

Liberdade de expressão como autocontenção: notas do debate Kramer-Bishop para uma doutrina jurídica da liberdade de expressão

Freedom of expression as self-restraint: Notes on the Kramer-Bishop Debate for a Legal Doctrine of Free Speech

Francisco José Borges Motta¹

Fundação Escola Superior do Ministério Público, FMP/Brasil
chicomotta@terra.com.br

Gilberto Morbach²

Universidade de São Paulo (USP, Brasil)
gilbertomorbach@gmail.com

Resumo

Neste ensaio, nosso objetivo primeiro é o de apresentar a tese da liberdade de expressão como *autocontenção*, articulada e defendida por Matthew Kramer. Pretendemos oferecer uma leitura dessa concepção e de seus argumentos: em seus próprios termos, e em face das objeções e dos desafios na crítica levantada por Sebastien Bishop. A partir desses contornos iniciais, nosso principal propósito é o de articular os contornos, iniciais e possíveis, de uma *doutrina jurídica da liberdade de expressão como autocontenção* — uma doutrina, por sua vez, própria do *rule of law*, entendido como a promessa de proteção e recurso contra o exercício arbitrário do poder.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; Matthew Kramer; Sebastien Bishop; Rule of law.

¹ Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor na Fundação Escola Superior do Ministério Público (graduação e mestrado). Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Visiting Researcher junto à Columbia Law School (2013) e ao Cambridge Forum for Legal and Political Philosophy (2023). Fundação Escola Superior do Ministério Público, Programa de Pós-Graduação em Direito, R. Cel. Genuíno, 421, Centro Histórico, CEP 90010-350, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil.

² Pesquisador de pós-doutorado na Faculdade de Direito da USP, com bolsa da FAPESP. Doutor, summa cum laude, como bolsista do CNPq, pela Unisinos. Pesquisador visitante, como bolsista da CAPES, na Universidade de Cambridge. Faculdade de Direito da USP, Largo de São Francisco, 95, Centro, 01005-010, São Paulo, SP, Brasil.

Abstract

In this essay, our primary goal is to present the thesis of freedom of expression as self-restraint, articulated and defended by Matthew Kramer. We intend to offer an interpretation of this conception and its arguments: in its own terms, and in light of the objections and challenges raised in the critique by Sebastien Bishop. Starting from these initial outlines, our main purpose is to articulate the initial and possible contours of a legal doctrine of freedom of expression as self-restraint—a doctrine, in turn, proper to the rule of law, understood as the promise of protection and recourse against the arbitrary exercise of power.

Keywords: Freedom of expression; Matthew Kramer; Sebastien Bishop; Rule of law.

Introdução: um princípio *absoluto*?

Neste ensaio, pretendemos apresentar, em linhas gerais, a tese da liberdade de expressão como *autocontenção*, articulada e defendida por Matthew Kramer. Pretendemos oferecer uma leitura dessa concepção e de seus argumentos: em seus próprios termos, e em face das objeções, dos desafios apresentados na crítica lançada por Sebastien Bishop.

Embora esse seja mesmo, mais imediatamente, o objeto principal do texto, nosso principal propósito aqui está em, a partir daí, articular os contornos, iniciais e possíveis, de uma *doutrina jurídica da liberdade de expressão*; uma doutrina, por sua vez, adequada ao *estado de direito* como um importante princípio de moralidade política. Nesse sentido, adotamos uma concepção *específica* de *rule of law* — entendido aqui não meramente como uma questão de legalidade formal, mas como a promessa de proteção e recurso contra o potencial exercício arbitrário do poder.

Nenhum texto, afinal, nenhuma pesquisa começa desde lugar nenhum. Nossa premissa subjacente, e que, em última análise, pretendemos defender, é a de que a autoridade objetiva do direito funciona não apenas como limitação, mas como um critério de legitimidade e de temperança do poder — e a liberdade de expressão, assim, se torna um tema suficientemente presente e relevante em torno do qual este argumento pode ser testado e trabalhado. Ora, a liberdade de expressão vem sendo tão reivindicada quanto atacada, e cada vez mais discutida, de forma candente, no debate público. Uma leitura desengajada, assim, é importante: como dizia Hart, uma certa queda na temperatura é geralmente compensada por um aumento considerável em clareza. Mas não é apenas esse o ponto: quando a autoridade objetiva do direito é tomada como um elemento próprio da melhor concepção de democracia, e quando o estado de direito é lido exatamente como a promessa de proteção e recurso contra o poder arbitrário, a liberdade de expressão surge como um elemento importante a ser desenvolvido *internamente* a essa concepção.

Essa linha de investigação aparece, significativamente e em todos os sentidos ora mencionados, num pequeno e conhecido texto publicado por Ronald Dworkin (2009). Nele, ao defender a liberdade de expressão não apenas como *instrumental à democracia*, mas também como *constitutiva dessa prática* e, mesmo fora desse plano, como um *direito humano universal*, Dworkin anotou o seguinte:

A forte convicção de que a liberdade de expressão é um valor universal é hoje desafiada não apenas pelos velhos inimigos das liberdades (os déspotas e governantes corruptos que a temem), mas também por novos inimigos que reivindicam defender a justiça, e não a tirania. Esses novos inimigos apontam para outros valores que respeitamos, como autodeterminação, igualdade e liberdade do ódio racial e do preconceito, como razões pelas quais o direito ao livre discurso deveria ser agora rebaixado para um grau bem menor de urgência e importância (Dworkin, 2009).³

A observação parece evidentemente pertinente. De fato, algumas restrições relevantes à liberdade de expressão vêm sendo defendidas não apenas por regimes opressivos e autoritários, *mas também em democracias sólidas e maduras*, como o Reino Unido, a Alemanha e a França. O Brasil mesmo, sabemos bem, tem sido um caso interessante para o estudo. O Poder Judiciário brasileiro vem consistentemente impondo diversas restrições ao discurso, apelando, para tanto, a propósitos acentuatadamente nobres, como a defesa institucional, a proteção do direito e da dignidade de minorias sociais e políticas, a preservação da lisura de eleições e o próprio funcionamento da democracia.

Nossa contribuição, nesse panorama, será a de adicionar um *grão de sal* à visão de que a democracia *permite*, e por vezes *exige*, a imposição de restrições a diversos modos de expressão. Examinaremos a noção de que o *princípio da liberdade de expressão é absoluto*, e de que, portanto, qualquer sistema de governo legítimo tem o *dever* de se abster de restringir atividades comunicativas *enquanto* atividades comunicativas — o que implicaria permitir, por exemplo, a circulação não apenas de ideias confusas, *toscas*, desinformadas ou mesmo objetivamente *erradas*, mas mesmo de discursos clara e agudamente ofensivos à dignidade alheia, como no caso central dos *hate speeches*.

Esse argumento, com efeito, é vigorosamente sustentado pelo filósofo norte-americano Matthew Kramer (2021), professor de *Legal and Political Philosophy* da Universidade de Cambridge, em seu recente trabalho denominado *Freedom of Expression as Self-Restraint*, escrito ao longo de 2020 e publicado em 2021. Kramer, além de ser um enérgico defensor do *liberalismo político* (Kramer, 2017), é seguramente uma das maiores expressões da filosofia analítica anglo-americana, sendo, seus trabalhos, caracterizados por um extremo rigor no uso da linguagem e na exposição de suas ideias. Essa característica exige, como ficará evidente em um minuto, que nos aproximemos com muito cuidado de sua prosa. *Nenhum* conceito é empregado de forma livre ou ao acaso. Quando ele diz que um princípio é *absoluto*, é isso

³ No original: “The strong conviction that freedom of speech is a universal value is challenged today not only by freedom’s oldest opponents (the despots and ruling thieves who fear it), but also by new enemies who claim to speak for justice not tyranny. These new enemies point to other values we respect, including selfdetermination, equality, and freedom from racial hatred and prejudice, as reasons why the right of free speech should now be demoted to a much lower grade of urgency and importance.”

mesmo o que ele queria dizer. Acreditamos que entender a extensão desse argumento já é motivo suficiente para que qualquer leitor interessado no tema enfrente, necessariamente, o seu trabalho.

Dividiremos este ensaio em três partes. Primeiro, faremos uma reconstrução das premissas em que se assenta o argumento de *Freedom of Expression as Self-Restraint*. Depois, examinaremos algumas das principais críticas às teses do livro, fazendo-as acompanhar, quando possível, das respostas do próprio Kramer. Ao final, buscaremos apresentar reflexões originais sobre o debate retratado, na tentativa de apontar um modo pelo qual a filosofia política de Matthew Kramer possa ser proveitosamente assimilada no contexto de uma *doutrina jurídica* da liberdade de expressão.

A independência em relação à comunicação e a autocontenção própria a qualquer sistema legítimo de governo

Matthew Kramer, já na abertura de *Freedom of Expression as Self-Restraint*, enuncia a ambiciosa reivindicação de que o princípio da liberdade de expressão, central a qualquer regime político liberal, é *absoluto*. Confira-se:

Numa época em que os valores da democracia liberal estão frequentemente sob ataque, tanto em ambientes intelectuais elevados, quanto na política do despotismo e da demagogia, esse livro argumenta que o princípio da liberdade de expressão — um dos pilares da democracia liberal — é sempre e em todo o lugar vinculante. Qualquer sistema de governo, que exista em qualquer era, está moralmente obrigado a agir em conformidade com esse princípio em todas as circunstâncias. Ao demonstrar que o impacto do princípio da liberdade de expressão não comporta, de fato, qualquer exceção, estarei afirmando que esse princípio é absoluto (Kramer, 2021, p. 1).⁴

Como antecipado acima, nosso objetivo, neste primeiro tópico, é o de delimitar a forma e o alcance desse argumento, o que faremos procurando retratar, de um modo tão fiel quanto possível, o modo como Kramer o apresenta (Kramer, 2021; Kramer, 2022).⁵ Parece-nos particularmente importante, dadas as particularidades da sua abordagem, que ela seja apresentada *nos seus próprios termos*. Na sequência, teremos a oportunidade de examinar as leituras feitas por alguns de seus críticos.

Em etapas. Primeiro, o *conteúdo* do princípio; depois, o significado da afirmação de seu caráter *absoluto*.

O que o princípio *moral* (e não imediatamente *jurídico*, lembremos) da liberdade de expressão enuncia, no contexto da filosofia de Matthew Kramer, é que todo e qualquer sistema

⁴ No original: "At a time when the values of liberal democracy are frequently under attack both in lofty intellectual settings and in the politics of despotism and demagoguery, this book argues that the principle of freedom of expression—one of the cornerstones of liberal democracy—is always and everywhere binding. Every system of governance that exists in any era is morally obligated to abide by that principle in all circumstances. By contending that the sway of the principle of freedom of expression is indeed exceptionless, I will be affirming that that principle is absolute."

⁵ Salvo quando houver uma ressalva expressa ou uma citação direta, os próximos parágrafos refletem, amplamente, a consulta aos textos aqui citados.

de governo tem a obrigação de se abster de restringir quaisquer atividades comunicativas *enquanto* atividades comunicativas. Assim, limitações impostas pelo governo sobre atividades comunicativas somente serão *moralmente aceitáveis* se estas instanciarem algum tipo de *malfeito* cujas propriedades não sejam necessariamente comunicativas. Quer dizer, é preciso que a conduta em questão configure uma atividade que possa ser censurada por razões *independentes* em relação à *comunicação mesma* expressada. O ponto a ser estressado, desde já, é o de que o caráter *absoluto* associado ao princípio não impede, de modo algum, a repreensão de uma série de atos comunicativos; o que não se pode fazer, contudo, é censurar a comunicação *porque* comunicação. Tentaremos deixar essa noção tão clara quanto possível nos parágrafos que seguem.

Importante ter presente que *comunicação*, no contexto da teoria da liberdade de expressão por Kramer formulada, é a situação básica em que alguém (um *addressor*) enuncia, voluntariamente, uma *manifestação*, cujos *conteúdo* e *intencionalidade* pretende sejam devidamente assimilados por um destinatário (um *addressee*) (Kramer, 2021, p. 21-22).⁶

Para ilustrar o ponto, dois exemplos básicos são trabalhados. O primeiro, inspirado na célebre referência do *Justice* Oliver Wendell Holmes Jr.⁷, é uma variação do caso do sujeito que maldosamente grita *fogo* num teatro lotado e escuro, espalhando pânico e colocando em perigo a integridade dos presentes. O segundo, creditado a John Stuart Mill (1909, p. 93-94)⁸, é o cenário em que um orador incendiário vitupera contra a injustiça associada ao comércio de milho, *enquanto se dirige a uma multidão de pessoas irritadas que se reuniram em frente à residência de um vendedor de milho local*. O objetivo de Kramer, lembremos, é o de demonstrar que há, nessas situações, razões suficientes para que as respectivas condutas sejam classificadas como impróprias e, portanto, repreensíveis pelo governo, *não obstante o seu caráter claramente comunicativo*; mas, para que isso ocorra, é preciso que se identifiquem, em cada caso, aspectos que sejam em si *independentes em relação à comunicação expressada*. Acompanhemos o raciocínio.

Segundo Kramer, é evidente que o grito no teatro necessariamente expressa uma mensagem a seus destinatários. Ele é proferido justamente para induzir algumas ações arriscadas e perigosas por parte do público, mas esse efeito somente é deliberadamente

⁶ Confira-se a linha traçada, no original: “*Chief among the differences between a mere manifestation of an attitude and a standard instance of expression or communication is that an addressor who engages in such a standard instance intends to have the addressee(s) recognize both the content of what is being communicated and also the intention to convey that content. Typically, someone who perspires because of nervousness is not intending thereby to divulge the anxiousness of his outlook to others and is not intending to have anyone else perceive in him a communicative intention of that kind. By contrast, somebody who addresses someone else with the utterance ‘I am really nervous’ is typically intending to have the addressee discern (1) a propositional message about the addressor’s state of mind, (2) that state of mind itself, and (3) the addressor’s intention to convey those other communicative contents.*”

⁷ Trata-se de *dictum* na sua *opinion* lavrada em *Schenck v United States*, julgado em 1919 (Estados Unidos da América, 1919a). Confira-se a passagem: “*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 upon 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 theatre and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that may have all the effect of force.*” Esse caso ficou conhecido por ter adotado o critério (ou teste) do *perigo real e imediato* (*clear and present danger*) a ser gerado pelo discurso em análise.

⁸ Confira-se: “*No one pretends that actions should be as free as opinions. On the contrary, even opinions lose their immunity, when the circumstances in which they are expressed are such as to constitute their expression a positive instigation to some mischievous act. An opinion that corndeaders are starvers of the poor, or that private property is robbery, ought to be unmolested when simply circulated through the press, but may justly incur punishment when delivered orally to an excited mob assembled before the house of a corn-dealer, or when handed about among the same mob in the form of a placard.*”

atingido por meio de alterações nas suas crenças e atitudes, finalmente trazidas à superfície por meio da transmissão da mensagem admonitória. Consequentemente, a impropriedade do grito deriva do *conteúdo* transmitido e das *circunstâncias* em que ele se deu. *Essas* são as características da manifestação que permitem que ela seja classificada como a *indução a uma perturbação pública perigosa*, ou como uma tentativa de induzi-la. Em outras palavras, a classificabilidade do grito malicioso como uma instância de uma conduta imprópria, e em si *independente em relação à comunicação*, deriva da *própria mensagem* e do *contexto* em que ela foi transmitida, ou seja: de suas propriedades *comunicativas*.

O ponto é intrincado, mas é importante que não avancemos sem que ele esteja bem assimilado. Na leitura de Matt Kramer, se o adjetivo *independente em relação à comunicação* (*communication-independent*) devesse indicar que a impropriedade do ato de gritar *fogo* não remetesse à propriedade *comunicativa* dessa manifestação, então aquele adjetivo seria indevido. No entanto, quando ele caracteriza a impropriedade da manifestação como *communication-independent*, ou quando ele sustenta que a manifestação pode ser propriamente submetida a sanções *enquanto um modo de infração independente em relação à comunicação*, não há qualquer sugestão de que a impropriedade não seja atribuível ao *conteúdo* e ao *contexto* da mensagem expressada pelo grito de *fogo*. Ao invés, o ponto é que o grito pertence a uma *categoria* de infração — a categoria da *indução* (ou da *tentativa de indução*) de um distúrbio público perigoso (*perilous public disturbance*) — que não é inerentemente comunicativa. Reparem: há diversas instâncias dessa infração que são comunicativas, e outras tantas que não são. Essas instâncias heterogêneas são categorizadas em conjunto porque compartilham características específicas que as tornam infrações. E essas propriedades são instanciadas por *qualquer* tentativa de iniciar ou exacerbar uma situação de distúrbio público perigoso — seja a tentativa comunicativa, ou não, em sua natureza. É precisamente porque as ações que configuram essas infrações podem ser tanto *comunicativas*, quanto *não comunicativas*, que a instanciação das suas propriedades básicas (de uma infração *enquanto* infração) é *independente da comunicação*. Fixemos pela repetição: a classificação da conduta como uma infração, no nosso exemplo, aconteceu independentemente de ela ser ou não comunicativa.

Consideremos agora o caso do discurso inflamatório em frente à casa do vendedor de milho, incitando as pessoas ali reunidas a cometer atos de violência contra ele. Não há dúvidas de que a manifestação do orador é, em si, um ato de *comunicação*; por meio dela, ele intencionalmente transmite uma mensagem clara (e seus maus sentimentos) aos membros da multidão. É precisamente em virtude desse *conteúdo* comunicativo, e em razão das *circunstâncias* em que ele é veiculado, que a arenga do orador é *constitutiva* da sua participação direta num *linchamento*. Dada a *proximidade* entre a sua manifestação e o exercício de atos de violência contra o vendedor de milho, e dado o *papel* dessa manifestação em deliberadamente incentivar a multidão a agir violentamente, a sua conduta pode ser corretamente classificada como um *estágio inicial da própria violência*. Notem, mais uma vez: essa *classificabilidade* da conduta como sendo ela mesma uma *participação* no linchamento deve-se, justamente, a seu *conteúdo comunicativo* e ao *contexto*. Então, quando Kramer sustenta que esse discurso constitui um modo de infração *independente em relação à comunicação*, não há qualquer

inferência de que a impropriedade do malfeito seja, de algum modo, não atribuível ao que foi comunicado.

Pelo contrário: a *independência em relação à comunicação* associada ao malfeito (ou a *independência em relação à comunicação* da propriedade que torna um desvio *um desvio*) consiste no fato de que a participação direta de uma pessoa num linchamento pode ocorrer tanto por meio de ações comunicativas quanto por meio de ações *não* comunicativas. Um discurso inflamado que agita uma multidão é apenas *uma maneira* por meio da qual alguém pode contribuir diretamente com o cometimento de um linchamento, e a colocação de uma corda ao redor do pescoço de uma pessoa é outra. Esses dois modos de participação direta, ao lado de inúmeras outras modalidades de participação, são agrupados em conjunto numa mesma *categoria de infração* com base nas propriedades *infracionais* que eles compartilham. Nesse sentido, o discurso inflamatório pertence a um *gênero* que transcende a distinção entre os atos *comunicativos* e *não comunicativos* — e é o pertencimento a esse *gênero* que permite que ele seja legitimamente sancionado. Vale insistir: as sanções serão dirigidas à incitação do orador *não enquanto ato comunicativo*, mas, ao revés, enquanto *participação direta num crime* — tanto quanto seriam endereçadas a outra pessoa que tivesse participado dessa mesma infração de um modo não comunicativo.

Avancemos agora uma casa. O passo seguinte é entender com que tipo de restrição um sistema legítimo de governo está lidando quando se abstém de repreender uma comunicação *enquanto comunicação*. Falaremos, agora, no compromisso com a *neutralidade*, que é nuclear ao princípio da liberdade de expressão, e na correspondente *autocontenção* do governo, elemento que aparece já no título da obra de Kramer.

De fato, a relação entre o sistema de governo de uma determinada sociedade e as atividades comunicativas de seus cidadãos deve ser pautada por diversos *tipos* de neutralidade. Somente quando todos eles forem observados é que se poderá afirmar que o sistema de governo exerceu, como deveria, a *autocontenção* envolvida em nunca penalizar esforços comunicativos enquanto tais. Na especificidade, a neutralidade *em relação à comunicação* (*communication-neutrality*) enuncia que o sistema de governo deve ser neutro com relação à conduta comunicativa das pessoas sujeitas ao seu domínio. Isso significa abster-se de impor sanções (ou qualquer tipo de desvantagem), ou de conferir benefícios, que sejam lastreados no caráter comunicativo da conduta dos cidadãos. Portanto — e a exemplo do que reconhecem diversas *doutrinas jurídicas*, como a do direito constitucional norte-americano —, sob os auspícios do princípio da liberdade de expressão, todas as restrições governamentais devem se conformar a essa exigência geral de neutralidade em relação à comunicação.

Para começarmos a desvendar como essa exigência funciona, na prática, retomemos por um instante o exemplo do grito de *fogo* no teatro lotado. Como vimos, muito embora esta ação *seja* comunicativa, a sua proibição pode ser moralmente legítima, na medida em que ela instancia um tipo de infração cujas propriedades básicas não são, por sua vez, distintivamente comunicativas. A mesma infração poderia ter sido praticada de um modo *não imediatamente comunicativo*, como o disparo de uma arma de fogo ou o início de um incêndio. De um ou de outro modo, a ação original muito provavelmente resultaria em mortes, lesões e danos à propriedade. Sendo assim, uma lei que proíba esse desvio *pode* ser — e, quase que

invariavelmente, *será — neutra* em relação à comunicação. Essa lei, dirigida a proibir a indução de sérias desordens públicas, *pode* gerar sanções sem que, para isso, seja necessário tratar o caráter comunicativo dessa ou daquela instância da conduta banida como *fundamento* para a imposição da penalidade.

Aqui entra em jogo outro elemento central à teorização de Matt Kramer: a distinção, que também encontra ressonância no direito constitucional norte-americano, entre *defesa (advocacy)* e *incitação (incitement)*. Essa linha divisória foi traçada pela Suprema Corte dos Estados Unidos (1969) em *Brandenburg v. Ohio*, julgado em 1969.⁹ Vamos a ela: quando as manifestações de alguém *incitam* outras pessoas a engajar-se na prática de crimes, elas são *dirigidas* a causar algum mal em *circunstâncias* nas quais esse mal aparece como um *resultado provável* daquela comunicação. Ou seja, a configuração da *incitação* depende da concorrência de três elementos essenciais: a *intencionalidade* de que decorra, da manifestação, o desvio (i); a *iminência* do malfeito (ii); e a *probabilidade* da ocorrência da infração. Por contraste, quando alguém apenas *defende* (ou *advoga*) o cometimento de malfeitos, mas não comete a *incitação*, é justamente porque *pelo menos um* dos três elementos citados estará faltando.

O caso imaginado por Mill, da arenga em frente à casa do vendedor de milho, é mais uma vez invocado para a ilustração desse argumento. Trata-se, na leitura de Kramer, de um exemplo clássico de *incitação*. Nesse cenário, o discurso inflamatório seria *constitutivo* da participação do orador no sério e *iminente* malfeito *pretendido* pelo orador e que *provavelmente* decorrerá da sua manifestação. Em virtude da proximidade entre o discurso e a iminente prática da violência que o orador pretendia causar, suas manifestações são *subsumidas* à infração, configurando os *estágios iniciais* dela mesma. Conseqüentemente, a imposição de sanções ao orador em questão, de acordo com Kramer, seria inequivocamente consistente com o princípio da liberdade de expressão. A punição seria administrada não em razão do caráter comunicativo da arenga, mas por ter constituído um envolvimento *direto e deliberado* do falante na prática de um linchamento. Sendo assim, pode-se afirmar que a sanção é *neutra* com relação à comunicação.

O que o critério de *Brandenburg* nos permite fazer, em qualquer contexto em que alguém tenha exortado pessoas a cometerem violência ou outro tipo de desvio, é determinar se as manifestações em questão podem, ou não, ser recriminadas de um modo neutro com relação à comunicação. Se o *teste* de *Brandenburg* for superado, estar-se-á diante de *incitação*, e a proibição jurídica em consideração (como a criminalização do vandalismo, do homicídio ou do incêndio, por exemplo) poderá ser aplicada legitimamente (*i.e.*, de um modo *neutro* em relação à comunicação). Se algum dos elementos de *Brandenburg*, ao revés, estiver ausente, estar-se-á diante de mera *defesa*, que não poderá ser sancionada — *mesmo que a prática defendida seja em si criminosa por razões em si independentes da comunicação* (como o são os citados vandalismo, homicídio ou incêndio). Recriminar uma manifestação que não *configure* uma infração autônoma, e que fique, assim, dentro dos limites da *advocacia*, implicaria falta de

⁹ Em *Brandenburg* (Estados Unidos da América, 1969), foi superado, em parte, justamente o entendimento fixado em *Schenck* (Estados Unidos da América, 1919a) — caso acima mencionado, no qual o *Justice* Holmes fez a célebre referência ao exemplo do grito de *fogo* no teatro. Conferir a nota 07, *supra*.

neutralidade com relação à comunicação expressada e, decorrentemente, uma violação ao princípio da liberdade de expressão.

Aprofundemos agora o tema da *neutralidade*.

No que diz respeito ao *conteúdo* da comunicação, há dois tipos de *neutralidade* exigidos pelo princípio da liberdade de expressão: neutralidade com relação ao *assunto* (*neutrality of subject matter*) e neutralidade com relação ao *ponto de vista* (*neutrality of viewpoint*). Por partes.

Um sistema de governo que atenda à exigência de ser neutro com relação ao *assunto* discutido pelos indivíduos sob o seu domínio não pode diferenciar entre os *temas* que venham a surgir num contexto em que a comunicação em geral seja permitida. Para facilitar a compreensão desse aspecto, Kramer fornece-nos outro exemplo — um exemplo, a saber, em que essa exigência foi *descumprida*. Suponham que uma autoridade local permita a veiculação de propagandas pagas nas laterais e traseiras dos ônibus municipais; e suponha, adicionalmente, que essa mesma regulamentação proíba a divulgação de quaisquer anúncios que tratem de assuntos politicamente sensíveis. Essa exclusão, percebam, não discrimina com relação a quaisquer *pontos de vista*; ela é aplicável indistintamente a qualquer modalidade de propaganda política, independentemente da posição defendida. Não obstante, ela claramente comete uma discriminação sob a base do *assunto* a ser tratado. Trata-se de uma restrição ao alcance dos tópicos que podem ser suscitados pelos potenciais comunicadores e recebidos pelos seus virtuais destinatários.

Nesse cenário, de acordo com Kramer, há uma manifesta transgressão ao princípio da liberdade de expressão, *mesmo que tivesse sido legítimo que a administração municipal optasse por proibir, indistintamente, qualquer tipo de divulgação de propaganda em seus ônibus*. Esse aspecto merece atenção redobrada: uma restrição *mais abrangente* à veiculação de comunicações, mas que fosse assim *neutra* com relação ao seu conteúdo, seria *legítima* desde o ponto de vista das exigências impostas pelo princípio da liberdade de expressão. O que contraria o mandamento não é a extensão da restrição, mas o seu *refinamento* (a sua *fine-grainedness*). Claro que esse *refinamento* poderia ser ainda mais acentuado. A municipalidade poderia ter vedado, apenas, a divulgação de mensagens que tratassem do aborto, ou da imigração. Essas restrições seriam teriam um alcance menor do que aquelas dirigidas a *todos os temas politicamente sensíveis*; mas, justamente por essa razão, exatamente pelo *grau de seletividade quanto ao teor das limitações*, elas seriam irremediavelmente ilegítimas.

Ainda mais importante do que a neutralidade com relação ao *assunto*, seria a preservação da neutralidade com relação ao *ponto de vista* a ser expressado. Suponham agora que, ao invés de proibir qualquer tipo de anúncio nos ônibus municipais, a autoridade local resolvesse vedar, apenas, a divulgação de material contrário ao *Labour Party* do Reino Unido. Ou suponham, ao revés, que, ao invés de proibir a veiculação de qualquer material sobre o aborto, a autoridade local resolvesse censurar, tão somente, a divulgação de propaganda que fosse favorável à sua descriminalização. Em nenhum desses casos haveria uma restrição ao *número* de assuntos que poderiam ser livremente endereçados nos veículos públicos. Contudo, cada um deles envolve a restrição aos *pontos de vista* que poderiam ser licitamente professados naqueles espaços.

Pessoas favoráveis ao *Labour Party*, ou que apoiassem a legalização da prática do aborto, sofreriam restrições à possibilidade de expressar as suas visões.

Mais uma vez, salienta Kramer, o que torna as exclusões indevidas é a sua *seletividade*. Um governo municipal não está moralmente obrigado a manter as laterais e traseiras dos ônibus públicos disponíveis à divulgação de propaganda. Mas, uma política que permita a exploração comercial desses espaços não poderia, legitimamente, ser discriminatória com relação aos *pontos de vista* dos potenciais anunciantes. Essa seletividade seria particularmente deplorável porque implica uma afronta direta à *autocontenção* que é moralmente exigível de qualquer sistema de governo guiado pelo princípio da liberdade de expressão.

Detenhamo-nos um pouco mais nesse dever de *autocontenção*. Ele exige que, em determinados contextos, *nenhuma* restrição seja imposta às comunicações. Por exemplo, se uma legislação municipal proibisse as pessoas de conversar em parques públicos ou em estações de trem, essa ingerência no discurso público seria uma evidente violação ao princípio da liberdade de expressão. Quer dizer, há contextos em que não apenas a quebra de *neutralidade* com relação ao *assunto* ou ao *ponto de vista* seria moralmente ilegítima, mas, também, a imposição de *qualquer* restrição abrangente à comunicação. E há, como vimos nos parágrafos anteriores, situações em que as restrições *gerais* são moralmente legítimas, mas não as *seletivas*, como nos exemplos da propaganda nos ônibus. Quer dizer, tentativas de controlar *pontualmente* os padrões de discurso público, traduzidas em limitações quanto ao *assunto* em questão, ou ao *ponto de vista* do comunicador, por vezes são violações mais agudas à *autocontenção* exigida pelo princípio da liberdade de expressão do que a fixação de proibições mais abrangentes e de caráter geral.

Prosseguindo, há ainda outra dimensão da *neutralidade* exigida de qualquer sistema de governo legítimo com relação à comunicação empreendida pelas pessoas sob o seu pálio: trataremos agora da *neutralidade com relação ao falante* (*speaker-neutrality*).

Apesar da proximidade com a *neutralidade em relação ao ponto de vista*, a neutralidade em relação ao *falante* configura uma modalidade autônoma. Por exemplo, pode ocorrer de uma pessoa determinada ter sido proibida de falar em público a respeito de um determinado assunto, ainda que outras pessoas, que compartilham da exata visão do indivíduo em questão, tenham a devida permissão para fazê-lo. Kramer observa que uma situação desse tipo ocorreu no Reino Unido, de 1988 a 1994, quando emissoras foram proibidas de levar ao ar as *vozes* dos membros de grupos terroristas da Irlanda do Norte, além daquelas dos membros do partido político *Sinn Féin*, em programas de rádio e televisão.¹⁰ Mas as emissoras britânicas tinham, nesse período, a permissão para utilizar atores que lessem as palavras expressadas pelos

¹⁰ O caso é discutido por Laura Donohue (2008, p. 293-294), em seu *The Cost of Counterterrorism*. Confira-se uma breve passagem, para efeito de contexto: "In October of that year [1988], a PIRA Active Service Unit bombed the home of Sir Kenneth Bloomfield, head of the Northern Ireland Civil Service from 1984 to 1991; afterward, BBC Radio Ulster's Talkback featured Gerry Adams. On October 19, outraged at the publicity obtained by the organization, Home Secretary Douglas Hurd issued two notices — one each to the British Broadcasting Corporation and the Independent Broadcasting Authority — requiring them to refrain from broadcasting any statements made by a proscribed organization or by individuals supporting one. Hurd based his actions on a moral claim: it was not just offensive, but morally reprehensible, that individuals directly harmed in terrorist attacks would have to then be confronted with people celebrating the paramilitary victory. The ban included proscribed organizations as well as Sinn Féin, Republican Sinn Féin, and the Ulster Defence Association — all of which claimed 'to be political arms of their paramilitary movements. Sinn Féin had, at the time, 60 councillors and one member of Parliament holding office."

membros desses grupos, em entrevistas ou noutras declarações públicas. Sendo assim, tudo o que fora dito pelos terroristas e por seus apoiadores poderia ser lícitamente divulgado, contanto que as vozes não fossem as originais. Numa situação desse tipo, portanto, não teria havido transgressão à neutralidade com relação ao *conteúdo*, mas, sim, *em relação ao falante*.

Um ponto enfatizado por Matt Kramer, a partir dessa passagem, é que a exigência de neutralidade com relação ao falante não apenas proíbe o estabelecimento de *restrições* ao locutor, mas também qualquer forma de tratamento *privilegiado* com base na sua identidade — ponto que teria sido negligenciado por alguns eminentes pensadores liberais, como John Rawls (2005, pp. 348-356, Lecture VII, Part 3, §11). Kramer repara que, ao abordar a injustiça da decisão da Suprema Corte Norte-Americana no caso *Debs*,¹¹ Rawls lamentara a falta de sensibilidade do judiciário à circunstância de que Eugene Debs era um líder partidário relevante, que já se havia candidatado à presidência do país por quatro vezes.¹² De acordo com Kramer, Rawls estava certo ao censurar a decisão da Corte, mas errou ao sugerir que o *status* de Debs enquanto ativista político deveria ter sido considerado como relevante no julgamento da causa. Na sua leitura, o *status* de Debs era irrelevante, e ele não mereceria, apenas porque politicamente notável, qualquer tratamento preferencial. O aspecto verdadeiramente decisivo, em verdade, seria o de que seu discurso não teria deliberadamente provocado um *perigo real e imediato* da ocorrência de qualquer desvio sério e iminente. Seu discurso não constituíra, assim, uma participação na infração contemplada (a saber, a violação ao *Espionage Act* [Estados Unidos da América, 1919]), mas a mera *defesa (advocacy)* de uma prática determinada. Vale dizer, a absolvição de Debs deveria ter ocorrido sob a base da *neutralidade* com relação à sua comunicação, aí incluída a neutralidade com relação ao *falante*. É o teste de *Brandenburg* que deveria ter feito com que a sua imunidade fosse reconhecida, e esse teste se aplicaria, com a mesma força, a *qualquer outro orador*.

Para mais, a demanda por *neutralidade* deve ser observada tanto no nível da *produção legislativa* quanto no da *aplicação jurídica*. Vale dizer, para que uma lei seja considerada em conformidade com o princípio da liberdade de expressão, todas as modalidades de neutralidade acima investigadas têm de ser observadas. E, ainda que a legislação em questão possa ser rigorosamente compatível com aquele mandamento moral, é igualmente importante que a sua *aplicação* por agentes oficiais (juízes, administradores etc.) não incorra na condenável *seletividade* antes discutida. Esse aspecto é ilustrado por Kramer mediante revisão do caso *Davis v Norman* (Estados Unidos da América, 1977)¹³, derivado de fatos ocorridos no Estado americano do Arkansas, na década de 70 do século XX. Eis o sumário da causa: depois da morte de Keith David num acidente de trânsito, ocorrido enquanto ele dirigia um caminhão em alta velocidade para escapar da ação de agentes policiais, seu pai — que culpava a polícia pela morte

¹¹ O ativista político Eugene Debs proferiu um discurso que teria incitado a assistência a boicotar o recrutamento militar durante a Primeira Guerra Mundial. Foi, por isso, acusado de violação ao *Espionage Act* de 1917. Debs foi condenado e apelou à Suprema Corte, reivindicando a proteção à liberdade de expressão prevista na Primeira Emenda da Constituição americana. A condenação foi, no entanto, mantida, sob o argumento de que o discurso em questão implicava *a clear and present danger* aos esforços americanos de guerra.

¹² A crítica foi dirigida, mais especificamente, ao Justice Oliver Wendell Holmes Jr. Confira-se a passagem: “Holmes is little troubled by the constitutional question raised in Debs, even though the case involves a leader of a political party, already four times its candidate for the presidency. Holmes devotes little time to it” (Rawls, 2005, p. 351).

¹³ Trata-se de decisão tomada pela *United States Court of Appeals, Eighth Circuit*.

do filho — depositou o veículo destruído no gramado em frente à sua casa, como uma forma de protestar contra o que ele percebera como sendo um abuso de autoridade dos policiais. Ocorre que havia uma legislação local que proibia o armazenamento do entulho em local aberto, e o sujeito foi notificado a remover os destroços de seu jardim. Ele explicou às autoridades que a exposição era um ato de protesto contra excessos policiais, e sustentou que a sua conduta configurava um *discurso simbólico*, assim protegido sob os auspícios da Primeira Emenda à Constituição americana. Seu argumento acabou rejeitado, contudo, pelas instâncias judiciais.

Muito embora os termos e propósitos da regulamentação inspecionada fossem obviamente *neutros* com relação a todos os aspectos relevantes, Kramer observa ter havido boas razões para suspeitar que, na especificidade, a sua *aplicação* tenha ocorrido de modo *seletivo* contra Davis, ou seja, de uma maneira não neutra com relação à *comunicação*, nem com relação ao seu *conteúdo*. Isso porque, dentre os integrantes da comunidade local a quem a mensagem fora dirigida, estavam os próprios integrantes do corpo policial que, obviamente, estavam descontentes com a crítica formulada. Assim, na ausência de qualquer evidência adicional quanto ao ponto, é possível questionar se a verdadeira razão para a aplicação do regramento em foco não era, no fundo, a tentativa de silenciar a crítica. *Se* tivesse sido esse mesmo o caso, então, aponta Kramer, a aplicação *seletiva* da legislação, com a decorrente emissão da ordem de retirada dos destroços, teria configurado uma afronta ao princípio da liberdade de expressão.

Isso tudo para ilustrar o caráter *pervasivo* da neutralidade exigida pelo princípio moral da liberdade de expressão, que opera indistintamente em relação às instâncias legislativas, judiciais e administrativas.

Mas *por que*, exatamente, esse princípio é tão fundamental? Qual a *justificativa* para que se tomem tantos cuidados para a sua preservação? O que é que realmente se *ganha* quando se é obrigado a tolerar, por exemplo, sob pena de quebra da almejada *neutralidade*, a divulgação do ideário da *Ku Klux Klan* nas laterais e traseiras de veículos públicos? Dedicaremos a parte final desse tópico para, ainda que brevemente, tangenciar esse assunto, que consome uma boa parte de *Freedom of Expression as Self-Restraint* (Kramer, 2021, p. 114-159).

Aqui, mais uma vez, é preciso atenção redobrada para que não percamos o fio do raciocínio de Matt Kramer. Começemos refletindo a respeito da diferença entre a *extensão* e a *seletividade* de uma restrição a comunicações.

Se a melhor justificativa para o princípio da liberdade de expressão estivesse centrada no fornecimento de oportunidades aos *comunicadores* (oradores, escritores, artistas etc.), para que compartilhassem suas ideias e sentimentos, nós seríamos pressionados a explicar por qual razão limitações *seletivas* a comunicações seriam frequentemente mais problemáticas do que restrições generalizadas e abrangentes. Afinal, neste último caso, o comprometimento das oportunidades de expressão seria sensivelmente maior. Nós enfrentaríamos, adicionalmente, problemas semelhantes se o foco da justificativa para o princípio fosse o de assegurar que os potenciais *destinatários* da comunicação (ouvintes, leitores e espectadores) desfrutassem amplo acesso à articulação de ideias, sentimentos e esperanças dos demais. Também aqui as restrições seletivas causariam menos danos do que as mais abrangentes. Do mesmo modo, não teríamos como explicar a disparidade moral entre limitações seletivas e gerais se tentássemos apresentar o princípio da liberdade de expressão como uma forma de assegurar algo como a

promoção *social* do conhecimento. Muito embora a busca desse objetivo fosse seguramente prejudicada por qualquer restrição abrangente a atividades comunicativas, ele seria tipicamente *promovido*, ao invés de *prejudicado*, por algumas restrições basicamente seletivas. Portanto, não é com o foco nas oportunidades de expressão pessoal, no acesso às manifestações dos outros ou nalgum objetivo coletivo que conseguiremos elucidar o caráter problemático das restrições seletivas.

Para onde devemos dirigir, então, a nossa atenção? De acordo com Matt Kramer, a resposta está em focar não no comunicante, no destinatário ou num objetivo social, mas *na relação entre um sistema de governo e a sociedade por ele presidida*.

De fato, quando um sistema de governo impõe uma restrição *seletiva* a comunicações, o controle por ele exercido sobre aspectos cruciais à vida das pessoas é particularmente *refinado* (*fine-grained*). A *minudência* desse controle é, ao mesmo tempo, *arrogante* (*overweening*) e *degradante* (*degrading*). É *arrogante* porque atribui a agentes oficiais um papel decisivo na canalização de especificidades da interação comunicativa *enquanto interação comunicativa*; e é ao mesmo tempo *degradante*, porque torna o *sucesso* de um sistema de governo em parte dependente da não ocorrência de alguns modos de comunicação que um sistema mais *eticamente robusto* conseguiria suportar sem maiores problemas. Mas atenção: *tolerância* não é equivalente à *condescendência*. Um aspecto central à solidez ética de um sistema de governo é a adoção de medidas aptas a combater os efeitos adversos que possam decorrer dos modos de expressão que se absteve de censurar. Consequentemente, uma medida primordial da *saúde ética* de um sistema de governo é a sua capacidade de sustentar a *autocontenção* constitutiva da liberdade de expressão.

Dando a palavra à crítica

Vimos até aqui que o princípio moral da liberdade de expressão tem caráter *absoluto*, e que a sua observância é condição necessária para a legitimidade de qualquer sistema de governo. Vimos, também, que isso não significa que atos de comunicação não possam ser licitamente restringidos ou sancionados, sem que isso implique qualquer contravenção ao mandamento em questão, como no caso da *incitação*. Há outros exemplos ainda, e percorreremos alguns deles na sequência. De todo modo, fica claro que suas exigências são profundas e abrangentes, a ponto de proteger a *defesa* de ideias nocivas e insultuosas, *mesmo as prejudiciais à dignidade dos integrantes da comunidade política relevante* — noção que desafia boa parte da prática jurídica contemporânea e uma série de visões influentes a respeito do tema.

É chegada a hora, portanto, de submeter o argumento de Matthew Kramer a alguns *testes*. Veremos como ele resiste à contestação. Nosso objetivo é o de tornar ainda mais claras as propostas de Kramer e de permitir, no terço final desse ensaio, que as examinemos criticamente. Para tanto, trabalharemos com uma importante nota crítica: uma elegante e cuidadosa *book review* de *Freedom of Expression as Self-Restraint*, elaborada por Sebastien

Bishop (2023, p. 564-587)¹⁴, cujas reflexões inclusive iluminaram, como ficará nítido logo mais, as nossas.

Boa parte do artigo do Professor da *Faculty of Philosophy* da *University Of Oxford* é um esforço genuíno de reconstrução das premissas que estruturam a filosofia de Matt Kramer, sobretudo preocupado em entender qual a sua força à luz do desafio fornecido pela denominada *dangerous advocacy* — o uso do discurso para avançar maneiras *perigosas* de pensar e agir. A hipótese básica, aqui, é a do discurso de ódio: a utilização de uma plataforma comunicativa para a promoção de atitudes racistas, sexistas, capacitistas ou transfóbicas. Tenhamos presente, para tanto, a hipótese de que desses discursos derive não apenas o aumento nos níveis de atitudes odiosas (ou a ocorrência de um dano em si mesmo), mas também um aumento nos níveis de discriminação e violência. Por que um sistema de governo não haveria de, em vista de um cenário como esse, valer-se de regulamentação ou censura?

Em certo sentido, a reflexão inteira de Bishop parte de um ponto que é crucial à avaliação do argumento da *autocontenção*: identificar como ele repercute em vista de *realidades não ideais*. Matt Kramer parece sugerir que, num mundo *perfeito*, sistemas excelentes de educação tornariam violações ao princípio da liberdade de expressão *desnecessárias*. Mas quão otimistas deveríamos estar sobre a possibilidade de *qualquer* arranjo educacional funcionar desse modo? E quando ele *falha*, que repercussões, se alguma, isso gera à extensão e ao poder do argumento em análise?

Lembremos que, no contexto da filosofia de Kramer, o princípio da liberdade de expressão essencialmente proíbe a regulação do discurso com base no receio de que dele advenham *danos*, quer dizer, ele impede a restrição de comunicações *enquanto* comunicação (*communications qua communication*). Para o que interessa a Bishop mais de perto, o princípio vedaria a restrição de qualquer discurso sob a base de que ele teria o potencial de influenciar a audiência, por meio de ideias e mensagens, a pensar e agir de modos nocivos. Por isso mesmo, o *hate speech* não poderia ser barrado por um sistema de governo; intervenções desse tipo seriam justamente ancoradas no *medo* de que a mensagem viesse a persuadir o público a desenvolver visões preconceituosas, e que por sua vez levariam a atos de violência e discriminação.

Lembremos, também, que Kramer trata as quebras ao princípio da liberdade de expressão como *não contingentemente más*, ou seja, seu ponto não é o de que a censura seja errada porque poderia levar a uma diminuição do conhecimento geral, ou a uma menor participação política; ela é *sempre* (ao menos *pro tanto*) *moralmente errada*, quando dirigida a uma comunicação *enquanto* comunicação, independentemente de considerações de caráter empírico ou consequencial. Trata-se de um princípio, nesse sentido, *deontológico*. É verdade que há *espaço conceitual* para que a violação em questão seja, tudo o mais considerado, por vezes *justificada*; mas essas circunstâncias seriam muito raras e não removeriam, em todo o caso, o caráter *injusto* da violação.¹⁵

¹⁴ Os parágrafos seguintes, salvo quando houver ressalvas expressas, referem-se amplamente ao texto citado.

¹⁵ Kramer não dedica maior atenção, em *Freedom of Expression as Self-Restraint*, a esse componente da sua teorização — que virá a se mostrar particularmente relevante para as reflexões de Bishop e para as minhas próprias, na sequência. Em todo o caso, ele trabalha o exemplo de uma municipalidade que esteja diante de uma manifestação pública em que seja provável que o confronto entre grupos conflitantes deságue em violência. Em situações assim, diante desse *dilema moral* (permitir a comunicação entre os manifestantes e garantir a sua integridade pessoal), pode bem ser correto que a autoridade local opte pelo *menor de dois males*.

A abordagem de Bishop é em geral deferente ao pensamento de Kramer, cuja aparente *radicalidade* ele pretende, como ficará mais claro em instantes, suavizar. Reparemos na seguinte imagem: Bishop diz que aqueles que levam eleições livres a sério admitirão que, por vezes, seu resultado é lamentável, podendo inclusive gerar danos reais aos integrantes de uma comunidade política. Mesmo assim, prossegue, devemos estar preparados para *aceitar* essas consequências negativas, ao invés de, por exemplo, apoiarmos a ditadura de um *sábio* que, por meio de fraude ao processo eleitoral, conduziu um bom governo. O ponto de Bishop é o de que, talvez, as propostas de Kramer quanto à liberdade de expressão sejam mais bem compreendidas, e consequentemente mais *valiosas*, a partir de uma perspectiva semelhante.

Nesse fio, Bishop procura *refinar* os argumentos mobilizados por Kramer em favor de seu princípio — e uma atenção a esse esforço nos deixará, creio, em condições mais seguras de considerá-los criticamente logo mais.

São três as principais reivindicações de Matt Kramer: (i) as violações ao princípio da liberdade da expressão são *self-abasing* (*auto-humilhantes*); (ii) as violações ao princípio da liberdade de expressão são *self-aggrandising* (*autoengrandecedoras*); e, finalmente, (iii) governos que são *auto-humilhantes* e *autoengrandecedores* estão em conflito com a sua *responsabilidade primordial* (*paramount responsibility*).

O caráter *auto-humilhante*, ou *autocondenatório* (*self-condemning*), de um sistema de governo, pode ser explicado do seguinte modo: de acordo com Kramer¹⁶, um sistema competente de governo tem condições de criar um *ethos* liberal e democrático que amplamente deflaciona os danos causados pelo discurso de ódio — para ficarmos nesse exemplo nuclear. De fato, governos têm a obrigação moral de criar e manter um *ethos* liberal e democrático, sobretudo por meio da estruturação de uma boa rede escolar e de programas educacionais. Correspondentemente, uma decisão oficial de violar o princípio da liberdade de expressão, para combater o fluxo de *hate speech*, sinaliza a fraqueza, ou o fracasso, no cumprimento de suas tarefas primárias. Nesse sentido, a decisão voluntária do governo, de infringir a liberdade de expressão é, em verdade, uma *condenação a si próprio*, o reconhecimento de uma falha.

Já a característica do *autoengrandecimento*, ou da *arrogância* (já que Kramer também utiliza, como destacado no ponto anterior, a expressão *overweening*), expressa uma segunda face da violação em questão. Tenhamos em conta que, como salientado, uma decisão oficial pela quebra da liberdade de expressão pressupõe, em primeiro lugar, um *fracasso* do governo (a saber: a falha em sustentar um *ethos* liberal e democrático). Com isso em vista, Kramer acredita que há algo de ainda mais repreensível na conduta desse mesmo governo que, para combater o seu próprio erro, recorre à imposição de uma regulamentação do discurso, impondo assim um

Mas, em todo o caso, o *menor dos males* continua sendo, e é isso que Kramer enfatiza, *um mal*. Confira-se trecho da passagem original: “In that case, the discontinuation of the communicative event is a contravention of the principle of freedom of expression. In the extreme circumstances outlined, the municipality or university may have been confronted with a moral conflict in which its moral responsibility to preserve or restore basic public orderliness and its moral responsibility to abide by the principle of freedom of expression could not be jointly fulfilled. If the former obligation in the circumstances was more stringent than the latter obligation, then the municipality or university may have acted correctly by aborting or suspending the communicative event. Even so, its aborting or suspending of that event is a breach of a moral duty. That breach may have been correct in that it was the lesser of two wrongs between which the municipality or university had to decide; however, even if the breaching of the duty was correct by dint of being a less grave transgression than the sole feasible alternative course of action, the lesser of two wrongs is still a wrong” (Kramer, 2021, pp. 56-57).

¹⁶ Este aspecto foi abordado, superficialmente, ao final do ponto 1, *supra*.

ônus aos indivíduos que estão sob o seu domínio. Trata-se de uma *desfaçatez*, de um *descaramento*. Como ele (o governo) *tem a coragem* de fazer isso?¹⁷

Sebastien Bishop repara que há um tanto de *psicologia moral* na teorização de Kramer. Por um lado, teríamos governos competentes e não interventivos, que cumprem suas obrigações morais por meio de mecanismos liberais (como no exemplo da estruturação de um competente sistema de educação). Por outro, governos como aqueles que, ao violarem a liberdade de expressão por meio da censura, são simultaneamente *fracos* e *controladores*.

E por qual razão deveríamos estar assim *tão* preocupados com governos que sejam simultaneamente *autocondenatórios* e *autoengrandecedores*? Aqui, entra em cena a etapa final do argumento de Matt Kramer: sistemas de governo que ostentem essas características comprometem a sua *responsabilidade primordial* (*paramount responsibility*) de garantir as condições sociais, políticas e econômicas sob as quais se assegura, aos cidadãos, que sustentem um saudável sentimento de *respeito próprio* (*self-respect*).

Em termos gerais, Kramer concorda com a sugestão de John Rawls de que, num sistema liberal, uma das coisas mais importantes que cabe a um governo é assegurar aos seus cidadãos as condições políticas, econômicas e sociais que eles precisam para que nutram *autorrespeito*.¹⁸ Cidadãos possuem *respeito próprio*, de acordo com Kramer, quando possuem, simultaneamente, *autoestima* (*self-worth*: um sentimento de que seus projetos e objetivos são *valiosos*) e *autoconfiança* (*self-confidence*: um sentimento de que têm condições de atingir muitos dos objetivos que se disponham a cumprir). Claro, Kramer reconhece que não seria razoável exigir de um sistema de governo que *faça* uma sociedade tão perfeita a ponto de garantir que todos os seus cidadãos de fato sintam *respeito próprio*; o que se exige, ao revés, é que o governo assegure aos cidadãos as *condições sociais que lhes permitam promover o respeito próprio*. O governo tem dito em outras palavras, de *fazer a sua parte*. E essa é, sempre segundo Matt Kramer, a sua *responsabilidade primordial*.

E como avaliar se o governo está, ou não, *fazendo a sua parte*? Aqui, Kramer chama a nossa atenção para o *teor*, ou *tônica moral* (*moral tenor*) do sistema de governo em questão. Equivale a dizer, quando estivermos dimensionando o impacto material de ações oficiais, bem como se essas ações ajudam, ou não, a promover o *respeito próprio* dos indivíduos, não devemos parar por aqui. Devemos também considerar o *caráter moral* das ações governamentais. Vimos que, para Kramer, violações oficiais ao princípio da liberdade de expressão, por exemplo, refletem uma espécie de *corrupção moral do caráter do governo*. Assim, esses desvios causam um impacto significativo contra o *autorrespeito* dos cidadãos, já que estes passam a realizar que estão vivendo sob o domínio de um governo *moralmente corrompido*.¹⁹

¹⁷ Para utilizar uma expressão popular, mas que, na *nossa* opinião, bem identifica o estado psicológico a que recorre Matt Kramer, é como se a sociedade em questão acusasse a *cara de pau* de um sistema de governo que lhe impusesse ônus e restrições para cobrir as suas próprias falhas.

¹⁸ Essa noção é amplamente desenvolvida em *Liberalism with Excellence*, obra em que Kramer discute a filosofia política de John Rawls (sobretudo as exigências de *neutralidade* associadas ao seu liberalismo político) e sustenta a sua própria versão do liberalismo, denominada *Aspirational Perfectionism* (perfeccionismo aspiracional), em oposição ao *Liberal Neutralism* (neutralismo liberal) de Rawls e a versões do denominado *Edificatory Perfectionism* (perfeccionismo edificatório) (Kramer, 2017); e, entre os muitos trabalhos examinados por Kramer: (Rawls, 2005).

¹⁹ Para ilustrar esse aspecto, confira-se a seguinte passagem do trabalho de Kramer - também citada, ainda que apenas parcialmente, por Bishop em seu ensaio: "*Beyond any effect of reducing the opportunities for people to communicate their thoughts or sentiments, and beyond any effect of reducing opportunities for people to gain acquaintance with the thoughts and sentiments of*

Unindo esses fios, chega-se à conclusão de que governos que violam o princípio da liberdade de expressão são, por isso mesmo, *moralmente corrompidos*, na medida em que são *autocondenatórios* e *autoengrandecedores*. Essa *corrupção moral* impacta significativamente na vida dos cidadãos, comprometendo sua capacidade de nutrir *respeito próprio*. Por causa disso, qualquer governo que infrinja o mencionado princípio *automaticamente* fracassa em cumprir com a *responsabilidade primordial* de um sistema liberal, qual seja, a de fornecer aos cidadãos uma base sólida a lhes assegurar *respeito próprio*. E, aqui, voltamos ao título do livro de Kramer: para se desincumbir de sua *paramount responsibility*, um sistema de governo deve, dentre outras coisas, ser *autocontido*, já que deve evitar a quebra do princípio. Ou bem o governo navega pelas águas da *competência* e da *autocontenção*, ou bem ele naufraga em *corrupção moral*.

Conclusões: Matthew Kramer sob a sua melhor luz e a doutrina jurídica da liberdade de expressão

Matthew Kramer deixa claro, desde a abertura de *Freedom of Expression as Self-Restraint*, que seu engajamento com o direito e a teoria constitucionais, sobretudo de matriz norte-americana, é meramente ilustrativo ou contingencial. Seu livro é, e deve ser lido como, um trabalho de filosofia moral e política. O alvo não é, portanto, entender ou justificar as proibições jurídicas a condutas comunicativas impostas numa ou noutra jurisdição. O objetivo verdadeiro é o de investigar um princípio moral *com o qual as leis de qualquer jurisdição devem ser consistentes para que sejam consideradas moralmente legítimas*.

Assim, muito embora a intervenção de Kramer não seja, mesmo, propriamente jurídica, ela é obviamente relevante para esse plano de reflexão. Se as normas jurídicas de *qualquer sistema de governo* estiverem em conflito com o princípio moral da liberdade de expressão, elas estarão *moralmente erradas*. E essa é, seguramente, uma importante *base para a crítica* de algumas das ideias e categorias desenvolvidas na prática do direito constitucional (Kramer, 2021, p. 2).

Por outro lado, e olhando agora especificamente para o Brasil, parece-nos que o momento é particularmente oportuno para que a academia faça uma intervenção desse tipo. A prática constitucional brasileira é caracterizada, em matéria de liberdade de expressão, pela fragmentação e pelo *casuismo*. Como observou Ronaldo Porto Macedo Jr. (2017, p. 274-302), o *modelo brasileiro* é baseado na *doutrina da ponderação* e numa vaga conceitualização da dignidade humana, da qual resulta uma ampla margem de discricionariedade a juízes e tribunais na definição dos limites desse direito constitucional. E essa fragilidade vem sendo amplificada por fatores variados, como a *revolução digital* e a expansão da *internet*, cujos impactos são difíceis de mensurar (Barroso; Barroso, 2023, p. 51-70). Num cenário em que as

others, the violations of the principle of freedom of expression debase the moral integrity of any system of governance that perpetrates them. Because the moral tenor of such a system in any society should elicit pride (if benign) or consternation (if malign) among the members of the society, the degradation of that tenor through the aforementioned violations directly lowers the level of self-respect that is warranted for each of those members. It directly diminishes the extent to which each of them can warrantably take pride in the prevailing system of governance as something with which each of them is associated. It diminishes the extent to which that's system reflects well upon them. Consequently, the transgressions of the principle of freedom of expression by the system's officials are breaches of the system's paramount responsibility" (Kramer, 2021, p. 152).

democracias liberais passam por problemas importantes, e em que a proteção jurídica de liberdades básicas tem de ser reafirmada, buscamos contribuir para esse debate, não em meio ao calor das disputas pontuais sobre a legitimidade de decisões judiciais tomadas sob a bandeira *democracia militante*, sobre o peso das *fake news* em processo eleitoral ou nas redes sociais ou sobre a influência documentada dos *algoritmos*; mas, sim, procurando na filosofia moral e política de Matthew Kramer um *refúgio* que nos permita, a partir de um considerável grau de distanciamento e abstração, refletir criticamente sobre os parâmetros a serem considerados para que as intervenções de nosso *sistema de governo* (legislativas, judiciais ou administrativas) tenham a sua legitimidade assegurada.

Voltemos, assim, a Matt Kramer.

Talvez seja possível, portanto, captar uma mensagem mais *sutil*, e talvez ainda mais penetrante e aguda, na defesa do caráter absoluto do princípio moral da liberdade de expressão, mesmo diante dos desafios impostos pelas *fake news*, pelos algoritmos e pelo *hate speech*. O apoio, aqui, vem de algumas das reflexões conclusivas de Sebastien Bishop (2023, p. 564-587).²⁰

A elas. Bishop levanta o que ele considera sejam duas *fraquezas potenciais* no argumento de Matt Kramer. A primeira envolve refletir sobre se sua tese realmente exige que o governo deixe de cometer violações ao princípio da liberdade da expressão, ou se ela, em realidade, expressa uma condenação mais *sutil* aos fracassos oficiais que tornaram essas mesmas violações, em certos contextos, necessárias. A segunda preocupação diz respeito a uma importante, porém não discutida, premissa *empírica* sob a qual se assentaria a visão de Kramer. Acontece que essa premissa é na verdade bastante controversa, e submetê-la a escrutínio pode lançar algumas dúvidas sobre as teses mesmas.

Começemos pela reflexão sobre o caráter *autocondenatório* da infração, pelo governo, ao princípio da liberdade de expressão. Tenhamos presente que, conforme examinado alhures, Matt Kramer sustenta que, quando um sistema de governo se percebe diante da contingência de repreender, tudo o mais considerado, um ato de comunicação *qua* ato de comunicação — e, portanto, de violar o princípio da liberdade de expressão —, esse gesto pressupõe uma *autocondenação*. É que a violação somente se teria tornado necessária em razão do seu *fracasso inicial* em promover um robusto *ethos* liberal e democrático, no qual intervenções desse tipo seriam dispensáveis.

Bishop avalia que há um ponto *sutil*, porém muito importante, nessa reivindicação. Bem entendida, ela pode revelar que a violação ao princípio não seria, *em si*, uma *auto-humilhação*. Notem: uma vez que o governo não tenha conseguido cultivar um ambiente saudavelmente liberal e democrático, ele já terá fracassado, de acordo com Kramer, no cumprimento de sua primeira missão. Sendo assim, seria um equívoco pressupor que, desse ponto em diante, a decisão pela violação ao princípio da liberdade de expressão seria *adicionalmente* autocondenatória.

Um exemplo nos ajuda a entender melhor a observação de Bishop. O fato de que alguém, durante toda a década passada, teve uma dieta pouco saudável, pode bem agora exigir que ele passe por um (de outro modo, *desnecessário*) procedimento cirúrgico para salvar a sua vida. É

²⁰ Os parágrafos seguintes, salvo quando houver ressalvas expressas, voltam a fazer referência, amplamente, à obra citada.

possível, nesse cenário, *condená-lo* por não ter levado uma vida mais saudável; mas não há nada nessa repreensão que o recomende a *deixar de passar pela cirurgia*, ou que torne a decisão de passar pelo tratamento médico *adicionalmente repreensível* a seu modo de vida. O paralelo é pertinente: condenar o fracasso do governo em construir um *ethos* liberal e democrático robusto, é uma coisa; outra, bem diferente, e que não decorre da primeira, é a exigência de que *não* sejam tomadas, já sendo *esse* o caso, medidas eventualmente drásticas e corretivas para lidar com os *efeitos* desse fracasso original.

Assim, na leitura de Bishop, os governos não devem deixar de violar o princípio da liberdade de expressão (quando, tudo o mais considerado, essa medida puder ser considerada justificável) por medo de serem considerados *autocondenatórios*. Pelo contrário, uma vez que o governo perceba que *já fracassou* em criar um *ethos* liberal e democrático — o que tornaria, na hipótese de Kramer, a regulação de determinadas modalidades de discurso desnecessária —, ele não ganharia nada, desse ponto em diante, ao deixar de combater atos de comunicação que sejam considerados nocivos ou danosos. Numa situação *ideal*, a regulamentação seria desnecessária; mas como lidar com as situações *não ideais*? Em outras palavras, um sistema de governo pode ser *corretamente* criticado por não ter assegurado o florescimento de um ambiente *ideal*, no qual atos de comunicação (*enquanto* atos de comunicação) poderiam ser absorvidos e tolerados sem que daí adviessem danos relevantes. Mas, dado que já se esteja num cenário *não ideal*, por qual razão esse mesmo governo não poderia agir *limpar a sua própria bagunça*?

O argumento de Bishop é relevante porque, afinal, traz um elemento de realidade ao domínio do argumento e é capaz de discutir com Kramer em seus próprios termos propostos: o debate continua na gramática filosófica, portanto. O elemento autocondenatório perderia assim em força enquanto razão para a autocontenção.

Matt Kramer poderia redarguir, aqui, que uma violação ao princípio da liberdade de expressão, que impõe ônus aos cidadãos, justamente para compensar pelo fracasso do governo, faria com que o ele assumisse uma postura *autoengrandecedora*, *arrogante*, no sentido de que seria um *atrevimento*, uma *desfaçatez*, fazer com que cidadãos pagassem pelas falhas do governo. Levando esse argumento mais adiante, seria possível imaginar que um sistema de governo, ao falhar em criar um *ethos* liberal e democrático, *teria comprometido a sua autoridade política para impor violações ao princípio da liberdade de expressão*. Governos não poderiam utilizar o seu poder político para resolver problemas que eles próprios criaram. Quem usa mal a sua autoridade, dela abre mão.

A sugestão seria plausível. Mas notem: seria mesmo sensato impedir que o governo atuasse para resolver os problemas presentes, ainda que derivados sua própria ineficiência? Talvez os governos incompetentes, e que cometeram erros, tenham, exatamente por isso, *um dever especial* de repará-los. Bishop avança esse argumento: quando se trata de proteger os cidadãos do *ódio*, os governos se encontram numa posição especial. Não há *nenhuma outra* organização ou indivíduo que possa fornecer a proteção que os governos têm condições de providenciar. Portanto, por mais persuasivo que seja o argumento moral de que aquele que fracassou não pode impor a outros os ônus da sua própria incompetência, o fato é que, no caso da relação entre os cidadãos e o sistema de governo, há um elemento adicional a ser considerado: se o

governo não agir, evitando assim a *condenação moral* relevante, *são os cidadãos que de todo modo arcarão com os ônus dessa omissão*. Não há como substituir o *governo* por alguma outra autoridade com um *clear record* em termos de moralidade — e permanece a clássica questão política primeira, e a necessidade de uma solução ao problema da coordenação social.

Bishop observa, em última análise, que a detalhada *imagem psicológica* de um sistema de governo que deixa de honrar suas responsabilidades primordiais, por Kramer desenvolvida (*autoengrandecedor, arrogante* etc), é essencialmente dirigida aos fracassos do *passado*. Com isso, ficaram de fora considerações sobre como o engajamento *presente* para a correção desses desvios pode vir a modificar o caráter moral do governo. Assim como não se deve reduzir a análise psicológica de um indivíduo com base num ato ou aspecto em particular, também os governos devem ser examinados de modo mais abrangente. E, com essa lente mais aberta, talvez o governo que parecesse, num primeiro olhar, *censório* e *atrevido*, acabe sendo retratado como *qualquer coisa menos isso*.

Não se trata aqui de legitimar simplesmente quaisquer violações à liberdade de expressão por parte de um governo a pretexto de *limpar a própria bagunça* em condições não ideais. Condições raramente são *ideais*, afinal, e esse não é um argumento que, reduzido a uma abstração, permite restrições à liberdade de expressão sem maiores justificativas. O ponto é que o argumento de Bishop exige que se reconheça que, afinal, há cenários plenamente concebíveis e imagináveis — por vezes até *reais* — em que, *all things considered*, um sistema de governança talvez precise recorrer a medidas iliberais que, em outro cenário, seriam totalmente injustificáveis. É o que, em esclarecimento posterior, Matt Kramer chamou de sociedades *barris de pólvora*, com tensões étnicas, políticas ou raciais extremadas. Seu exemplo é a Ruanda dos anos 90, em que transmissões de rádio promoviam o ódio que culminou no genocídio tútsi. Ou seja, o fracasso de um sistema de governança em promover um *ethos* de pluralismo e tolerância pode ser tão severo que, diante desse fracasso mesmo, ele estaria cometendo novos erros se deixasse de adotar medidas (intrinsecamente iliberais, na leitura *krameriana*) penalizando ou proibindo certos tipos de expressão. Agora, permanece o ponto de que *o princípio da liberdade de expressão é um princípio absoluto* — daí por que o ônus argumentativo, *nessas condições não ideais*, continua sendo primordialmente do governo: o responsável primeiro por promover as condições pelas quais essas medidas antiliberais são desnecessárias.

O ponto (importante), portanto, é o de que não se trata simplesmente de legitimar, em sociedades liberais ocidentais, violações à liberdade de expressão porque ‘bem, as condições não são ideais’. Não é aí que o argumento de Matt perde força. *Ao contrário*. Trata-se simplesmente de reconhecer que, no domínio filosófico — e exatamente porque o *ethos* minimamente saudável de democracias liberais não é algo a se tomar por garantido —, “*there can be societies in which the attitudes and institutions that prevail among the general public are egregiously illiberal and in which the enactment of hate speech prohibitions might be the lesser of two wrongs*”: e o ponto é *do próprio Matt*, que acolhe (ainda que com um grão de sal) a observação de Bishop. A única ressalva, o único receio de Matt é o de que talvez Bishop conceda muito mais facilmente a possibilidade de medidas iliberais em sociedades ocidentais liberais minimamente saudáveis. Talvez seja o caso — daí por que nosso início de solução aqui é

conciliar as leituras de Kramer e Bishop, *temperando-as* mutuamente: temperando um pouco o argumento de Matt com o problema da ‘autocondenação’ que condena *os outros* em condições não ideais, e o argumento de Bishop com o ponto de que, bem, condições muito raramente são *ideais*. Nem toda sociedade com pessoas intolerantes e estúpidas é a Ruanda da década de 1990, e o ônus de argumentação segue sendo do governo que fracassou em sua responsabilidade primeira.

Isso será relevante em nossas considerações finais. Antes, o segundo e último ponto de Bishop, também relevante, que tem a ver com a base *empírica* implícita à teorização de Matt Kramer. Recapitulemos a sua formulação, mais uma vez insistindo na hipótese de regulamentação do *hate speech*. De acordo com Kramer, sistemas de governo competentes, que conseguem estabelecer um *ethos* liberal e democrático, não têm qualquer necessidade de violar o princípio da liberdade de expressão para lidar com esse desafio. É que esse *ethos* será maduro o bastante para debelar qualquer risco associado. A *autocontenção* governamental estaria, assim, justificada. Por outro lado, o fracasso com relação à obrigação original, e que leva o governo a violar a liberdade de expressão para combater o discurso de ódio, revela um caráter simultaneamente *auto condenatório* e *auto engrandecedor*. E um governo com essas características demite-se, automaticamente, do cumprimento de sua *paramount responsibility*, a saber, a de assegurar as condições sociais, políticas e econômicas que permitam aos cidadãos nutrir *respeito próprio*.

Bishop percebe, como adiantei, que há uma fundação empírica *crucial*, porém não expressamente articulada, nessa formulação. Kramer assume, com efeito, que as violações ao princípio da liberdade de expressão são condenáveis porque, caso sejam competentes, os sistemas de governos têm condições de criar um ambiente liberal sem recorrerem a mecanismos censórios. Nesse cenário, seriam naturalmente neutralizados os efeitos dos discursos considerados nocivos ou perigosos.

Mas a *quais* mecanismos deveria, então, um sistema de governo competente recorrer? Kramer não aborda esse aspecto com a mesma verticalidade atribuída a outras passagens de *Freedom of Expression as Self-Restraint*. Mas, em suma, ficamos sabendo que uma rede escolar bem gerida, com programas educacionais adequados, faz parte dessa equação. O problema é que essa é, diz Bishop, uma premissa empírica contestável. Muitos verão com desconfiança essa fé no sistema educacional. Se educação sobre igualdade racial é efetiva, por que a sociedade é tão racista? Se a educação sexual teria condições de eliminar os danos da pornografia, por que isso ainda não aconteceu? O ponto de Bishop, aqui, é o que há uma desconfiança, quando menos, *plausível* quanto à capacidade de uma rede escolar conseguir, efetivamente, fazer frente aos danos associados ao (por exemplo) discurso de ódio. E outra: teríamos no mínimo de admitir que a criação de um sistema assim *tão* eficiente é algo muito difícil de realizar; e, sendo assim, talvez não seja correto dizer que um governo *falhou* ao não conseguir implementá-lo a contento. O que *efetivamente, concretamente*, deve fazer um sistema de governança para *ser capaz* de exercer, e de exercer *adequadamente*, sua *paramount responsibility*?

O movimento de Bishop, nesse quadrante, tem dois alvos. O primeiro é, supondo que a premissa fática questionada esteja correta, o de relativizar a condenação moral de um sistema de governo que não consiga cultivar um *ethos* tão robusto como o imaginado por Matt Kramer.

Sendo incrivelmente difícil a construção de um ambiente desse tipo — tanto que faltariam exemplos reais de sociedades que teriam atingido um tal estágio de maturidade —, talvez não devêssemos ser *tão* críticos com governos que ficaram abaixo do ideal. O segundo é o de sugerir que, caso a premissa empírica seja *falsa* (o que, de todo modo, demandaria uma investigação mais consequente), então as propostas de Kramer nos deixariam com armas *insuficientes* para combater os danos decorrentes do uso nocivo da comunicação.

E, por aqui, encerramos com Bishop. O que concluir disso tudo? Arriscamos, para fechar, algumas considerações finais.

O primeiro aspecto digno de nota é o de que o argumento de Matthew Kramer, de que o princípio moral da liberdade de expressão tem uma força absoluta com relação à proteção das comunicações *enquanto* comunicações, é convincente e, mais importante do que isso, resiste ao teste da integridade. Há, de fato, uma sólida justificativa para que um sistema de governo exerça a reivindicada *autcontenção* com relação às atividades comunicativas de seus cidadãos. E essa base de justificação é essencialmente *deontológica*, e não consequencial, ou empírica. Assim, não importa o quão nocivo seja o *teor* da comunicação relevante, se ela não puder ser recriminada sob uma base *independente com relação à comunicação*, no mínimo, haverá algo a se *lamentar*, do ponto de vista da moralidade política.

O segundo é o de que, quando se examina mais de perto e cuidadosamente essa noção, a um primeiro olhar *constraintiva*, ela vai se tornando gradativamente mais persuasiva. O princípio é absoluto, sim, mas *fracamente* — apesar de não comportar exceções, a sua incidência não exclui a possibilidade de haver exigências morais mais importantes a serem honradas. As distinções *taxativas* com as quais Kramer trabalha (atos *comunicativos* e *não comunicativos*; *defesa* e *incitação*; propriedades *infracionais* e *não infracionais* etc.), e que nos deixam por vezes com mais dúvidas do que certezas ao exame dos exemplos trazidos em seu livro, mobilizam, na verdade, conceitos *vagos em sentido técnico*. Ou seja, comportam discordâncias razoáveis, a serem redimidadas não no plano da lógica ou da semântica, mas no do argumento político substantivo. São, nesse sentido (ou, no mínimo, *podem ser concebidos como*), *interpretativos*.

Ora, o que fica assim fica sinalizado para a construção de uma *doutrina jurídica* é a necessidade de se ter um parâmetro mais seguro e confiável em torno do qual trabalhar a imposição de eventuais restrições ao discurso. Concedamos que, em contextos radicalmente não ideais, *all things considered*, restrições sejam defensáveis mesmo sob a gramática de um princípio absoluto; mas, na medida em que se esteja diante de atos de *comunicação* (e que não possam, portanto, ser recriminados *em conformidade com o princípio da liberdade da expressão*, ou seja, sob uma base *independente com relação à comunicação*), o ônus da justificação será sempre maior — e sempre envolverá *algo a ser lamentado* a respeito do caráter fundamental de uma comunidade política cujas circunstâncias recomendaram que assim se fizesse.

Ademais, embora a proposta de Kramer seja assumidamente uma proposta em filosofia moral e política — o princípio é apresentado como um princípio moral, não diretamente um princípio jurídico —, há, parece-nos um ponto de conexão bastante relevante com o direito, e que nos permite avançar exatamente na construção de uma doutrina jurídica de liberdade de expressão. Lembremos: uma de nossas premissas iniciais, anunciada aqui, é a de que o estado

de direito não é meramente uma questão de legalidade formal. É, antes, um *compromisso*: a promessa de proteção e recurso contra o potencial exercício arbitrário do poder por meio das ferramentas próprias do direito. Aquele que escolhe governar por meio do direito escolhe submeter-se às formas próprias do direito enquanto prática.

O leitor mais atento e familiarizado reconhecerá nessa definição a influência direta de Gerald Postema, que, em *Law's Rule*, definiu o império do direito exatamente nesses termos — e que defendeu que, afinal, essa promessa só se sustenta em uma comunidade política quando nela vigora um *ethos* robusto de *fidelidade*: um compromisso mútuo, que coloca em posição de *reciprocidade* governantes e governados, de *accountability* e respeito à lei como forma de vida em comum. Ora, há aí uma premissa subjacente: a de que o destinatário do direito — isto é, das normas de um sistema jurídico — é um sujeito autônomo, um centro ativo de inteligência e de uma esfera própria de dignidade, dotado de agência e responsabilidade moral.

O próprio Kramer, aqui, diria — como disse, exatamente em seu debate com Postema (já discutido aqui nas páginas desta *RECHTD*) — que isso não significa necessariamente que um sistema jurídico respeitará, *por princípio*, essa premissa, e que é plenamente possível e imaginável um sistema jurídico composto por membros oficiais que aderem às formas do direito puramente por razões autointeressadas, por vezes até *más*, simplesmente para garantir, com algum senso de permanência, o seu domínio sobre determinada população em médio e longo prazo. Eis que, por essa razão, Matt distinguirá o estado de direito, em minúsculas, do Estado de Direito, em maiúsculas — sendo o primeiro, (i) simplesmente o estado de coisas que se observa quando satisfeitas as condições de existência de um sistema jurídico operante, e (ii) quando essas condições materializam e expressam, com uma tônica moral, um elemento constitutivo do ideal liberal-democrático de boa governança e de uma sociedade justa.

Para Postema, o *gap* entre a *existência* e o *império* do direito não é tão largo assim, e há algo de *errado*, do ponto de vista *conceitual*, num sistema (pretensamente) jurídico — isto é, num regime que reivindica autoridade *jurídica* — cujas normas não são capazes de funcionar como *normas*, propriamente, no raciocínio prático dos cidadãos. A orientação normativa que é própria do direito como prática distintiva não pode se resumir a meros imperativos, como não pode ser *jurídico* um sistema baseado puramente num sistema centralizado de comando e controle — daí não resultaria uma *prática social* propriamente. Para Kramer, permanece o ponto de que, uma vez que, *conceitualmente*, a função principal do direito é a de orientar e coordenar a conduta humana por meio de suas regras, meramente as normas que impõem deveres em um sistema jurídico podem bem exercê-la, mesmo que seus destinatários estejam meramente as obedecendo e não as aceitando plenamente.

Para os fins deste ensaio, a disputa entre Kramer e Postema é secundária. Isso porque, afinal, no plano *normativo* — isto é, no que diz respeito ao valor moral do Estado de Direito enquanto elemento constitutivo de uma democracia liberal —, ambos concordam (em linhas gerais, ao menos): há algo de valioso, moralmente valioso, num sistema jurídico que respeita seus destinatários enquanto agentes morais. Daí por que, independentemente do debate conceitual sobre a relação da legalidade com o próprio conceito de direito, sentimo-nos seguros aqui para reivindicar essa noção de *rule of law* como um elo entre o princípio moral da liberdade de expressão e um sistema de direito como prática comum. Afinal, não fosse por nada, essa

dignidade própria do cidadão enquanto sujeito autônomo e moralmente responsável é central para a liberdade de expressão. Em um sistema jurídico que reconhece os cidadãos como agentes morais, a expressão não é apenas uma *permissão*, mas uma necessidade para o florescimento individual e coletivo. A capacidade de articular ideias e visões, de questionar o poder e de participar do debate público é o que confere substância a essa autonomia. Portanto, a restrição da liberdade de expressão não é apenas uma limitação de um ato, mas uma negação do próprio status de agente moral do indivíduo perante o Estado.

Ora, *ainda que* em condições não ideais, *all things considered*, seja concebível que circunstâncias não ideais exijam eventualmente algum tipo de restrição, dada a *weak-absoluteness* do princípio, permanece o fato de que *o princípio é absoluto*, e qualquer restrição terá algo de moralmente lamentável. Mais do que isso, será *sempre* um *second best*, e somente na melhor das hipóteses. E *uma vez* que o estado de direito representa exatamente a promessa de recurso e proteção contra o poder *arbitrário*, a conclusão é bastante direta: sempre que um governo julgar que as condições não ideais de uma sociedade são tais a ponto de exigir *violações* (porque serão sempre violações) a um princípio absoluto, é *dele* o ônus argumentativo de *justificar*, na *esfera jurídica*, como e por que essas violações se justificam, tudo o mais considerado — e exatamente em respeito aos cidadãos como centros ativos de inteligência e responsabilidade moral, nessa relação de *reciprocidade* com seus governantes.

Mais do que isso, aos governos cabe permitir, por meio de seu sistema jurídico, um *fórum* para que *essas restrições mesmas* sejam desafiadas e questionadas pelos cidadãos. Se meu discurso sofre restrições, eu devo ao menos poder questioná-las, e por aquilo que elas são. Quanto menos passível de recurso e discussão, tanto mais será grave e moralmente reprovável a restrição-violação. E esse ônus não é apenas uma formalidade processual; ele é *a própria manifestação da submissão do poder às suas regras constitutivas*. Em um sistema jurídico de governança que respeita o Estado de Direito (em letras maiúsculas, que assim o seja para que fique clara a tônica moral), a justificação para a restrição da liberdade de expressão deve ser pública, transparente e baseada em razões que qualquer cidadão racional e autônomo possa compreender, questionar e, potencialmente, *aceitar como suas*. A ausência dessa justificação, ou sua base em pretextos arbitrários ou mesmo frágeis — como testes vazios de “ponderação” que ponderam direitos sem substância —, soma à violação uma fragilização da confiança e da reciprocidade que são a essência de um *rule of law* robusto.

Além disso, um sistema propriamente jurídico de governança — no contexto da discussão sobre a liberdade de expressão — estará sempre obrigado a respeitar e a, *juridicamente*, demonstrar seu respeito à *imparcialidade* como uma dimensão do estado de direito. Se toda violação à liberdade de expressão será sempre uma violação, de novo, tanto mais grave será se, além de desrespeitar intrinsecamente qualquer dos diversos tipos de neutralidade, vier a desrespeitar a imparcialidade. Ou seja, restrições à liberdade de expressão cujo propósito (explícito ou mesmo implícito, cinicamente sub-reptício) seja partidário, faccioso, autointeressado, serão também violações *ao próprio estado de direito em sua dimensão moral*. A liberdade de expressão, afinal, é ela própria um importante veículo de temperança do poder — e, portanto, um elemento importante naquilo que queremos do direito enquanto prática, enquanto forma de vida em comum.

Referências

- BARROSO, L.R.; BARROSO, L.v.B. 2023. Democracy, social media, and freedom of expression: hate, lies, and the search for the possible truth. *Chicago Journal of International Law*, **24**(1): 51-70.
- BISHOP, S. 2023. Back to school: Matthew Kramer's 'Freedom of expression as self-restraint'. *Modern Law Review*, **86**(2): 564-587.
- DONOHUE, L.K. 2008. *The cost of counterterrorism*. Cambridge, Cambridge University Press, 514 p.
- DWORKIN, R. 2009. *Foreword*. In: I. Hare; J. Weinstein, *Extreme speech and democracy*. Oxford, Oxford University Press.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 1969. United States Supreme Court. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 1919. United States Supreme Court. *Debs v. United States*, 249 U.S. 211.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 1919a. United States Supreme Court. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 1977. United States Court of Appeals, Eight Circuit. *Davis v. Norman*, 555 F.2d 189 (8th Cir).
- KRAMER, M. H. 2021. *Freedom of expression as self-restraint*. Oxford, Oxford University Press, 368 p.
- KRAMER, M. H. 2022. Freedom of expression as self-restraint. *Philosophy & Social Criticism*, **48**(4): 473-483.
- _____. 2017. *Liberalism with excellence*. Oxford, Oxford University Press, 456 p.
- MACEDO, R.P.Jr. 2017. Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience. *DIREITO GV Law Review*, **13**(1): 274-302.
- MILL, J.S. 1909. *On liberty*. Auckland, The Floating Press, 205 p.
- RAWLS, J. 2005. *Political liberalism*. Expanded edition. New York, Columbia UP, 576 p.

Submetido: 03/10/2025

Aceito: 02/06/2026