificação para o princípio da liberdade de expressão se centrasse na garantia de amplo acesso de potenciais destinatários da comunicação (ouvintes, leitores, espectadores) aos sentimentos, às expectativas, às ideias articuladas por outras pessoas. Restrições seletivas teriam menor impacto nesse acesso do que teriam restrições mais gerais. Tampouco seríamos capazes de explicar a disparidade moral entre restrições gerais e restrições seletivas se tentássemos reivindicar o princípio da liberdade de expressão concentrando-nos em consequências sociais desejáveis, como, por exemplo, a promoção e difusão do conhecimento. Enquanto a busca por objetivos desse tipo seria prejudicada por proibições gerais direcionadas a atividades comunicativas, eles poderiam ser promovidos e não prejudicados por eventuais proibições mais sutilmente seletivas. Assim, tanto quanto uma ênfase nas oportunidades para autoexpressão ou no acesso às articulações das ideias e sentimentos expressados por outras pessoas, uma ênfase em objetivos sociais como a difusão do conhecimento não daria conta de explicar por que restrições seletivas são especialmente reprováveis.

Para que possamos oferecer uma explicação adequada, precisamos voltar nossa atenção à relação entre um sistema de governança e a sociedade por ele governada. Quando um sistema de governança impõe restrições ou limitações de tipo restritivo às comunicações, o controle por ele exercido em aspectos centrais da vida das pessoas é particularmente detalhado. Por razões que podem ser mencionadas apenas brevemente

aqui, a minuciosidade do controle detalhado é de caráter presunçoso e degradante. É presunçosa porque confere a membros oficiais de um sistema de governança um papel decisivo no direcionamento das especificidades de interações comunicativas enquanto interações comunicativas,¹⁸ e é degradante porque torna o êxito de um sistema de governança parcialmente dependente da não-ocorrência de modos de expressão que um sistema de governança mais robusto do ponto de vista ético poderia aceitar. A tolerância certamente não é equivalente à condescendência: como destaque em *Freedom of Expression as Self-Restraint*, um elemento central na robustez ética de um sistema de governança é o ponto até o qual seu funcionamento evita quaisquer efeitos desagradáveis potencialmente trazidos ou engendrados pelos modos de expressão por ele deixados livres de restrição. Consequentemente, um critério fundamental de medida da saúde moral de um sistema de governança está em sua capacidade de exercer o tipo de autocontenção que é constitutivo da liberdade de expressão. Isso é algo que podemos verificar quando refletimos sobre os tipos de neutralidade (na esfera das interações comunicativas) exigidos sob o princípio da liberdade de expressão. O Capítulo 04 de *Freedom of Expression as Self-Restraint* elabora esse assunto com muito mais fôlego, de forma a clarificar e aprofundar muito mais as breves considerações deste parágrafo. Aqui, meu propósito foi o de oferecer um panorama de alguns dos pontos da teoria desenvolvida na obra.

4. REFERÊNCIAS

DONOHUE, Laura. **The Cost of Counterterrorism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

KAGAN, Elena. “The Changing Faces of First Amendment Neutrality: *R.A.V. v St Paul, Rust v Sullivan*, and the Problem of Content-Based Underinclusion.” **1992 Supreme Court Review**, 1992, pp. 29-77.

KAGAN, Elena. “Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine”. **University of Chicago Law Review**, n. 63, 1996, 413-517.

¹⁸ Lembremos aqui que um ato comunicativo pode ser restrito ou proibido legitimamente se constituir grave conduta reprovável que seja de caráter independente em relação à comunicação.

KRAMER, Matthew. **Freedom of Expression as Self-Restraint**. Oxford: Oxford University Press, 2021.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Edited by Currin Shields. Indianapolis: Bobbs-Merrill Company, 1956.

RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York, NY: Columbia University Press, 1993.

SUK, Julie. "Denying Experience: Holocaust Denial and the Free-Speech Theory of the State." In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (eds.). **The Content and Context of Hate Speech**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 144-63.

Data da submissão: 02/02/2024

Data da primeira avaliação: 09/06/2024

Data da segunda avaliação: 11/06/2024

Data da aprovação: 11/06/2024