

Não existe essa coisa de liberdade de expressão, e é bom que seja assim

Stanley Fish

Título original: There is no such thing as free speech, and it's a good thing, too
*Traduzido por Peterson Silva.*¹

“Hoje em dia a primeira emenda é o primeiro refúgio dos canalhas” — S. Johnson e S. Fish

Ultimamente, muitos liberais e progressistas de esquerda têm ficado desconcertados ao descobrir que palavras, frases e conceitos que eles pensavam ser propriedades suas, do lado de suas políticas, foram apropriados pelas forças do neoconservadorismo. Isso é particularmente verdadeiro quanto ao conceito da liberdade de expressão, já que em tempos recentes a retórica da primeira emenda tem sido usada para justificar políticas e ações que a esquerda vê como problemáticas, quando não odiosas: pornografia, linguagem sexista, discurso de ódio nas universidades. Como isso foi acontecer? A resposta que eu devo propor nesse ensaio é que conceitos abstratos como liberdade de expressão não tem nenhum conteúdo “natural” mas são preenchidos com qualquer conteúdo e direção que se é capaz de pôr neles. “Liberdade de expressão” é só o nome que damos para comportamento verbal que serve aos propósitos que queremos avançar; e nós damos *esse* nome para o comportamento verbal que preferimos quando temos a chance, quando temos o poder de fazê-lo, porque na retórica da vida americana, o rótulo “liberdade de expressão” é um que você quer ver aplicado aos seus aliados. A liberdade de expressão, em suma, não é um valor independente mas uma bandeira política, e se essa bandeira foi capturada por um grupo oposto ao seu, ela não pode mais ser invocada de forma a ajudar as suas propostas, uma vez que agora é um obstáculo às suas propostas. Isso é algo que a esquerda liberal

¹N. do T.: Nos Estados Unidos, mais que no Brasil, de um ponto de vista legal, a lei que protege a liberdade de expressão está sujeita a ser invocada como defesa de todo e qualquer discurso, incluindo por exemplo discursos racistas e de ódio. Esse é o caso porque a lei, a primeira emenda à constituição, é bastante generalizante na forma como a protege. Esta “primeira emenda” vai ser referenciada várias vezes no artigo.

ainda não entendeu, e o que segue é uma tentativa de livrar seus membros de um vocabulário que agora pode ser-lhes um desserviço.

Não muito longe do final de seu *Areopagítica*, e depois de ter celebrado as virtudes da tolerância e da publicação sem regulamentação em textos e citações que estão em todas as discussões sobre a liberdade de expressão e a primeira emenda, John Milton pisa em falso e diz: é claro que eu não estava falando sobre católicos; esses nós exterminamos:

“Não quis falar sobre tolerar papismos, e abertas superstições, que à medida que extirpam as supremacias religiosas e civis, devem elas mesmas ser extirpadas... Também aquilo que é mau ou ímpio e absolutamente contra a fé e os bons costumes nenhuma lei que não queira ser ilegal pode permitir.”

Note que Milton não está simplesmente estipulando uma única exceção à regra em geral; o tipo de fala que pode ser regulado e até mesmo proibido a partir de julgamento e punição constitui um conjunto aberto; os papismos são apenas nomeados em particular como um exemplo de advocacia que não pode ser tolerada. Sem dúvida há outras formas de discurso e ação que podem ser caracterizadas como “abertas superstições” ou como subversivas da piedade, da fé e das boas maneiras, e presumivelmente todas essas seriam candidatas à “extirpação”. Milton também não consideraria uma falha o fato de não ter criado uma lista de expressões desprotegidas. A lista vai se preencher sozinha à medida que os discursos sejam postos à prova implicada pela seguinte fórmula: este tipo de fala ou advocacia, se permitido que floresça, tende a debilitar os propósitos sobre os quais nossa sociedade se baseia? Não se pode responder a essa pergunta sobre um discurso adiantadamente em relação a sua emergência no palco do mundo; deve-se esperar e fazer a pergunta no contexto completo de sua produção e (possível) disseminação. Pode parecer que o resultado seja *ad hoc* e desprovido de princípios, mas para Milton o princípio está nos valores centrais por cujo nome indivíduos que pensavam de forma similar se reuniram em primeiro lugar. Esses valores, que incluem a procura pela verdade e a promoção da virtude, são abrangentes o bastante para acomodar uma variedade de visões. Mas em algum ponto — novamente, impossível de se prever antecipadamente — essa abrangência vai ameaçar se tornar total insignificância, e nesse ponto a fidelidade aos valores originais do grupo vai exigir atos de extirpação.

Minha intenção é mostrar que todas as afirmações sobre liberdade de expressão são como as de Milton, com sua força dependendo de uma exceção que literalmente entalha um espaço a partir do qual a expressão pode emergir. Eu não quero dizer que a expressão (dizer algo) é um espaço cuja integridade é de vez em quando comprometida por certas restrições, mas que as restrições mesmas, na forma de uma articulação subjacente do mundo que necessariamente (se apenas silenciosamente) nega possíveis articulações alternativas, é constituinte da expressão. Sem restrição, sem uma ideia embutida do que não teria sentido dizer

ou o que seria errado dizer, não poderia haver frases ou razões para dizê-las. A exceção à expressão livre não é uma restrição negativa mas uma extração positiva de valor — somos a favor *disso*, o que quer dizer que somos contra *aquilo*. É em referência a esse valor — constituído, como todos os valores são, por um ato de exclusão — que algumas formas de discurso serão ouvidos como (bem literalmente) intoleráveis. Expressão, resumidamente, nunca é um valor em si mesmo mas é sempre algo produzido dentro dos limites de alguma concepção presumida do bem que deve produzir na eventualidade de um conflito. Quando chega o aperto (e ele sempre chega mais cedo ou mais tarde) e a instituição (a igreja, o Estado ou a universidade) é confrontada por comportamento que é subversivo ao seu núcleo de propósitos, ela vai responder declarando “não quis falar sobre tolerar (insira comportamento aqui), isso nós extirpamos”, não porque uma exceção a uma liberdade geral foi contraditoriamente anunciada de repente, mas porque a liberdade nunca foi geral para começar, sendo sempre entendida contra um plano de fundo de uma exclusão originária que lhe dá sentido.

Essa é uma tese ampla, mas antes de abordá-la diretamente eu gostaria de apoiá-la com outro exemplo, tirado não do século XVII mas da lei e do judiciário canadense. O pensamento dos canadenses sobre liberdade de expressão parte de um pressuposto usado nos Estados Unidos, de modo que o país se aproxima muito de *Areopagitica* da forma como eu o expus. As diferenças estão bem à mostra em um caso recente, *R. v. Keegstra*. James Keegstra foi um professor do ensino médio de Alberta que, como foi demonstrado por evidências, “sistematicamente denegria judeus e o judaísmo em suas aulas”. Ele descrevia os judeus como traidores, subversivos, sadistas, amantes de dinheiro, loucos por poder, e assassinos de crianças. Ele declarava que eles eram “responsáveis por depressões econômicas, anarquia, caos, guerras e revoluções” e exigia que os alunos “regurgitassem essas noções em redações e provas”. Keegstra foi acusado de violar a Seção 319(2) do código penal e foi condenado. A corte de apelações reverteu o julgamento, e a Coroa apelou à Suprema Corte, que manteve o veredito inicial.

A seção 319(2) diz que “todo aquele que, ao comunicar sentenças que não sejam em caráter de conversação privada, promover deliberadamente o ódio contra qualquer grupo identificável é culpado de... Uma ofensa criminal e está sujeito à prisão por um período de não mais que dois anos”. Nos Estados Unidos, essa lei seria anulada porque, de acordo com a primeira emenda, restrições sobre a liberdade de expressão são proibidas sem qualificação. Os canadenses têm sua própria versão da primeira emenda, na seção 2(b): “Todos têm as seguintes liberdades fundamentais... b) liberdade de pensamento, crença, opinião, e expressão, incluindo liberdade de imprensa e outros meios de comunicação”. Mas a seção 2(b), como toda outra seção na lei, é qualificada pela seção 1: “a lei canadense de direitos e liberdades garante os direitos e liberdades nela descritas, estando elas sujeitas apenas a limites razoáveis previstos por leis que possam ser demons-

tradas como justificadas em uma sociedade democrática e livre”. Ou em outras palavras, todo direito e liberdade garantido por lei pode ser limitado se for entendido que seu exercício está em conflito com os princípios que fundamentam a sociedade.

É isso que acontece em *Keegstra* à medida que a maioria determina que a Seção 319(2) do código penal de fato viola o direito de liberdade de expressão garantido pela lei canadense, mas é não obstante uma restrição *permissível* porque ela está de acordo com os princípios proclamados na Seção 1. Há, é claro, um juiz que votou contra isto, chegando a conclusões que teriam sido alcançadas por muitas, se não todas, as cortes dos Estados Unidos; mas mesmo num voto minoritário essa minoria é leal ao modo canadense de pensar. “A questão”, declara-se, “é sempre o equilíbrio”, e assim mesmo que uma infração particular da Seção 2(b) da lei seja declarada inconstitucional, como teria sido se o voto da minoria fosse majoritário, a questão permanece aberta com respeito ao próximo caso. Nos Estados Unidos a questão é presumida como encerrada e pode apenas ser invadida com ferramentas especiais. Em nossa cultura judicial de hoje, se alguém gritar “liberdade de expressão” num julgamento, o caso já está vencido.

É claro, nem tudo é assim simples. Apesar do aparente absolutismo da primeira emenda, há várias formas de passar por ela, formas que qualquer aluno de direito conhece. Em geral, a estratégia preferida é manipular a distinção, essencial à jurisprudência da primeira emenda, entre expressão e ação. A distinção é essencial porque ninguém pensaria em escrever a primeira emenda de tal modo que ela começasse com “o congresso não fará nenhuma lei restringindo a liberdade de ação”, porque isso significaria dizer “o congresso não fará nenhuma lei”, o que por sua vez significaria dizer “não haverá nenhuma lei”, somente ações desinibidas e desreguladas. Para que a primeira emenda faça sentido, tenha algum efeito, o discurso precisa ser declarado como sendo uma forma de não-ação, ou uma forma de ação que não tem as características das ações que fazem com que elas sejam objeto de regulamentação. Essa última estratégia é melhor porque geralmente envolve a separação do discurso de suas consequências. É isso que Archibald Cox faz quando ele dá à primeira emenda o trabalho de proteger as “expressões distinguíveis de conduta danosa para outros indivíduos e a comunidade”. A dificuldade de fazer essa segregação é bem conhecida: as palavras sempre parecem cruzar a linha em direção aos atos, onde elas se tornam, pelo menos em potencial, ligadas a consequências. Ao encarar essa instabilidade em termos de categorias, juristas e teóricos da primeira emenda criam uma distinção dentro da distinção entre discurso e ação: algumas formas de expressão não são expressão porque seu propósito é incitar a violência ou porque são, como a corte declara em *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), “palavras de luta” (*fighting words*), palavras que “têm probabilidade de provocar uma pessoa comum em direção à retaliação, e portanto interrompem a paz”.

O problema com essa definição não é que ela distingue as “palavras de luta” das palavras que permanecem únicas e seguramente expressivas mas entre palavras que são provocantes para um grupo de pessoas (aquelas que são consideradas “pessoas comuns”) e palavras que possam provocar outros grupos, grupos de pessoas que não são consideradas comuns. E se você perguntar para esses outros grupos quais palavras serão possivelmente provocantes para eles, quais seriam as “palavras de luta” *deles*, a resposta vai incluir toda e qualquer palavra, pois como disse Justice Holmes há muito tempo (no caso *Gitlow v. New York*), toda ideia é uma incitação a alguém, e já que ideias vêm empacotadas em frases, em palavras, qualquer frase é potencialmente, em alguma situação que pode acontecer amanhã mesmo, uma “palavra de luta” e portanto será passível de regulamentação.

Essa ideia nos obriga a seguir um caminho entre dois possíveis. Poder-se-ia concluir que a exceção das palavras de luta é uma má ideia porque não é possível evitar que pessoas espertas, mas inescrupulosas, inflem essa categoria com tantas palavras e frases que a quantidade de expressões protegidas pela constituição encolha até o nada, não contendo mais nenhuma expressão. Ou, alternativamente, poder-se-ia concluir que nunca houve nenhuma quantidade de expressões protegidas em primeiro lugar, e que a dificuldade de distinguir palavras de luta é simplesmente um exemplo da dificuldade geral de separar o discurso da ação. E se é feita a escolha por esta última opção, como é o meu caso, então uma outra conclusão é inevitável: à medida que a ideia da primeira emenda consiste em identificar o tipo de expressão que seja separável da ideia de conduta e das consequências que venham no bojo dessa conduta, não existe tal forma de expressão e portanto não há nada para a primeira emenda proteger. Ou, para rephrasar a conclusão em outro sentido, quando a justiça invalida uma lei porque ela infringe a liberdade de expressão, não é porque a expressão em questão não tem consequências mas porque as consequências foram desconsideradas em relação a um bem que as sobrepujou. Apesar de tudo que se diz, o judiciário não tem por objetivo proteger a expressão em si, um “mero discurso” (uma quimera); em vez disso, o que ele quer é classificar o discurso (como algo a ser protegido ou a ser regulamentado) em relação a um valor — a saúde da república, o vigor da economia, a manutenção do *status quo*, a dissolução do *status quo* — que é o verdadeiro, ainda que não reconhecido, objeto de sua proteção.

Mas se esse é o caso, um purista da liberdade de expressão poderia responder, por que não abandonar a charada juntamente com todas as distinções maleáveis que a tornam possível, e declarar de uma vez por todas que a liberdade de expressão é um valor primário que se sobrepõe a todos os outros, e fim de história? A resposta é que a liberdade de expressão só poderia ser um valor primário se o que fosse dito não fosse importante, se não importasse no sentido de que ninguém desse a mínima para o que é dito e todos só gostassem de ouvir o som de pessoas falando. Existem contextos assim, como um canto do Hyde Park ou

um *talk show* para o qual as pessoas ligam e então podem falar à vontade sobre qualquer coisa, e as outras se divertem com isso. Esses, contudo, são contextos específicos, espaços artificialmente limitados e designados para assegurar que o discurso não seja levado a sério. Em contextos comuns, a fala é produzida com o objetivo de tentar movimentar o mundo em uma direção ao invés de em outra. Nesses contextos — os contextos do dia a dia — você se dá ao trabalho de dizer que X é Y somente porque você suspeita que algumas pessoas estão falsamente dizendo que X é Z ou que X não existe. Você fala, em suma, porque você se importa com alguma coisa, não com a fala em si — como se isso fosse um valor em si — mas com aquilo sobre o que você fala. Pode ser paradoxal, mas a liberdade de expressão só poderia ser um valor primário se o que você valoriza é o direito de fazer barulho com a boca; se você está engajado em alguma atividade que tem um objetivo, no meio da qual você acaba tendo que se expressar, mais cedo ou mais tarde vai chegar um momento em que você decidirá que algumas formas de discurso não avançam, mas ameaçam, esse objetivo.

Veja o caso das universidades. Poderia ser que o propósito de tais lugares é estimular a liberdade de expressão? Se a resposta fosse “sim”, seria difícil de explicar a necessidade de aulas, ou provas, ou departamentos, ou disciplinas, ou bibliotecas, já que tudo que a liberdade de expressão requer é um caixote ou uma linha de telefone aberta ao público. A própria maquinaria universitária — os eventos, rituais, e procedimentos que preenchem seu calendário — é argumento em direção a um outro propósito, mais substantivo. Em relação a esse propósito (que vai ser diferente para diferentes tipos de instituições), o florescimento da liberdade de expressão vai ser em quase todas as circunstâncias obviamente um bem, mas em algumas circunstâncias, a liberdade de expressão pode ameaçar esse propósito, e nesse ponto pode ser preciso disciplinar ou regular os discursos, a não ser que, para parafrasear Milton, a instituição sacrifique a si mesma em prol de uma característica “acidental”.

De maneira interessante, o congressista Henry Hyde, que está debatendo esses problemas em uma emenda sugerida ao título VI da lei dos direitos civis, inadvertidamente chega à mesma conclusão. A primeira seção da emenda fala sobre seu propósito, que é proteger “os direitos de liberdade de expressão de estudantes universitários” ao proibir instituições educacionais, tanto privadas quanto públicas, de “submeter qualquer estudante a sanções disciplinares com base unicamente em conduta que é discurso”. A segunda seção enumera os recursos disponíveis para os alunos cujos direitos à livre expressão podem ter sido atacados; e a terceira, que é para lembrar do núcleo do problema, declara uma exceção à jurisdição da emenda qualquer “instituição educacional controlada por uma organização religiosa”, de acordo com a lógica de que a aplicação de tal emenda a tais instituições “não seria consistente com as bases religiosas de tais organizações”. Com efeito, o que o congressista Hyde está dizendo é que no cen-

tro dessas universidades e faculdades está um grupo de crenças, e seria errado exigir que elas tolerem comportamentos, incluindo discursos, que sejam inimigos dessas crenças. Mas à medida que essa lógica seja persuasiva, ela se aplica a todas as organizações, já que todas as instituições educacionais se apoiam sobre algum grupo de crenças — nenhuma instituição simplesmente “está lá”, independente de qualquer propósito ou objetivo — e é difícil ver por que os direitos de uma instituição de proteger e preservar suas “bases” deveriam ser restritos apenas àquelas controladas por organizações religiosas. Se você ler a terceira seção com cuidado, ela desfaz tudo que foi dito na primeira e na segunda — a exceção se torna o que sempre foi, a regra — e nos aponta a um teste de equilíbrio muito parecido com o da lei canadense: uma vez que qualquer universidade é direcionada por uma lógica que lhe é central, um administrador que encara uma reclamação sobre discurso ofensivo deveria se perguntar se o dano a essa lógica seria maior se o discurso fosse tolerado ou se fosse regulado.

A objeção a essa linha de pensamento é bem conhecida e foi recentemente formulada por Benno Schmidt, ex-presidente da Universidade de Yale. De acordo com Schmidt, regulações de discurso nos *campi* constituem “esforços bem intencionados, mas equivocados, de dar aos valores de comunidade e harmonia um lugar maior que o da liberdade” (*Wall Street Journal*, 6 de maio, 1991). “Quando os objetivos da harmonia colidem com a liberdade de expressão”, ele continua, “a liberdade deve ser uma obrigação maior de uma comunidade acadêmica”. A falha na lógica está demonstrada no uso da ideia de “comunidade acadêmica”, porque essa frase reconhece o que Schmidt gostaria de negar: que expressão só ocorre em comunidades — se não uma comunidade acadêmica, então em uma comunidade de um *shopping*, ou uma comunidade de um jantar, ou uma comunidade de uma viagem de avião ou uma comunidade de um escritório. Nessas comunidades e em qualquer outra que se possa imaginar (com a possível exceção de uma comunidade de fãs da Liga Principal de Baseball), limites à liberdade de expressão em relação a um propósito definidor e profundamente presumido são inseparáveis da pertença à comunidade.

De fato, “limites” é a palavra errada porque ela sugere que a expressão, enquanto uma atividade e um valor, tem uma forma pura e está sempre em perigo de ser comprometida pelas exigências de comunidades com interesses específicos; mas, independentemente de um contexto comunitário influenciado por um interesse (isto é, propósito), a expressão seria de uma só vez inconcebível e inteligível. Ao invés de ser um valor que é ameaçado por limites e amarras, a expressão, em qualquer forma com a qual possamos nos preocupar, é um *produto* de limitações e amarras, de pressuposições que já estão em voga e que dão a qualquer afirmação sua razão de ser particular. Na verdade, o próprio ato de pensar em algo a dizer (não importando se isto for ou não algo regulado) já é limitado — tornado impuro, e porque impuro, comunicável — pelo contexto de fundo dentro

do qual o pensamento se forma (a análise também se sustenta para “liberdade”, que na visão de Schmidt é um conceito completamente vazio que se refere a uma vontade sem direção. Mas tanto quanto a expressão, a liberdade só é uma noção coerente em relação a um objetivo ou bem que a limite e, ao limitá-la, dá forma a seu exercício).

Argumentos como o de Schmidt só fazem sentido quando pressupõem a fala como algo que acontece sem qualquer contexto, e quando depois retiram de alguns atos discursivos em particular algumas propriedades conferidas a eles pelo contexto. O truque é ilustrado bem quando Schmidt clama pela proteção de todo discurso, “não importa quão desagradáveis eles sejam”. “Desagradáveis” ao mesmo tempo reconhece a realidade de danos relativos aos discursos e os trivializa, sugerindo que eles são apenas danos *de superfície*, que qualquer pessoa de mente aberta (“progressiva e humanista”) deveria ser capaz de aguentar. A possibilidade de que danos relacionados a atos discursivos possam ser graves e causarem machucados *profundos* é cuidadosamente deixada de lado, e porque isto é feito, a ficção de um mundo de leves trocas verbais pode ser sustentada, pelo menos dentro dos limites do discurso cuidadosamente desvirtuado de Schmidt.

A isso Schmidt sem dúvida responderia, como ele já faz em seu texto, que um discurso prejudicial deve ser respondido não com regulação mas com mais discurso; isso, contudo, só poderia fazer sentido se os efeitos do primeiro discurso pudessem ser cancelados pelo discurso adicional, apenas se a dor e a humilhação causados por falas discriminatórias pudessem ser melhoradas por algo como “o seu pai é que é bobo, feio e chato!”. O que Schmidt não consegue perceber em todos os níveis de seu argumento é que a expressão é mais do que uma questão de proferir palavras e receber proposições, que as palavras fazem tipos de coisas no mundo que não podem ser contidas num reino puramente cognitivo de “meras” ideias.

Poderia ser dito, contudo, que eu tenha errado no entendimento dos efeitos de se tolerar generalizadamente a expressão porque eu estou muito focado nas consequências de curto prazo, e não vejo os bons efeitos que uma fala livre trará no futuro, não no presente, mas num futuro cuja emergência qualquer regulação só faria coibir. Essa linha de raciocínio também enfraqueceria um de meus pontos-chave, que a expressão em si mesma não pode ser um valor e só deveríamos nos preocupar com ela se ela estiver a serviço de algo que não é idêntico a ela mesma. Meu erro, poderia ser dito, é igualar essa coisa para a qual a expressão deveria estar trabalhando com algo valorizado aqui e agora (o fim do racismo, o empoderamento de minorias desprivilegiadas), quando na verdade deveríamos pensar nesse valor maior como um rascunho ainda, rascunho cuja arte final só poderá ser concebida pelo lápis do tempo. Por isso agora o rascunho parece imperfeito e sem limites muito rígidos (uma autorrealização verdadeira, um corpo político mais perfeito, cidadãos mais capazes, uma verdade menos parcial); não

podemos saber o que vai ser essa coisa, e fixá-la agora de maneira rígida pode levar gerações e gerações a erro.

Essa visão progressista do que a primeira emenda protege tem um grande apelo, em parte porque ela continua de forma secular a celebração puritana de esperanças milenares, mas impõe uma exigência tão severa que acabamos esperando por mais justificativas para ela do que as que geralmente são dadas. A exigência é que nós aguentemos qualquer dor que discursos racistas e de ódio inflijam, em prol de um futuro em cuja emergência só podemos ter fé. Numa visão especificamente religiosa como a de Milton, isso faz todo sentido (isso é de fato o cristianismo inteiro), mas no contexto de uma política que põe sua confiança no mundo e não no espírito santo, isso levanta mais questões do que dá respostas, e poderia ser visto como a segunda de duas estratégias feitas para deslegitimar as reclamações de grupos vitimizados. A primeira estratégia, como já fiz notar, é definir a fala como algo sem consequências (no modelo “pedras e paus podem quebrar meus ossos, mas...”); a segunda estratégia é reconhecer as (em geral graves) consequências da fala mas declarar que devemos sofrê-las em nome de algo que não pode ser nomeado. As duas estratégias negam os efeitos atuais de discursos racistas em duas direções levemente diferentes: uma delas confina esses efeitos a um reino fechado e seguro de pura atividade mental; a outra imagina os efeitos do discurso derramando-se para fora do mundo, mas apenas num futuro que está sempre quase aí, e em honra do qual devemos sempre evitar agir.

Entendo as duas estratégias como fracas, mas meu próprio ceticismo quanto a elas é menos importante do que o fato de que elas parecem ter funcionado: no linguajar do mercado (uma linguagem que analistas da primeira emenda adoram), muitos na sociedade parecem ter aceitado essas estratégias como verdades. Por quê? A resposta, eu penso, é que as pessoas se agarram à primeira emenda porque elas não querem enfrentar o que elas corretamente imaginam que seja a alternativa. Essa alternativa é *a política*, a percepção (para a qual já aponte) de que as decisões sobre que tipo de discurso é e não é protegido no reino da expressão vão se basear não em princípios ou firmes doutrinas, mas na habilidade de algumas pessoas de interpretar — recharacterizar ou reescrever — os princípios e as doutrinas de forma que isso leve à proteção de discursos que elas queiram que sejam ouvidos e a regulação de discursos que elas queiram que sejam silenciados (é assim que George Bush consegue argumentar *a favor* da regulamentação sobre a queima da bandeira nacional e *contra* a regulamentação sobre discursos de ódio nas universidades). Quando a primeira emenda é invocada com sucesso, o resultado não é uma vitória da liberdade de expressão frente a um desafio imposto pela política, mas uma *vitória política* vencida pelo grupo que conseguiu encobrir seus propósitos com o manto da liberdade de expressão.

É precisamente de uma conclusão como essa — uma conclusão que colocaria a política *dentro* da primeira emenda — que os analistas recuam, dizendo coi-

sas como “Isso faria da primeira emenda uma letra morta”, ou “isso nos deixaria sem nenhum guia na determinação de quando regular um discurso e qual discurso regular”, ou “isso acaba com a distinção entre expressão e ação”, ou “isso é incompatível com qualquer noção viável de liberdade de expressão”. A essas frases (pegas mais ou menos aleatoriamente de recentes artigos acadêmicos de direito) eu responderia que a primeira emenda sempre foi uma letra morta se entendermos sua “vivacidade” como dependente da identificação e proteção de um grupo de coisas que seriam “mera” expressão, distinto de um grupo de coisas que seriam condutas passíveis de regulamentação; a distinção entre expressão e ação sempre se acabou em princípio, porque na prática ela acaba tendo qualquer formato que as condições políticas prevalentes determinem; nós nunca tivemos nenhum guia normativo para diferenciar discurso protegido de discurso desprotegido; em vez disso, nosso guia sempre foi feito (e refeito) nas lutas políticas sobre as quais (por um tempo) ele preside. Em suma, o nome do jogo sempre foi “política”, até mesmo quando (na verdade, especialmente quando) o jogo é jogado ao se estigmatizar a política como área a ser evitada.

Ao dizer isso, não devo ser entendido como alguém que defende ou ataca regulamentações sobre a expressão como uma questão de princípios gerais. Ao invés disso, meu argumento vai na direção contrária à de um princípio geral, e na direção de um (anti)princípio pragmático que considera cada situação à medida que ela surge. A questão de regular ou não será sempre uma decisão local, e não podemos nos basear em abstrações que ou são vazias de conteúdo ou preenchidas com o conteúdo de algum objetivo parcial para gerar uma resposta “por princípio”. No lugar disso, devemos considerar em cada caso o que está em jogo, e quais são os riscos e os ganhos de propostas alternativas de ação. Ao longo dessa consideração muitas coisas ajudarão, mas entre essas coisas não estarão expressões como “liberdade de expressão” ou “direito individual à expressão”, porque, da forma como são usadas agora, essas frases tendem a obscurecer ao invés de clarificar nossos dilemas. Uma vez que elas tenham sido privadas de sua força talismânica, que não seja mais estrategicamente eficiente invocá-las para fugir de um problema, a conversa poderia continuar em direções que são hoje bloqueadas pelo absolutismo da primeira emenda que só tem sido honrado por sua quebra de qualquer modo. Ao estudante de jornalismo reclamando, durante a promulgação do código de expressão na Universidade de Wisconsin, que agora haveria “sempre algo no fundo de sua mente enquanto ele escreve, com medo de que algo seja agora proibido”, seria possível responder que “sempre houve algo no fundo de sua mente, e talvez seja melhor que exista esse código lá atrás da sua mente agora do que o que quer que estivesse lá antes”. E quando alguém avisa sobre a ladeira deslizante e prevê com tristeza que se você restringir um tipo de discurso, você nunca sabe o que pode ser restringido a seguir, seria possível dizer: “algum tipo de discurso está sempre sendo restringido, ou não poderia haver nenhuma

frase que fizesse sentido; nós já sempre caímos pela ladeira, alguém sempre vai ser restringido a seguir, e o seu trabalho é garantir que essa pessoa não seja você”. E quando alguém observa, e alguém certamente vai fazê-lo, que códigos discursivos têm o efeito de amansar o discurso, seria possível dizer que uma vez que a fala só se torna inteligível contra o plano de fundo daquilo que não está sendo dito, o plano de fundo daquilo que já foi silenciado, a única questão que sobra é a política, quanto a que discurso será amansado, e, considerando as coisas em geral, parece-me bom que expressões como “preto sujo”, “putinha”, “machorra” e “viadinho” sejam amansadas. E se alguém disser, “mas o que aconteceu com o princípio de liberdade de expressão?”, seria possível dizer, como tenho dito uma dúzia de vezes, que princípios de liberdade de expressão não existem a não ser como componentes de um argumento ruim em que tais princípios são usados para mascarar motivações que não resistiriam um escrutínio apurado.

Um exemplo de lobo em pele de primeira emenda é uma propaganda veiculada recentemente no jornal dos estudantes da Universidade de Duke, o *Chronicle*. Assinada por Bradley R. Smith, conhecido como um panfletário neonazista antissemita, a propaganda vem empacotada como tratado acadêmico: quatro colunas densamente agrupadas, completas com referências “de cabeça”, estatísticas não-documentadas, e uma seara de pessoas tidas por autoridades. A mensagem da propaganda é que o holocausto nunca aconteceu e que o Estado alemão nunca “teve uma política de extermínio de pessoas judias (ou qualquer outra pessoa) através de câmaras de gás”. Numa instância espetacular da estratégia cada vez mais popular de “culpar a vítima”, a “estória” ou “mito” do holocausto é tido como algo fabricado de maneira a “arregimentar a simpatia do mundo pelas causas judias”. A “evidência” que suporta essas ideias são uma mistura de fatos supostamente comprobatórios — “nem um único corpo teve uma autópsia em que se confirmou o uso de gás letal” — e insinuações “astutas” de uma espécie muito familiar a leitores de *Mein Kampf* e *The Protocols of the Elders of Zion*. A coisa mais “esperta” de todas, contudo, é a apresentação do argumento como um exercício de liberdade de expressão — a propaganda tem o subtítulo “O argumento a favor de um debate aberto” — de forma que ela só poderia ser atacada pela “polícia do pensamento” e por censores. Essa estratégia deu frutos imediatamente a partir da decisão, por parte da equipe do jornal, de aceitar a propaganda apesar de uma política de publicação antiga (e historicamente respeitada) de recusar materiais que contenham xingamentos étnicos ou raciais ou são de alguma maneira ofensivos. A lógica da equipe (explicada pelo editor numa coluna especial) era de que a partir da primeira emenda as pessoas tinham o “direito” de ser publicadas. “Jornais dos Estados Unidos foram constituídos a partir dos princípios de liberdade de expressão e de liberdade de imprensa, então como um jornal pode negar esses direitos a alguém?”. A resposta a essa questão é que alguém não tem seus direitos negados simplesmente porque um único órgão jornalístico nega a publicação

de um texto seu, desde que haja outras formas de publicar disponíveis e desde que o Estado não interfira. Isso não significa que não poderia haver uma razão para imprimir a propaganda, mas apenas que essa razão não pode se sustentar sobre uma obrigação que vem da primeira emenda. Seria possível defender, por exemplo, que imprimir a propaganda incentivaria um debate saudável, ou que as mentiras serão mais facilmente reconhecidas como tais quando forem trazidas à luz do dia, mas esses são justamente os argumentos que o editor *não usa* em sua defesa “por princípio” baseada na primeira emenda.

O que eu considero mais perturbador sobre esse incidente não é que o texto foi publicado, mas que foi impresso por pessoas que acreditavam que aquilo era uma mentira e uma distorção dos fatos. Se o editor e sua equipe concordassem com as visões de Smith, ou tivessem dúvidas sérias sobre a realidade do holocausto, eu ainda teria um problema com isso, mas seria um problema diferente; seria um problema sobre evidência, credibilidade, documentação. Mas uma vez que sobre essas questões eu e os editores concordamos, meu problema é com a lógica que os levou a agir em oposição ao que eles acreditam ser verdadeiro. Essa lógica, pelo que entendo, tem a seguinte forma: apesar de nós sabermos que o holocausto foi um fato, fatos são notoriamente interpretáveis e disputados; sendo assim nada pode ser realmente dado permanentemente como uma verdade, e nós não temos o direito de rejeitar algo só porque julgamos que seja pernicioso e falso. Mas o fato — se eu puder usar essa palavra — de que verdades bem aceitas sempre podem ser disputadas, pelo menos em teoria, não significa que não podemos afirmar ou confiar em verdades que, de acordo com nossas visões atuais, parecem indisputáveis; ao invés disso, significa exatamente o oposto: na falta da certeza absoluta que só pode ser fornecida pela via da revelação (algo que não desconsidero mas que não experimentei, pessoalmente), nós devemos agir com base no nível de certeza que atingimos até então. A verdade pode, como disse Milton, estar sempre em vias de emergir, e devemos estar sempre em guarda contra influências tão fortes do presente que possam nos fazer ignorar evidências contrárias; mas, pela mesma regra, quando acontece que a verdade presente é suficientemente convincente, é nossa obrigação moral agir sobre isso ao invés de adiar a ação em nome de um futuro interpretativo que pode nunca chegar. Ao correr para hastear a bandeira da primeira emenda no poste mais próximo e salutá-la, os editores estudantes fugiram a essa obrigação e delegaram suas responsabilidades a um “princípio” que sequer tinha muita relevância.

Deixe-me ser mais claro. Eu não estou dizendo que os princípios da primeira emenda são inerentemente maus (eles são *inerentemente* nada), apenas que eles não são sempre o ponto de referência mais apropriado para situações envolvendo a produção discursiva, e que mesmo quando o são, eles não constituem uma perspectiva livre de política, porque a forma com a qual eles são invocados é e sempre será política; isto é, será sempre o resultado do desenho de uma linha relevante

(entre discurso e ação, ou entre discurso de grande valor e de pouco valor, ou entre palavras essenciais à expressão de ideias e “*fighting words*”) de uma forma tal que ela seja favorável a alguns interesses e indiferente, ou hostil, a outros. Considerando isto, a moral da história não é que a primeira emenda deve ser abandonada, porque mesmo que as fórmulas padrão da primeira emenda não desempenhem, e não possam desempenhar, a função que é esperada delas (a eliminação de considerações políticas em decisões sobre expressão), elas ainda servem uma função nada negligenciável: elas tornam lentas as decisões em um campo em que o medo de atitudes precipitadas é justificado por uma longa história de abusos de poder. Geralmente diz-se que a história mostra (isso mesmo sendo uma fórmula) que uma restrição mínima no direito à expressão leva muito facilmente a restrições cada vez maiores; e tanto quanto isso possa ser visto como um fato empírico (e é algo que se pode debater), existe algum conforto e proteção a ser encontrados num procedimento que requer que você passe por vários obstáculos — que faça muito trabalho argumentativo — antes que uma regulamentação sobre a expressão possa ser permitida.

Eu não deveria ser lido como alguém que está oferecendo uma noção de “passar por vários obstáculos” como uma nova versão da ideia de neutralidade da primeira emenda — um obstáculo precisa ter uma forma — nesse caso a forma de qualquer distinção binária que esteja representando os “interesses” da primeira emenda — e o formato de um obstáculo pelo qual se requer que alguém passe vai em parte determinar que tipos de travessias vão poder ser feitas regularmente. Mesmo que sejam mecanismos para tornar decisões judiciais (sobre o tema) mais comedidas, fórmulas da primeira emenda, por virtude de seus conteúdos substantivos (e é impossível que não tenham conteúdo) vão fazer algumas decisões serem tomadas mais lentamente que outras, e portanto o formato que elas tenham no momento presente vai favorecer alguns interesses mais que outros. Portanto, mesmo num sentido reduzido da eficiência da retórica da primeira emenda (ela não pode assegurar nenhum resultado em particular), o conselho com o qual comecei o texto segue sendo importante: à medida que os chamados princípios de liberdade de expressão tenham sido construídos pelo seu inimigo (enquanto forem os obstáculos *dele* que você tenha que atravessar), conteste a relevância deles no problema sendo discutido; mas se você conseguir refazê-los, realinhando-os com seus propósitos, use-os vingativamente.

É um conselho que se segue à tese de que não existe isso de liberdade de expressão, o que não é, afinal, uma tese tão aterrorizante ou corrosiva quanto possa ter parecido no começo. Ela meramente diz que não há uma classe de “balbucios” separável do mundo da conduta e que portanto a identificação de alguns balbucios como membros dessa classe não-existente será sempre evidência de que uma linha política foi desenhada, ao invés de uma linha que rejeita a entrada da política no fórum do discurso público. O trabalho da primeira emenda é marcar

uma área em que visões em competição possam ser consideradas sem a interferência do Estado; mas se a própria demarcação dessa área é uma interferência (e sempre será), a jurisprudência da primeira emenda é inevitavelmente autocomprometedora e subversiva em suas próprias aspirações. Essa é a má notícia. A boa notícia é que precisamente *porque* o discurso nunca é “livre” nos dois sentidos necessários para tanto — livre de consequências e livre de pressão estatal — o discurso sempre é importante, está sempre fazendo algo; porque tudo que dizemos tem efeitos no mundo de uma maneira indistinguível dos efeitos da ação física, devemos ser responsáveis quanto a nossas performances verbais — *todas* elas — e não presumir que elas serão bem cuidadas por uma cláusula da constituição. É claro que com responsabilidade vêm riscos, mas eles sempre foram os nossos riscos, e nenhuma doutrina de liberdade de expressão foi capaz de nos isolar deles. Eles são os riscos, respectivamente, de permitir discursos que causem óbvios danos às pessoas e de restringir discursos de formas que nos possam negar o benefício de *Ulysses*, de Joyce, ou *Lady Chatterly’s Lover*, de Lawrence, ou as pinturas de Titian. Nada, eu repito, pode nos isolar desses riscos (se não há um guia normativo na determinação do quando e de qual discurso proteger, não há guia normativo na determinação do que é arte — que como liberdade de expressão é uma categoria que inclui tudo e nada — e o que é obscenidade). Além do mais, nada pode nos fornecer um princípio para decidir qual risco é o melhor a ser tomado a longo prazo. Eu estou persuadido de que, no presente momento, exatamente agora, o risco de não controlar discursos de ódio é maior que o risco de que por regulá-los vamos nos privar de vozes com coisas interessantes a dizer ou vamos cair pela ladeira deslizante em direção à tirania. Esse é um julgamento para cujas bases posso oferecer razões, mas nenhuma garantia. Tudo que estou dizendo é que os julgamentos daqueles que estão do outro lado tampouco trazem garantias. Eles exigem que ponhamos nossa fé em abstrações políticas, mas as abstrações que eles invocam — o mercado de ideias, a expressão em si, a expressão pura — somente existem dentro de formatos políticos, e portanto ao confiar nelas caímos (involuntariamente) sob as garras das forças que queremos manter afastadas. Não é que não existam escolhas a serem feitas ou meios de fazê-las; o caso é somente que as escolhas, tanto quanto os meios, são indissociáveis do ruído e da confusão da luta sectária. Não há nenhum lugar seguro.

Pós-escrito

Quando uma versão mais curta desse ensaio foi publicada anteriormente, ele causou uma grande quantidade de cartas indignadas de leitores que entenderam que eu estava fazendo uma *recomendação*: vamos abandonar princípios, ou vamos dispensá-los com uma mente aberta. Mas, na verdade, não estou fazendo uma

recomendação mas declarando o que considero ser uma verdade inescapável. A verdade não é que a liberdade de expressão deveria ser restringida, mas que a liberdade de expressão é uma impossibilidade conceitual porque a condição para que a expressão seja livre em primeiro lugar já é irrealizável. Essa condição corresponde à esperança, representada no geralmente citado “mercado de ideias”, de que nós podemos criar um fórum em que as ideias possam ser consideradas independentemente de amarras políticas ou ideológicas. Meu argumento, que não foi abordado nas cartas, é que uma amarra ideológica *gera* expressão e que portanto a própria inteligibilidade da expressão (enquanto assertiva em vez de mero barulho) é radicalmente dependente daquilo que ideólogos da liberdade de expressão desejariam evitar. Se imaginarmos como ausente uma visão ideológica já em funcionamento e (pelo menos no momento) inquestionada, o ato de falar não faria sentido, porque ele não estaria ressoando contra qualquer entendimento de fundo dos possíveis caminhos para a ação discursiva ou física e suas possíveis consequências. E esse entendimento de fundo não é acessível para o falante que ele constringe; não é objeto de sua autoconsciência crítica; em vez disso, constitui o campo dentro do qual a consciência pode ocorrer, e portanto as produções da consciência, e especificamente a expressão, serão sempre políticas (isto é, anguladas) de formas que o falante não poderia possivelmente saber de antemão.

Em resposta a isso, alguém poderia dizer (embora as cartas mencionadas acima não cheguem a esse nível) que mesmo que o discurso seja inescapavelmente político em meu sentido rarificado, ainda é possível e desejável que exista um espaço amplo em que falas irremediavelmente políticas possam competir pela aprovação pública sem qualquer uma delas ser estigmatizada ou favorecida de antemão. Mas o que a história da jurisprudência da primeira emenda mostra é que as decisões sobre o que deveria ou não deveria ter o privilégio da proteção de tal espaço, e a determinação de como exatamente (sob que regras) o espaço será demarcado, e então administrado, são assuntos continuamente disputados; além do mais, as posições disputadas são, cada uma delas, inteligíveis e convincentes apenas a partir do ponto de vantagem de uma ideologia profundamente presumida, que, como a ideologia do discurso em geral, não ousa dizer seu nome e de fato não o faz. A estrutura que deveria permitir que propostas políticas / ideológicas lutem de forma justa — num campo igualitário que não foi comprometido — é em si mesma sempre ideologicamente e politicamente construída. Essa é exatamente a conclusão a que relutantemente chega Robert Post em um texto infinitamente mais cheio de nuances do que a carta que me escreveu. No fim de uma longa e rigorosa análise, Post chega à “inquietante conclusão de que os limites do discurso público não podem ser fixados de uma forma neutra” (“The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler v. Falwell*,” *Harvard Law Review* 103, no. 3 [January 1990]: 683). “O fato

último da regulação ideológica”, ele adiciona, “não pode ser apagado”. De fato não pode, uma vez que o fato último é também o fato *raiz*, uma vez que ninguém pode se colocar atrás dele ou desviar dele, e por isso a próxima estratégia — a que diz, “bem, não podemos deixar a ideologia para trás ou evitá-la, mas pelo menos podemos fazer uma tentativa de boa fé” — tampouco vai funcionar. “Em que espaço aberto e sem ideologia essa ‘tentativa’ será feita?”, seria lícito perguntar, e se a resposta é (e tem que ser, pela própria conclusão de Post) que esse espaço não existe, a noção de “tentativa” não pode ter um conteúdo real (Numa ocasião mais leve eu expandiria esse argumento para defender o vazio que também é qualquer gesto que invoque um ideal regulatório).

Nada disso de uma livre (ideologicamente não-restringida) expressão; nada disso de um fórum público purgado de pressões ou exclusões ideológicas. Essa é a minha tese, e esperando no fim (no começo, na verdade) dela está, como meus correspondentes indicaram, a política. Não, contudo, a política como a palavra suja que ela se torna na maior parte das discussões sobre a primeira emenda, mas a política como a tentativa de implementar alguma postura sectária. Eu coloco a palavra “postura” antes de “sectária” para interromper previamente qualquer leitura de “sectário” ou “partidário” como “sem princípios”, a leitura que Post faz de mim quando ele afirma que escrevo “sob o princípio de que há alguma dicotomia implícita e mutuamente excludente entre política e princípio”. Na verdade, meu argumento é exatamente o contrário: uma vez que é apenas a partir de um comprometimento com alguma proposta política particular (não abstrata) que alguém sente a profunda urgência de se identificar como alguém “com princípios”, a política é a *fonte* de princípios, não seu oposto. Quando duas propostas políticas se degladiam, a competição nunca é entre política e princípios mas entre dois tipos de política ou, se preferir, dois tipos de princípios. A presunção de um antagonismo entre as duas não é minha, mas de Post, e é uma presunção que ele duplica ao falar dos perigos de uma “auto-afirmação sem princípios”. Isso significaria imaginar as pessoas como possivelmente motivados por “meras” preferências, mas (e isso é exatamente o que eu já disse) preferências nunca são “meras” no sentido de existirem sem uma razão filosófica ou moral; a preferência é a precipitação de alguma proposta defensável (e, é claro, desafiável), e aqueles que as afirmam, ao invés de não terem princípios, são naquele momento extensões dos princípios. Novamente, é Post, e não eu, quem pinta uma imagem de seres humanos “como um simples grupo de apetites Hobbesianas”. Eu vejo seres humanos como controlados por profundos (mesmo que debatíveis) compromissos, compromissos tão constitutivos de seus pensamentos e ações que a sinceridade não consegue ser evitada. Franklin Haiman e Cushing Strout (outros dois correspondentes) não poderiam ter errado mais o alvo ao me chamarem de cínico e oportunista. Eles presumem que eu esteja aconselhando os leitores a deixar de lado princípios em favor de motivos que são meramente políticos,

quando na verdade estou desafiando essa distinção e aconselhando os leitores (o conselho é supérfluo) a agirem de acordo com o que eles pensam ser verdadeiro e importante, e não serem impedidos de fazê-lo por uma doutrina que é ao mesmo tempo incoerente e (por causa da incoerência) um veículo para política oculta.

Em geral, os escritores das cartas ignoram meu desafio aos binarismos dos quais seus argumentos dependem, e acabam por me atacar pelo desrespeito a discussões cuja falta de irrefutabilidade foi justamente grande parte de minha exposição. Assim, o professor Haiman solenemente me informa que uma mente aberta não é o mesmo que uma mente vazia; mas, em minha análise — que o professor não é obrigado a aceitar mas é certamente obrigado a perceber — elas são o mesmo. Uma mente aberta é presumivelmente uma mente que não está indevidamente comprometida com seus conteúdos atuais, mas a uma mente assim estruturada, ou, melhor, *desestruturada*, faltaria um quadro de referências em relação ao qual o mundo (tanto de ações quanto de expressões) faria sentido. Uma mente tão aberta a ponto de não ser ancorada por nenhuma pressuposição, nenhuma convicção do tipo que ordena e estabiliza a percepção, seria uma mente sem gestalt e portanto sem a capacidade de fazer com que as coisas *permaneçam* nela. Uma consciência que não está ancorada numa crença (não necessariamente sempre a mesma) cuja negação ela não poderia conceber seria uma peneira. Resumidamente, seria vazia.

O professor Strout se aventura pelo mesmo (incoerente) território quando aponta que eu confundo “tolerância com aprovação”, e “justificar” com “suportar”. A ideia é que uma política de permissão de discursos de ódio não constitui aprovação de discursos de ódio mas deixa com a escolha livre dos indivíduos a responsabilidade de aprová-los ou desaprová-los. Mas isso significa presumir que a maquinaria de deliberação dos indivíduos é puramente formal e não é afetada pelo que está ou não está no ar cultural. Tal presunção é absolutamente necessária à epistemologia liberal compartilhada por meus correspondentes, mas é uma que rejeito porque, como argumentei em outros lugares, o contexto de deliberação é cultural (ao contrário de formal ou genético), e porque é cultural, o resultado da deliberação não pode deixar de ser influenciado por quaisquer noções que são culturalmente correntes (mentes não são livres, como a epistemologia liberal implica, pelo mesmo motivo que elas não podem ser completamente abertas). O fato de que David Duke foi grosseiramente e provocativamente questionado por repórteres no programa “Sixty Minutes” ou “Meet the Press” foi menos importante que o fato de ele ter estado no “Sixty Minutes” e no “Meet the Press” em primeiro lugar, porque essas aparições o legitimaram e colocaram suas visões em circulação nacional de uma forma que as tornou um componente incortonaível do pensamento da nação. Tolerar pode ser diferente de aprovar do ponto de vista de quem tolera, que pode então se livrar da responsabilidade pelos efeitos daquilo que não aprovou, mas se os efeitos são reais e consequentes, como eu argumento

que sejam, a diferença pode ser um conforto gelado.

É claro que são os *efeitos* que a epistemologia liberal não consegue levar em consideração, ou pode fazê-lo apenas nos limites externos da segurança pública (“perigo claro e iminente”, “incitação à violência”). É perfeitamente propício, por exemplo, que o professor Haiman faça referência à dissidência do juiz Holmes no caso *Abrams*, uma vez que aquela famosa opinião de uma só vez afirme o posicionamento moderno quanto à primeira emenda e ilustre o que considero serem suas dificuldades, se não contradições. Holmes começa admitindo a verdade básica do meu argumento: faz perfeito sentido querer o silêncio de crenças inimicas às suas, porque se você não o quisesse, seria uma indicação de que você não acredita no que você acredita. Mas então Holmes nota que as crenças são sujeitas à mudança, e chega à conclusão cética de que uma vez que o caminho da mudança é imprevisível, não seria sábio institucionalizar crenças nas quais podemos não mais crer numa data futura; em vez disso, deveríamos deixar o processo de seleção para o mercado de ideias, desregulado por pressões políticas transeuntes.

Isso soa bem (até patriótico), mas essa visão está cheia de problemas nas duas pontas do processo. O problema de “entrada” é um que já identifiquei em minha resposta ao professor Post: o mercado de ideias — o fórum protegido do discurso público — será estruturado pelas mesmas considerações políticas que foi desenhado para manter sob controle; e portanto, o funcionamento do mercado não será livre no sentido requerido, isto é, sem ser afetado por ação governamental (ao governo é dada a tarefa de gerenciar o mercado, e portanto, seus contornos). As coisas são ainda piores na outra ponta, a saída ou sem-saída. Se nosso comprometimento com a liberdade de expressão é tão forte que nos obriga a, como Holmes declara, tolerar “opiniões... Que nós... Acreditamos estarem cheias de morte” (uma caracterização que reconhece a terrível ‘consequencialidade’ da expressão e desestabiliza qualquer distinção entre expressão e ação), então o que se pede é que cortejemos nossa própria destruição em prol de uma abstração que vai ser o nosso fim ao invés de nossa salvação. Existem realmente apenas três alternativas: ou Holmes não quis realmente dizer isso, como parecem indicar suas qualificações instantâneas (“a não ser que... uma restrição seja necessária para salvar o país”), ou ele quis dizer isso mas não pensa que opiniões cheias de morte poderiam vencer no mercado de ideias (e nesse caso ele se compromete com um progressismo que ele não analisa nem declara), ou ele quis dizer isso e pensa que opiniões fatais poderiam, de fato, triunfar, mas sua atitude seria algo como “o que será, será” (como pareceria ser o caso mais tarde, em uma outra dissidência, *Gitlow v. New York*). Cada uma dessas leituras do que Holmes está nos dizendo em *Abrams* e *Gitlow* é problemática, e são os problemas na posição que nasce dessas duas dissidências que foram exploradas em meu ensaio. As respostas a esse ensaio, tanto quanto posso ver, não discutem esses problemas mas continuam a

recitar as devoções que minha análise coloca em cheque. Continuem mandando essas cartas.