

Liberdades de Expressão

Para que seja possível problematizar em torno do potencial de conflito entre liberdade de expressão e direito autoral no contexto das novas tecnologias de informação e comunicação, é preciso ter em mente que o princípio da liberdade de expressão, consagrado no artigo 5º, incisos IV e IX da Constituição Federal, é frequentemente discutido a partir de concepções filosóficas distintas.

Conhecer as diversas concepções existentes (ou as orientações deste direito) não é relevante apenas por seu valor histórico, mas principalmente porque, a depender da fundamentação filosófica empregada, os resultados de um trabalho de ponderação deste princípio com outros mandamentos constitucionais podem ser radicalmente distintos. Mais do que isso, para compreender de que modo o princípio da liberdade de expressão pode estar sofrendo um processo de ressignificação, é imperioso saber, *a priori*, quais são os significados que lhe são tradicionalmente atribuídos.

Dessa forma, ao invés de reproduzir aqui as bases históricas de conquista deste direito, o esforço inicial deste capítulo será o de compreender e explicitar as diferentes raízes que servem de sustentação ao princípio da liberdade de expressão, bem como quais objetivos, valores e finalidades busca alcançar, abrindo assim espaço para as discussões que se pretende fazer nos capítulos seguintes.

Para ter em mente as justificativas filosóficas e objetivos (ou finalidades) da liberdade de expressão, é muitas vezes importante situá-las em seu contexto histórico.² A história da liberdade de expressão está atrelada, de maneira indissociável, ao declínio do Estado medieval e à ascensão do Estado moderno. Isso porque o poder do Estado medieval era essencialmente teocrático, ou seja, fundamentava-se e emanava de origens metafísicas, baseando-se em verdades religiosas as quais era impossível contestar sem confrontar a crença dominante.

² Neste capítulo, a obra de Jónatas E. M. Machado nos servirá como guia, dada a sua compreensiva visão da dimensão histórica da Liberdade de Expressão: MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

A sustentação do regime político vigente, portanto, passava pela manutenção da dogmática religiosa. Qualquer contestação das verdades religiosas da época (heresia), por sua vez, colocava em xeque as estruturas do poder, sendo muitas vezes considerada como punível pela ordem vigente. É nesse sentido que se afirma que andam juntas as liberdades de expressão e de crença religiosa (ou ainda, a laicidade do Estado), pois somente a partir da adoção pelo Estado de princípios de tolerância religiosa que se tornou possível debater a fundamentação do poder político, abrindo espaço para uma fundamentação racional do Estado Moderno. É neste sentido que se destaca a importância de John Locke³ para a liberdade de pensamento, especialmente em função de sua obra *Carta Sobre a Tolerância* (*A Letter Concerning Toleration*), datada de 1689.

A origem da ideia de liberdade de expressão, portanto, só teve lugar após um profundo questionamento da ordem religiosa vigente na Europa, o que ocorreu a partir da ascensão do protestantismo e de alguns de seus grupos mais radicais, como setores do puritanismo inglês.⁴ As primeiras argumentações em torno da liberdade de opinião, expressão e imprensa buscavam de certa forma desmistificar a idéia de verdade absoluta sustentada em nível metafísico. Encontra-se, assim, na raiz dessas argumentações uma das primeiras finalidades atribuídas ao direito de livre expressão: a busca da verdade.

Para além da busca da verdade, outras duas correntes principais podem ser identificadas. A partir da ascensão do Estado Moderno e dos regimes democráticos, vários autores passaram a justificar a liberdade de expressão como instrumental ao prestígio da democracia. Em resposta a essa corrente, por fim, alguns autores passaram a justificar a necessidade de livre expressão a partir da autonomia individual ou de valores como a auto-realização.⁵

³ MACHADO, Jónatas E. M. Ib. 61.

⁴ MACHADO, Jónatas E. M. Ib. 23.

⁵ Antes de ingressar numa análise mais aprofundada de cada teoria, é importante ressaltar que cada uma dessas linhas de fundamentação da liberdade de expressão desdobra-se em outras subcorrentes, apresentando outros valores a serem perseguidos e diversos raciocínios de sustentação. O presente trabalho não busca exaurir os possíveis argumentos a serem avocados em defesa da livre expressão, nem todos os autores que trabalham o tema. Buscará, de qualquer forma, arrolar os principais pontos de apoio historicamente considerados como razões de sustentação deste princípio.

1.1

A Busca da Verdade

Foi no contexto de superação do dogmatismo religioso e de superação da fundamentação metafísica do Estado que John Milton apresentou sua defesa da liberdade de imprensa ao parlamento inglês, em 1644. Esta obra, com o sugestivo título de *Aeropagítica*⁶, em referência ao Conselho de Aerópago (que na Grécia Clássica exercia poder ilimitado de guardião das leis) e à obra *Aeropagiticus*, do orador ateniense Isócrates⁷, é hoje considerada uma das mais importantes referências filosóficas para a defesa de um direito de livre expressão.

Milton, um puritano cuja obra sobre o divórcio havia sido proibida na Inglaterra com base em uma Ordenação de 1643⁸, traz uma série de argumentos a favor da liberdade de imprensa, que naquele contexto histórico significava lutar contra a censura prévia para a impressão de livros.

Conforme explica Felipe Fortuna, em sua análise da *Aeropagítica*, Milton estrutura seu raciocínio em quatro partes. Em primeiro lugar, baseando-se em seu conhecimento histórico, Milton aponta que “a censura é um produto da Inquisição católica e, como tal, contrária ao pensamento da Inglaterra protestante”.⁹

Em segundo lugar, o autor expõe a inutilidade de qualquer tipo de censura e a falibilidade do sistema de licença prévia. Para o autor, o sistema somente poderia ser realmente eficaz, se fosse estendido para outros campos do conhecimento e da comunicação, como a música e as artes¹⁰, sob pena de permitir

⁶ MILTON, John. *Aeropagítica. Discurso Pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra*. Rio de Janeiro: TopBooks, 1999.

⁷ MILTON, Ib. 15

⁸ MILTON, Ib. 13

⁹ MILTON, Ib. 17

¹⁰ Nesse sentido, Milton afirma em belíssima passagem: “Se temos a intenção de regular a imprensa com o intuito, por esse meio, de corrigir os costumes, então devemos regular todas as recreações e passatempos com que os homens se deleitam. Que não se ouça outra música, nem se componha e cante outra canção a não ser a solene dórica. Havia que regulamentar a dança, para que nenhum gesto, movimento ou postura que não se estimasse honesta fosse ensinado aos jovens; e para isso Platão estava preparado. Será necessário o trabalho de vinte censores encarregados de examinar todos os alaúdes, violinos e guitarras existentes nas casas. Não se permitirá brincar com os instrumentos, e o que eles poderiam tocar seria regulado por lei. E quem seria capaz de calar todas as modinhas e madrigais que murmuram docemente nos quartos? Não se pode esquecer também das janelas e balcões. Existem livros sagazes postos à venda com perigosos frontispícios. Quem os proibiria? Os vinte censores? As aldeias precisariam ser visitadas por um grupo de inspetores que se encarregaria de perguntar que música tocam as gaitas de fole e as rabecas. Que baladas são cantadas, que repertório têm os violinistas municipais? (...) Nossas vestes deveriam ficar também sujeitas ao controle da censura de alguns artesãos mais sóbrios que pudessem cortá-las segundo moldes menos escandalosos. Quem regulará o relacionamento dos

que discursos nocivos proliferassem através de outros meios que não os livros. Nesse sentido, Milton afirma o quanto segue:

Vendo, portanto, que livros como esse e outros, abundantes, que são os mais suscetíveis de contaminar tanto a vida quanto a doutrina, não poderiam ser eliminados sem prejuízo para o saber e para o debate das idéias; e que os livros dessas duas espécies contaminam primeiro os letrados, de quem se transmite prontamente ao povo o que neles se contém de herético ou dissoluto; e que o mal se aprende perfeitamente sem livros, de mil outras maneiras que não podem ser contidas; e que a falsa doutrina se propaga mesmo sem livro, bastando-lhe apenas um professor, o qual pode não escrever e, assim, invalidar o obstáculo a qualquer proibição. Não sou capaz de revelar como o cauteloso trabalho de censurar pode eximir-se do rol das tentativas impraticáveis e vãs.¹¹

Milton vai além, trazendo à tona um argumento que será recuperado por John Stuart Mill, afirmando a infalibilidade do ser humano, nas seguintes palavras: “Além de outras inconveniências, se os homens letrados são os primeiros beneficiários dos livros e também os propagadores do vício e do erro, como confiar nos censores, a não ser que se lhes atribua, ou que eles mesmos se arroguem, por cima dos demais na terra, a graça da infalibilidade e da incorruptibilidade?”¹².

Em terceiro lugar, Milton tenta demonstrar através de seu argumento que “é impossível tornar as pessoas virtuosas pela coerção externa, já que o combate à corrupção moral se faz com o poder da escolha racional”.¹³ Este argumento, um dos mais marcantes da obra *Aeropagítica*, funda-se exatamente na religião, expandindo-se para questões seculares. Milton afirma que a virtude não reside no fato de não conhecer o pecado ou aquilo que é proibido, mas justamente em conhecê-lo e, assim, optar conscientemente por seguir outro caminho.¹⁴

nossos jovens, moços e donzelas, já que é costume neste país que se freqüentem? Quem decidirá o que pode ser dito e o que não pode, o que deve ficar apenas presumido, ou em que momento parar? Enfim, quem vai proibir e dispersar todo encontro ocioso, toda má companhia? Essas coisas virão, e é bom que venham, Mas como torná-las menos dolorosas e mais atrantes, é tarefa que incumbe ao Estado, à autoridade e à sabedoria do poder público. Retirar o homem do mundo, confiá-lo a regimes como o de Atlântida e o da Utopia, que nunca poderão ser postos em prática, não vai melhorar nossa condição.” in: MILTON, Ib. 105 ss.

¹¹ MILTON, Ib. 99

¹² Idem

¹³ MILTON, Ib. 19

¹⁴ Nesse sentido, Milton afirma: “Se qualquer boa ou má ação da nossa idade adulta devesse depender de esmola, receita ou coerção, o que seria a virtude, senão um nome? Que louvor poderia merecer, então, o bom comportamento, que prêmio mereceria o cidadão por ser sóbrio, justo ou casto? Muitos criticam a divina Providência por haver permitido a transgressão de Adão. Tolas palavras! Quando Deus lhe deu a razão, deu com ela a liberdade de escolher, pois a razão é isso – escolha. De outro modo, ele teria sido um Adão artificial, um Adão feito marionete. Nós

Como quarto e último pilar estrutural da argumentação de Milton está a ideia de que as noções de bem e mal estão interligadas, “não sendo possível, portanto, coibir apenas um deles sem atingir profundamente o outro.”¹⁵ Nesse sentido, o conhecimento da verdade surgiria do contato entre “o que existe de bom e de mau nos livros, cabendo ao leitor buscar o que neles mais lhe agradar”.¹⁶

Dessa forma, Milton inicia sua argumentação em torno da verdade partindo das mesmas bases em que argumenta acerca da virtude. Afirma o autor que: “a verdade é comparada nas Escrituras a uma fonte que jorra. Quando suas águas não correm numa progressão perpétua, degeneram em uma poça lodosa e estagnada de conformismo e tradição.”¹⁷ Demonstra dessa forma que, assim como a virtude, a religião e a verdade precisam constantemente ser exercitadas no confronto com opiniões diferentes, de modo a não se estagnarem como uma tradição, mantendo-se vivas. Milton estabelece as bases para concluir sua defesa da liberdade de imprensa argumentando sobre a busca da verdade¹⁸, apresentando a força da verdade como irresistível e irrefutável, de modo que, em um confronto entre a verdade e o erro, aquela jamais poderia perder.¹⁹ Sustenta, portanto, que a verdade há de prevalecer sempre através de um processo dialógico.²⁰

mesmos desprezamos obediência, amor ou presente que seja forçado. Deus criou o homem livre e pôs diante dele, quase debaixo de seus olhos, um objeto tentador. Nisso consistia o seu mérito, nisso o seu direito à recompensa – no louvor de sua abstinência. Por que motivou Deus criou as paixões dentro de nós, os prazeres à nossa roda, senão para que uma sensata mistura faça desses elementos os ingredientes da virtude? Aqueles que imaginam suprimir o pecado suprimindo a matéria do pecado são observadores medíocres da natureza humana. É possível retirar parte dele, por algum tempo, de algumas pessoas, tratando-se, como se trata, de coisa tão universal quanto os livros. E quando isso se faz, o pecado permanece inteiro.” in: MILTON, Ib. 109 ss.

¹⁵ MILTON, Ib. 17

¹⁶ Idem.

¹⁷ MILTON, Ib. 141.

¹⁸ Essa noção de busca da verdade está, de certa forma, replicada nas idéias filosóficas de Hegel (processo dialético) e Karl Popper (abordando a questão da verdade científica, do método, da falibilidade do ser humano e da necessidade de construção de uma sociedade aberta), mas uma análise mais profunda dessas teorias não faz parte dos objetivos desse trabalho. Para mais comentários sobre a noção de busca da verdade na lógica dialética de Hegel e na noção de sociedade aberta de Popper, ver: MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...*, cit. 240 e ss.

¹⁹ Em duas passagens, ao menos, Milton apresenta a verdade como irrefutável: “Quem não sabe que a verdade vem logo abaixo do Onipotente em força? Ela não precisa de políticas nem de estratégias, nem de autorizações para ser vitoriosa” V. MILTON, John. *Aeropagítica...*, cit. 175. e “Que a verdade a impostura se digladiem. Quem jamais ouviu dizer que a verdade perdesse num confronto em campo livre e aberto?” Cfr. MILTON, John. *Aeropagítica...*, cit. 173

²⁰ Cfr. MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...*, cit. 239. Vale destacar que, em que pese a força dos outros argumentos trazidos por Milton, o argumento da busca da verdade firmou-se como um de suas importantes contribuições, sendo resgatado posteriormente por John Stuart Mill. Cfr. MILTON, John. Ib. 119

As ideias de Milton estão refletidas também na teoria de outro importante filósofo inglês, John Stuart Mill, cuja obra *On Liberty*²¹ apresenta algumas relevantes considerações que merecem análise mais detalhada no âmbito deste trabalho. Mill, um dos expoentes do utilitarismo, apresenta um fundamento em defesa da liberdade de pensamento e discussão que segue esta linha teórica. O autor, baseando-se em grande parte nas ideias de Milton, sustenta seu raciocínio em torno da busca da verdade, levantando três hipóteses em relação aos malefícios que podem decorrer da supressão de uma opinião. Estas hipóteses consideram a possibilidade de a opinião ser a totalidade da verdade, parcialmente verdadeira ou inteiramente errada. Para Mill, se uma opinião for correta e o Estado suprimi-la, o maior lesionado não será aquele que teve censurado o seu direito de se expressar, mas justamente aqueles que discordam da opinião, que ficarão privados da possibilidade de trocar o erro pela verdade. Especialmente interessante é a argumentação utilitarista de Mill acerca das opiniões que veiculam um erro. O autor afirma que, nesses casos, aqueles que discordam da opinião seriam quase tão prejudicados quanto no caso anterior, pois ficariam privados de auferir uma percepção mais clara da verdade a partir da sua colisão com o erro.²² O autor afirma, entretanto, que a hipótese mais comum é a de que mais de uma opinião contenha uma parcela da verdade. Nas palavras de Mill:

Mas há um caso mais comum do que ambos: quando as doutrinas conflitantes, ao invés de serem uma verdadeira e a outra falsa, compartilham a verdade entre elas, e a opinião divergente é necessária para fornecer o restante da verdade carregada apenas em parte pela opinião vigente.²³

Mill ainda encontra em sua obra espaço para defender a contestação dos dogmas tidos como verdades absolutas, assim como faz Milton. Para Mill, uma ideia apenas vive, não se tornando assim um preconceito ou um dogma estático, a partir do seu constante questionamento. Somente assim aqueles que possuem uma opinião inclinar-se-iam a defendê-la. A ausência de questionamento, para o autor, seria um passo em direção à consolidação de certas verdades como fatos dados.

²¹ MILL, John Stuart. *On Liberty*. (Edited by MATHIAS, Michael B.), The Longman Library of Primary Sources in Philosophy, Pearson Longman, 2007

²² MILL, John Stuart. *Ib.* 77

²³ Tradução livre de: “*But there is a commoner case than either of these: when the conflicting doctrines, instead of being one true and the other false, share the truth between them, and the nonconforming opinion is needed to supply the remainder of the truth of which the received doctrine embodies only a part.*” V. MILL, John Stuart. *Ib.* 102 ss.

Nessa situação o ponto de vista hegemônico e não questionado, mesmo quando verdadeiro, não encontraria ninguém disposto a lhe defender, caminhando rumo a um provável esquecimento e superação. Dessa forma, Mill apresenta um argumento fechado em defesa da liberdade de expressão. Não importa se a opinião é totalmente verdadeira, parcialmente verdadeira, ou inteiramente falsa. Em qualquer dos casos, a partir de uma ótica utilitarista, a livre circulação da opinião é importante para a busca ou manutenção da verdade.

A partir da noção de verdade, Mill ecoa e atualiza outros pontos abordados por Milton, como a noção de virtude e de falibilidade²⁴ do ser humano em identificar a verdade. Mill distancia-se daquele autor na medida em que sua discussão apresenta-se permeada por sua lógica utilitarista e menos apoiada em uma argumentação acerca de questões religiosas.

A teoria da busca da verdade apresentada por Milton e desenvolvida por Mill, entretanto, não está isenta de críticas. Jonatas Machado aponta que alguns autores questionam a ideia de Milton de que a verdade sempre triunfará sobre o erro, enquanto outros questionam a própria noção de verdade e a possibilidade de se apreender qualquer tipo de verdade pela razão.²⁵ Tais questionamentos fazem com que a busca da verdade acabe dando lugar a teorias que privilegiam o conflito de opiniões divergentes, permitindo ao cidadão optar pela opinião que julgar mais apropriada. Para além disso, o declínio do poder teocrático medieval e a ascensão de uma classe burguesa calcada em larga medida nas liberdades econômicas, ajudou a formular outra das principais justificativas teóricas da liberdade de expressão, que deriva da ideia de busca da verdade, atualizando-a. Trata-se da noção do mercado livre de ideias, que aqui será considerada como uma de suas ramificações.

²⁴ Em Mill, essa questão aparece da seguinte forma: *“First, the opinion which it is to suppress by authority may possibly be true. Those who desire to suppress it, of course, deny its truth, but they are not infallible. They have no authority to decide the question for all mankind and exclude every other person from the means of judging. To refuse a hearing to an opinion because they are sure that it is false is to assume that their certainty is the same thing as absolute certainty. All silencing of discussion is an assumption of infallibility. Its condemnation may be allowed to rest on this common argument, not the worse for being common.”* Cfr. MILL, John Stuart. Ib. 78. No mesmo sentido a abordagem de Milton, conforme texto associado à nota 11, acima.

²⁵ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...*, Pp. 241 e ss.

1.1.1

O Mercado Livre de Ideias

A noção de um mercado livre de ideias está intimamente ligada à finalidade da busca da verdade, conforme se pode depreender das palavras daquele a quem é atribuída a autoria por esta formulação: o juiz da Suprema Corte dos EUA Oliver Wendell Holmes. No seu voto dissidente proferido em *Abrams v. United States*²⁶, o magistrado afirma o quanto segue:

quando os homens perceberem que o tempo já desapontou muitas das crenças pelas quais se lutou, eles poderão acreditar até mais do que eles acreditam nas bases de suas próprias condutas que o bem final a que desejam será melhor alcançado através de um mercado livre de ideias – que o melhor teste para a verdade é o poder do pensamento de se fazer aceito em uma competição no mercado, e que a verdade é a única base sobre a qual os seus desejos podem ser conduzidos com segurança.²⁷

A fundamentação dessa noção, na realidade, é tão próxima da idéia de busca da verdade que Edwin Baker²⁸, estudioso da Primeira Emenda estadunidense, chega a atribuir a concepção de *marketplace of ideas* a John Stuart Mill.

Para Jónatas Machado, apesar de ambas as teorias mencionarem uma noção de verdade, a distinção entre elas merece ser mantida por dois motivos. Em primeiro lugar, porque com a evolução histórica e a crescente relativização da verdade, o que se passou a observar foi “a sobrevivência e a coexistência de diferentes verdades, contraditórias entre si, traduzindo diferentes consensos”, de modo que “uma ideia legitima-se, não através da sua correspondência substantiva com critérios objectivos pré-determinados, mas por ser o resultado, ainda que

²⁶ *Abrams vs United States*. Voto dissidente do juiz Oliver Wendell Holmes. Disponível em http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0250_0616_ZD.html [acesso em 17 de janeiro de 2011]

²⁷ Tradução livre do seguinte trecho do voto dissidente do Juiz Oliver Wendell Holmes: “*when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out.*” Disponível em http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0250_0616_ZD.html [acesso em 17 de janeiro de 2011]

²⁸ BAKER, C. Edwin. *Human Liberty and Freedom of Speech*. New York: Oxford University Press, 1989. pp. 4

provisório, de um procedimento dialógico e crítico livre e aberto”.²⁹ Ou seja, o que Machado afirma é que há uma diferença substancial entre a busca de *uma* verdade, seja ela metafísica ou apreensível de maneira objetiva pela razão, e o compromisso procedimental do conflito dialógico que nos induz à formação de nosso melhor juízo, representado pela noção do mercado de ideias.

Em segundo plano, Machado ainda aponta que as duas teorias sofrem críticas de ordem diversa: a primeira em relação ao “estatuto epistemológico da verdade” enquanto que nas críticas dirigidas à segunda teoria, “são abordados problemas relativos ao funcionamento do mercado e suas deficiências”.³⁰ Em que pese às diferenças, ambas as teorias fundam-se na busca racional, através do confronto de ideias, da verdade ou daquilo que se pode considerar como mais próximo da verdade.

Interessante notar que algumas das críticas dirigidas à noção de um mercado de ideias, como a de que existem falhas de mercado e de que a informação é um bem importante demais para sofrer uma reificação no mercado de consumo, são repetidas com veemência também contra os defensores de regimes rígidos de propriedade intelectual. Isso porque, como será observado no capítulo 4, há investigações apontando que regimes rígidos de direito autoral induzem à concentração de mercado. Além disso, um dos componentes do direito autoral consiste justamente na exploração patrimonial das criações intelectuais, ou seja, significa exatamente conferir ao bem intelectual um valor para exploração no mercado.

1.2

Autogoverno ou autodeterminação democrática

A noção de autogoverno ou autodeterminação democrática é uma das mais importantes raízes de sustentação do conceito de liberdade de expressão, possuindo o condão de uní-lo ao conceito de democracia e servindo como um importante pilar constitucional do Estado de Direito Moderno. Como esclarece

²⁹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...*, cit. 248

³⁰ MACHADO, Jónatas E. M. *Ib.* 248, nota de rodapé 458.

Machado³¹, a noção de autodeterminação democrática está associada a nomes como Zecharia Chaffee, Alexander Meiklejohn, Robert Bork e Cass Sunstein.

Alexander Meiklejohn, um dos maiores expoentes dessa corrente, faz uma interessante discussão acerca da ideia de *self-government*³². Partindo do princípio de que a ideia de autogoverno traz embutida a noção de governo do povo e pelo povo, o autor afasta do âmbito de sua investigação as hipóteses em que uma classe ou um grupo toma o poder do Estado contra os interesses da população. Meiklejohn deriva o princípio de proteção à liberdade de expressão do próprio conceito de autogoverno. Segundo seu raciocínio, se os cidadãos devem decidir sobre questões de governo ou de bem comum, ideias e pontos de vista diferentes não podem ser suprimidos, sob pena de um empobrecimento do debate público.³³ Em sua argumentação, o autor faz uma interessante analogia: ao derivar a liberdade de expressão do autogoverno, Meiklejohn usa o exemplo da imunidade de opinião parlamentar para afirmar que, em última instância, os parlamentares nada mais são do que uma representação do povo. Logo, seria imperativo considerar que a imunidade para expressar-se pertence ao povo, não somente aos parlamentares em exercício.³⁴

O enraizamento da justificação teórica da liberdade de expressão na autodeterminação democrática, entretanto, abre espaço para um problema bastante criticado por Machado³⁵, qual seja o de enfraquecer a proteção a discursos que não sejam destinados a dar mais robustez aos debates relativos a questões de interesse público. Em outras palavras, a fundamentação do direito à livre expressão nessa matriz teórica pode vir a facilitar a supressão de expressões não relacionadas a questões de autogoverno, tais como obras de arte, concepções estéticas, etc.

Nesse sentido, Meiklejohn faz uma interessante argumentação acerca dos diferentes tipos de expressão, distinguindo no sistema jurídico norte-americano dois tipos de proteção constitucional distintos para cada um desses discursos. Afirmo o autor que existiria uma *freedom of expression* (protegida pela Primeira

³¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Ib.* 255

³² MEIKLEJOHN, Alexander. *Free Speech and its Relation to Self-Government*. New York: Harper & Brothers Publishers, 1948.

³³ MEIKLEJOHN, Alexander. *Ib.* 26 ss.

³⁴ MEIKLEJOHN, Alexander. *Ib.* 36

³⁵ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...*, cit. 262 ss.

Emenda à Constituição dos EUA³⁶) e aquilo que denomina como *liberty of expression* (protegida pela Quinta Emenda³⁷). A primeira liberdade protegeria os discursos e expressões relativos aos interesses da coletividade, não podendo ser suprimida em qualquer ocasião. A segunda liberdade, por tratar de assuntos de ordem privada, poderia ser suprimida, desde que a partir de um devido processo legal e não de maneira desnecessária. Dessa forma, Meiklejohn equipara essa *liberty of expression* a um direito exclusivamente privado, tal como a propriedade, afirmando que estes direitos não estariam protegidos contra qualquer limitação (*no law*, como exposto na Primeira Emenda), mas contra limitações indevidas.³⁸

Outro autor a abordar esta questão é Cass Sunstein, ancorando suas ideias no que chama de uma concepção Madisoniana da liberdade de expressão, ou seja, uma concepção explicitamente ligada ao conceito de soberania (referindo-se à ideia, concebida nos EUA, de que a soberania reside no povo) e à democracia.³⁹ O argumento do autor ganha contornos mais interessantes quando trata daquilo que chama de duas camadas da Primeira Emenda (*Two-Tier First Amendment*). Seu argumento reflete a preocupação de Meiklejohn acerca da existência de diferentes tipos de expressão que, por conseguinte, mereceriam tratamentos jurídicos distintos. Em primeiro lugar, existiria um tipo de discurso/expressão que constituiria o núcleo duro (*core*) da proteção constitucional, possuindo um alto valor (*high value*). Trata-se do que Sunstein chama de discurso político⁴⁰. Em outro plano estariam os discursos apolíticos, ou não relacionados à política (*nonpolitical speech*). Estes discursos não estariam no núcleo da garantia

³⁶ Diz a primeira emenda que: “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.*” Disponível em http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html [acesso em 26 de janeiro de 2011]

³⁷ Diz a quinta emenda que: “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation*” (sem destaque no original) Disponível em http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html [acesso em 26 de janeiro de 2011].

³⁸ MEIKLEJOHON, Alexander. *Free Speech and its Relation...* cit. 38

³⁹ SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: Free Press, 1995. Cit. xvi

⁴⁰ SUNSTEIN, Cass R. Ib. 122

constitucional, mas em sua periferia, em função de seu baixo valor (*low value*). Com essa distinção, Sunstein aloca toda a força da garantia constitucional para os discursos políticos, deixando as expressões apolíticas sob um menor grau de proteção. Partindo desse raciocínio, o autor encontra argumentos importantes para a restrição de alguns tipos de discurso, tais como a propaganda enganosa, o falso testemunho e ameaças. Sunstein ainda aproveita a sua construção teórica para criticar a noção de mercado de ideias, apontando para a grande diferença entre um mercado econômico desregulado e um sistema de deliberação democrática.

Outros autores seguem orientação parecida com a de Meiklejohn e Sunstein, como Owen M. Fiss. Este autor argumenta que há um desequilíbrio na interpretação da Primeira Emenda da Constituição dos EUA em favor de uma concepção absolutista da liberdade expressão, que abrigaria qualquer tipo de discurso, incluindo-se aqui o chamado discurso de ódio (*hate speech*). Para Fiss, “os debates do passado foram baseados na visão de que o Estado era um inimigo natural da liberdade”.⁴¹ Em seu raciocínio, Fiss contrapõe sua concepção de liberdade de expressão a uma visão libertária, “de que a Primeira Emenda é uma proteção da auto-expressão (...) análoga à liberdade de religião” – uma teoria que, segundo Fiss, não é suficiente para explicar por que “o direito de liberdade de expressão deveria ser estendido para várias instituições e organizações”.⁴² Diante disso, o autor afirma que o “discurso é tão valorizado pela Constituição (...) não porque ele é uma forma de auto-expressão ou auto-realização, mas porque ele é essencial para a autodeterminação coletiva. A democracia permite que as pessoas escolham a forma de vida que desejam viver e pressupõe que essa escolha seja feita em um contexto no qual o debate público seja (...) ‘desinibido, robusto e amplamente aberto’”.⁴³

O raciocínio de Fiss assemelha-se ao de Meiklejohn e Sunstein na medida em que encontra raízes também na autodeterminação coletiva. Distingue-se, entretanto e entre outras coisas, ao argumentar sobre o “efeito silenciador do discurso”, hipóteses em que o discurso de ódio promovido contra grupos estigmatizados afetaria de tal forma sua identidade que acabaria por afetar o poder de expressão desses. O dever do Estado seria, nesses casos, o de amplificar o

⁴¹ FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Cit. 28

⁴² O autor refere-se à proteção de organismos de imprensa por um direito à livre expressão. Ver: FISS, Owen M. Ib. 30

⁴³ *New York Times Co v. Sullivan*, 376 U.S 254, 270 (1964). Apud in: FISS, Owen M. Ib. 29 ss.

discurso do grupo estigmatizado e limitar o discurso opressor, mesmo que tomando por base o seu conteúdo. Fiss encontra, assim, argumentos na própria autodeterminação para limitar discursos que poderiam ser considerados políticos, como o discurso contra os direitos de negros ou homossexuais.

Também na mesma linha de Meiklejohn e Sunstein é o argumento de Robert Bork. Ao ancorar a sustentação da ideia de liberdade de expressão na autodeterminação coletiva, a posição desse autor vai além das expostas pelos demais. Com efeito, Bork afirma que:

A proteção constitucional deveria abranger somente discursos explicitamente políticos. Não há bases para qualquer intervenção judicial que venha a proteger outras formas de expressão, como a expressão científica, literária ou a variedade de expressões chamadas obscenas ou pornográficas. Além disso, dentro da categoria de discurso que nós usualmente chamaríamos de político, não deve haver obstrução constitucional a leis tornando crime qualquer tipo de discurso que advogue a derrubada do governo pela força ou a violação de qualquer lei.⁴⁴

A argumentação de Bork soa extremamente radical e é especialmente interessante ao tocar uma questão bastante atual: o ativismo judicial e sua prerrogativa de limitar ou alterar as decisões da maioria, em oposição à possibilidade de intervenção legítima da maioria nas esferas de liberdade dos cidadãos afetadas por direitos constitucionais. Para Bork, separar o discurso político daqueles apolíticos é uma forma importante de limitar de maneira clara a esfera de atuação do Judiciário e afastar a possibilidade de eventuais abusos daquele Poder, devolvendo ao Parlamento, assim, um poder que lhe é legítimo. Nesse sentido, Bork afirma que:

Quando uma decisão é *principled* não há nada a dizer sobre o discurso que gostamos ou o discurso que odiamos; há muito o que se dizer sobre o quanto a discrição democrática pode governar sem colocar em perigo as bases de um governo democrático. Nada em meu argumento vai até as questões sobre quais leis deveriam ser aprovadas. Eu aprovo as liberdades individuais tanto quanto a maioria, e eu ficaria chocado com muitas das leis que sou compelido a acreditar seriam constitucionais se aprovadas. Mas eu também sou persuadido de que meu

⁴⁴ BORK, Robert H. “*Neutral Principles and Some First Amendment Problems*”. *Indiana Law Journal*, Vol. 47, Fall 1971, Number I. Cit. 20. Tradução livre do original, a seguir transcrito: “constitutional protection should be accorded only to speech that is explicitly political. There is no basis for judicial intervention to protect any other form of expression, be it scientific, literary or that variety of expression we call obscene or pornographic. Moreover, within that category of speech we ordinarily call political, there should be no constitutional obstruction to laws making criminal any speech that advocates forcible overthrow of the government or the violation of any law”

compromisso com ideias geralmente liberais nada tem a ver com definir qual o comportamento adequado da Suprema Corte.⁴⁵

O raciocínio de Bork, portanto, em que pese a sua alegada tendência liberal, funda-se na noção de autodeterminação coletiva. Ao buscar solucionar o problema da intervenção legítima da Suprema Corte nas decisões do Parlamento, exclui de qualquer proteção da Primeira Emenda discursos que não sejam considerados discursos explicitamente políticos.

1.2.1

Outros fundamentos derivados da idéia de autodeterminação coletiva

As opiniões expressas por estes autores acabam refletindo-se em outras finalidades substantivas da liberdade de expressão, conforme consideradas por Jónatas Machado⁴⁶: o controle do exercício do poder governamental; a formação de uma esfera de discurso público e da opinião pública; a garantia da diversidade de opiniões; e a transformação pacífica da sociedade.

No que diz respeito ao controle do exercício do poder governamental, Machado explica como os direitos e garantias das liberdades de comunicação “constituem mecanismos fundamentais de crítica e controlo do exercício dos poderes públicos”⁴⁷. Dessa forma, a noção de controle do poder governamental é de importância fundamental para justificar o papel social da imprensa e dos meios de comunicação social. É esta ideia, com efeito, que consagrou a imagem da mídia como “cão-de-guarda (*watchdog*) ao serviço dos cidadãos, vigiando as diferentes instâncias do poder político”.⁴⁸ O desenvolvimento deste conceito e a fundamentação da ideia de controle do exercício do poder governamental é

⁴⁵ Tradução livre de “*When decision making its principled it has nothing to say about the speech we like or the speech we hate; it has a great deal to say about how far democratic discretion can govern without endangering the basis of democratic government. Nothing in my argument goes to the questions of what laws should be enacted. I like the freedoms of the individual as well as most, and I would be appalled by many statutes that I am compelled to think would be constitutional if enacted. But I am also persuaded that my generally libertarian commitments have nothing to do with the behavior proper to the Supreme Court.*” V. BORK, Robert H. Ib. 21

⁴⁶ Machado considera cada uma dessas vertentes de maneira independente. Entretanto, todas essas finalidades possuem uma relação estreita com a noção de autodeterminação coletiva, sendo consideradas no âmbito deste trabalho como valores ou finalidades derivadas da ideia de autodeterminação.

⁴⁷ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...*, cit. 266

⁴⁸ MACHADO, Jónatas E. M. ib. 267

essencial para partir do conceito de liberdade de expressão em direção ao conceito de liberdade de imprensa. Como bem explicita Machado, é a partir desta perspectiva que “os meios de comunicação social devem ser protegidos, na sua autonomia institucional e funcional.”⁴⁹

Já no que tange à esfera de discurso público⁵⁰, o autor explica que essa idéia está alicerçada no pressuposto da construção discursiva da vida em comunidade, sendo considerada como “um antídoto contra qualquer forma de delito de opinião”⁵¹. Segundo Machado, a noção de esfera de discurso público está intimamente associada à idéia de opinião pública. Explica-nos o autor que:

O primeiro conceito designa o *locus* adequado à formação da *opinião pública*. O segundo, que começou por ser um *conceito de luta política* da burguesia ascendente, assume hoje um lugar de destaque no discurso jurídico-constitucional, tanto no domínio específico à liberdade de expressão e da comunicação social, como em sede do princípio democrático, enquanto princípio fundamental constitucionalmente estruturante. (...) Tomado num sentido amplo, com ele pretende-se designar as concepções, atitudes ou estados de espírito acerca da vida, das pessoas e das situações que dominam num dado contexto cultural, dentro de determinados limites espaciais e temporais, resultantes dos fluxos de comunicação que se estabelecem no seio de uma comunidade. Num sentido restrito, consideram-se apenas as concepções relativas a pessoas e a situações de interesse geral.⁵²

Como explica Machado, várias teorias dedicaram-se a estudar a formação da opinião pública e, além disso, os possíveis processos de manipulação da coletividade a partir do controle dos meios de comunicação social.⁵³ É justamente tendo em vista a preocupação em evitar a captura da opinião pública e a construção de uma massa de manobra a partir da manipulação da subjetividade, que se torna clara a relação entre o conceito de opinião pública e o de autodeterminação coletiva. Dessa forma, vislumbrando possíveis ameaças à

⁴⁹ Idem

⁵⁰ A imagem da esfera pública é desenvolvida por diversos autores, dentre os quais se notabiliza a edificação teórica de Jürgen Habermas, que funda a noção de legitimação do Estado na construção discursiva de acordos, consensos e maiorias sobre os temas de interesse coletivo que fundamentam a atuação do Poder Público. O pensamento de Habermas, com efeito, está preocupado em oferecer uma proposta procedimentalista de legitimação do Estado através de um amplo processo comunicativo. E este processo não se dá somente dentro de espaços institucionalizados, mas também no que Habermas chamou de esfera pública, ou seja, em espaços informais onde os cidadãos podem expressar suas preocupações e interesses. V. HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms, Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1998.

⁵¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...*, cit. 269

⁵² MACHADO, Jónatas E. M. *Ib.* 271 ss.

⁵³ MACHADO, Jónatas E. M. *Ib.* 272.

democracia, colocam-se uma série de obstáculos visando blindar os meios de comunicação social, em primeiro lugar, da interferência estatal. Noutro giro e em direção oposta, a necessidade de que a opinião pública seja bem informada é utilizada como fundamentação de propostas de intervenção do Estado para fins de organização e democratização dos aparatos e meios de comunicação social, de modo a assegurar sua independência e evitar sua possível captura pelos interesses econômicos dominantes.

A idéia de liberdade de expressão, nesse contexto, torna-se ponto de apoio essencial para assegurar o pluralismo e a diversificação das fontes de informação, constituindo-se como pedra de toque na construção de uma opinião pública saudável⁵⁴ e, conseqüentemente, como um direito estrutural inafastável de qualquer regime democrático.

Os argumentos de busca da verdade e de autodeterminação coletiva reaparecem quase que como uma repetição na doutrina “que interpreta a liberdade de expressão a partir da necessidade de apoiar a diversidade de opiniões, de forma a proteger o dissenso e a assegurar de forma permanente a riqueza de opiniões”.⁵⁵ Essa doutrina se diferencia de maneira bastante sutil da noção do mercado de ideias (que apresenta como uma de suas preocupações, justamente, o pluralismo), em especial por adotar uma postura de desconfiança tanto no que diz respeito ao Estado quanto no que tange ao mercado.

Outra distinção importante deste pensamento em relação ao do mercado de ideias encontrar-se-ia no ceticismo quanto à noção de que num embate desimpedido entre diferentes ideias prevaleceria sempre a verdade ou a posição mais correta. Explica Machado que se trata, de maneira mais precisa, “de contrariar as pressões homogeneizantes que se fazem sentir no seio da comunidade política”.⁵⁶

A aproximação das teorias que encaram o direito de liberdade de expressão a partir da sua finalidade de autodeterminação coletiva se deve à justificação em torno dos impactos da diversidade para a coletividade. Nesse sentido, Machado explica que nos Estados constitucionais “a unidade política é

⁵⁴ CHAFFEE JR., Zechariah. “*Essential Conditions for the Maintenance of a Healthy Public Opinion*”. in: *Freedom of The Press, from Hamilton to the Warren Court*. (Ed. NELSON, Harold L.). Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, Inc. 1967.

⁵⁵ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...*, cit. 279

⁵⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Ib.* 280

vista como tarefa, não como pressuposto da democracia” de modo que “um segmento da doutrina interpreta a liberdade de expressão a partir da necessidade de apoiar a diversidade de opiniões, de forma a proteger o dissenso e a assegurar de forma permanente a riqueza do debate público”.⁵⁷

A noção de transformação pacífica da sociedade (ou acomodação de interesses), por sua vez, parece estar ainda mais intimamente ligada ao conceito de democracia e autodeterminação coletiva. Com efeito, os defensores dessa doutrina⁵⁸ apoiam-se na teoria de que a liberdade de expressão contribuiria para a estabilidade social, estimulando a tolerância entre os pontos de vista dissonantes.

Todas essas doutrinas, como foi possível observar, apresentam um largo campo de intersecção, sendo muitas vezes difícil distinguir razões para lhes categorizar como linhas de pensamento distintas. Entretanto, há ainda aqueles autores que recusam a autodeterminação coletiva e a busca da verdade como valor por detrás do direito à livre expressão, ancorando suas teorias em uma noção de autodeterminação individual ou de auto-realização. É o que se analisará no próximo item.

1.3

Autodeterminação ou auto-realização individual

Como visto no item anterior, um grupo importante de autores funda o direito à liberdade de expressão na necessidade de se promover um debate aberto e diverso acerca das questões de interesse coletivo, tudo com vistas a assegurar as condições necessárias ao desenvolvimento de um regime democrático e garantir que os destinos da coletividade sejam decididos, de maneira efetiva, pelos seus membros. Uma concepção da livre expressão que esteja ancorada somente nesses objetivos, entretanto, pode deixar importantes lacunas por preencher. É o que se pode observar, por exemplo, no pensamento de Bork, que o conduz à conclusão de que a Primeira Emenda à Constituição dos EUA não ofereceria proteção a qualquer forma de expressão apolítica, como obras científicas ou literárias. No

⁵⁷ MACHADO, Jónatas E. M. Ib. 279

⁵⁸ Machado cita como exemplo a opinião de John Rawls de que a liberdade de expressão “funcionaria como uma alternativa à revolução e ao uso da força”. Ainda se poderia incluir entre os filiados a essa visão outros autores, como Habermas, que ancoram a própria legitimidade do sistema político (e, portanto, sua aceitação e estabilidade) na possibilidade de participação em um debate aberto acerca das questões de interesse coletivo. Ver: MACHADO, Jónatas E. M. Ib. 284

mesmo sentido, Meiklejohn e Sunstein apresentam teorias que acabam por conferir maior proteção aos discursos e manifestações políticas: Meiklejohn afirmando que a proteção a discursos apolíticos dar-se-ia pela Quinta Emenda; Sunstein, concluindo que existem duas camadas de proteção, uma aos discursos políticos, considerados nucleares e de alto valor, e outra às demais formas de expressão, consideradas periféricas e de baixo valor.

O grande problema das teorias que entendem que o direito à liberdade de expressão serve ao intuito de promover o debate público é o de conferir margem para a censura ou proibição da veiculação de determinados tipos de discurso com base no argumento de que estes não veiculariam conteúdo de importância para informar o cidadão para fins de autogoverno. Obras meramente estéticas como o desenho de uma paisagem ou músicas instrumentais, por exemplo, ficariam além do escopo de proteção do direito de livre expressão ou receberiam uma proteção apenas parcial. Dada a incerteza do que efetivamente se constitui como um discurso político e a inegável importância que todos os demais tipos de discurso possuem para o desenvolvimento da vida em coletividade, tal solução parece pouco adequada.

Machado explica que existem várias maneiras de escapar de conclusões que promovam hierarquizações entre as diversas formas de expressão. Poder-se-ia renunciar a “qualquer discussão em torno das funções da liberdade expressão”, acolher “uma concepção multifuncional do direito em causa” (posição que Machado adota) ou radicar o direito “à liberdade de expressão na proteção do livre desenvolvimento da personalidade individual, ou seja, no florescimento e na realização pessoais”⁵⁹.

Um dos expoentes dessa última perspectiva, centrada no indivíduo, é C. Edwin Baker. Para abordar sua noção de liberdade de expressão, Baker parte da análise de Thomas Emerson, segundo a qual a Primeira Emenda é importante para avançar quatro valores distintos: (1) a auto-realização individual (*individual self-fulfillment*); (2) o avanço do conhecimento e a descoberta da verdade; (3) a participação na elaboração das decisões de todos os membros da sociedade (o que é particularmente importante para decisões políticas, mas engloba o direito a

⁵⁹ MACHADO, Jónatas E. M. Ib. 284 ss.

participar na construção de toda a cultura); e (4) o estabelecimento de uma comunidade mais adaptável e estável.⁶⁰

Baker elege como valores-chave para sua teoria aqueles especificados por Emerson no item 1 (*self-fulfillment*) e no item 3 (*participation in change*). Para justificar esta escolha, o autor desenvolve um amplo raciocínio acerca da questão da legitimidade do poder do Estado e da possibilidade de que a maioria venha a limitar os direitos individuais, tal qual Bork. A análise de Baker, entretanto, nos conduz por um argumento acerca do próprio regime democrático, apontando que a comunidade somente poderia obrigar e exigir respeito às suas normas se tratasse os indivíduos que a compõem com igual respeito e como pessoas autônomas.⁶¹ Dessa forma, Baker coloca o peso de sua teoria justamente sobre a noção de autonomia, não sobre a noção de autodeterminação coletiva.

As ideias de igualdade (*equality*) e autonomia (*autonomy*) traduzir-se-iam na própria estrutura de um sistema democrático. Para o autor, o sistema democrático deve servir a estes valores, o que ao mesmo tempo demandaria a existência de um regime democrático e impor-lhe-ia limites à vontade da maioria, de modo que o Estado não possuiria autoridade para decidir de maneira contrária a estes valores centrais. Nas palavras de Baker:

A democracia pressupõe a liberdade no sentido de que ela expande a possibilidade de autodeterminação. Como muitos objetivos humanos e muitos aspectos do florescimento humano requerem um acordo coletivo ou a manutenção de estruturas coletivas, uma política e um governo democráticos são necessários para a autodeterminação. E a democracia pressupõe a igualdade no sentido de que todos têm ao menos o mesmo direito formal de participar e controlar os destinos coletivos...⁶²

Através desse raciocínio, Baker consegue retornar aos valores que elegeu como valores-chave da Primeira Emenda. Isso porque toda sua teoria estrutura-se em torno da ideia de que a democracia existe justamente para servir à autonomia e à igualdade, permitindo o desenvolvimento de todas as potencialidades do ser

⁶⁰ BAKER, C. Edwin. *Human Liberty and Freedom of Speech*. Cit. 47

⁶¹ BAKER, C. Edwin. *Ib.* 278

⁶² Tradução livre de: "Democracy embodies liberty in the sense that it expands the possibility of self-determination. Since many human objectives and many aspects of human flourishing require collective agreement or the maintenance of collective structures, democratic politics and government are necessary for self-determination. And democracy embodies equality in the sense that everyone has at least the same formal right to participate and control collective outcomes..." V. BAKER, C. Edwin. *Ib.* 278

humano. O desenvolvimento da personalidade individual, o florescimento e realização pessoais estariam intimamente ligados às noções de igualdade e autonomia, servindo a liberdade de expressão não só para atender estes valores-chave, mas também como sustentáculo da legitimidade do sistema democrático. O que se percebe, portanto, é que a centralidade da justificativa teórica para a liberdade de expressão sofre um deslocamento em direção à noção da autonomia e da auto-realização. A própria noção de democracia, ainda presente nas ideias de Baker, aparece como instrumental, a serviço da auto-realização individual.

Para além da fundamentação teórica, Baker ainda traz importantes exemplos para ilustrar a relevância da expressão para o desenvolvimento total do indivíduo. Nesse sentido, é interessante a passagem em que o autor demonstra como o conceito de liberdade atende os objetivos/valores de *self-realization* ou *self-fulfillment*. Baker descreve a hipótese da participação de uma cidadã em um protesto contra a guerra, afirmando que, nessa ocasião, o tipo de discurso propagado não é predominantemente político, tendo em vista que, apesar de problematizar uma questão de interesse coletivo, a atitude da manifestante durante o protesto pouco tem a ver com sua expectativa de afetar a continuidade da guerra ou mesmo com o objetivo de ser ouvida pelos seus governantes. O autor explica que, ao invés disso, a manifestante:

participa da demonstração para se autodefinir publicamente. De certa forma, para se autodefinir em relação a si mesma, como em oposição à guerra, nos oferecendo uma importante ilustração da importância do uso do discurso como auto-expressão, independentemente de qualquer expectativa de comunicação com o outro, com o objetivo de auto-satisfação ou auto-realização. De maneira mais ampla, toda vez que uma pessoa se envolve em uma determinada conduta com significado, seja ela pública ou privada, esta conduta normalmente expressa e portanto define a identidade do agente, contribuindo para a sua auto-realização.⁶³

A partir dessa noção, o autor abre o caminho para ampliar os efeitos da garantia constitucional à liberdade de expressão a outras condutas que não aquelas meramente políticas, expandindo a proteção da Primeira Emenda para outras formas de discurso.

⁶³ Tradução livre de “*she participates and chants to define herself publicly, partly to define herself to herself, as in opposition to the war. This war protestor provides a dramatic illustration of the importance of this self-expressive use of speech, independent of any expected communication to others, for self-fulfillment or self-realization. More broadly, any time a person engages in chosen, meaningful conduct, whether public or private, the conduct usually expresses and further defines the actor's identity and contributes to his or her self-realization.*” V. BAKER, C. Edwin. *Ib.* 53

Essa preocupação está nitidamente demonstrada também no pensamento de Martin H. Redish, outro autor a criticar as teorias de busca da verdade e da autodeterminação democrática. Este autor, porém, discorda de Baker, fixando como único⁶⁴ valor-chave a ser atingido pela liberdade de expressão o valor da auto-realização individual. Segundo o próprio autor, o termo foi escolhido pela sua ambiguidade, significando tanto o desenvolvimento das suas próprias potencialidades, como a possibilidade de que o indivíduo mantenha o controle sobre as decisões que afetam sua vida.⁶⁵

A teoria de Redish baseia-se na noção de que a auto-realização individual é o valor fundante não somente da liberdade de expressão, mas de todo o sistema democrático. Nesse sentido, Redish explica que dois valores servem de base à idéia de democracia, sendo um intrínseco e outro instrumental. O valor intrínseco seria o de que os indivíduos devem ter o poder de controlar o seu próprio destino. Já o valor instrumental estaria ligado ao desenvolvimento das faculdades humanas dos membros da comunidade. A liberdade de expressão prestigiaria o valor instrumental (desenvolvimento das faculdades humanas) diretamente, enquanto o valor intrínseco (poder de controlar seu próprio destino) do regime democrático seria estimulado de maneira indireta. Explica Redish, nesse sentido, da seguinte forma:

A liberdade de expressão estimula o primeiro objetivo diretamente pois o próprio ato de alguém de falar, escrever, criar, apreciar, ou aprender representa um uso, e portanto um desenvolvimento, de uma faculdade individual disintamente humana. Estimula o segundo objetivo indiretamente porque o próprio exercício do direito a uma livre expressão não constitui em si um exercício da habilidade de realizar decisões que afetam vida o tanto quanto facilita a tomada de tais decisões.⁶⁶

⁶⁴ A escolha da auto-realização individual como primeiro valor a ser atendido pela liberdade de expressão, vale dizer, não impede Redish de reconhecer outros subvalores, como o livre mercado de idéias ou a possibilidade de controle do poder governamental. Para Redish, entretanto, estes valores derivam da ideia de auto-realização individual.

⁶⁵ REDISH, Martin H. *"The Value of Free Speech"*. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 130, No. 3 (Jan., 1982), Cit. 593. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3311836> [acesso em 23 de janeiro de 2011]

⁶⁶ Tradução livre de: Free speech fosters the former goal directly in that the very exercise of one's freedom to speak, write, create, appreciate, or learn represents a use, and therefore a development, of an individual's uniquely human faculties. It fosters the latter value indirectly because the very exercise of one's right of free speech does not in itself constitute an exercise of one's ability to make life-affecting decisions as much as it facilitates the making of such decisions." V. REDISH, Martin H. *Ib.* 604

Para Redish, como já mencionado, tais valores estariam abarcados no conceito mais amplo de *self-realization*, de modo que o autor nos conduz por seu raciocínio para oferecer uma potente crítica às teorias de Meiklejohn e Bork, baseada em duas afirmações. A primeira, de que o regime democrático é apenas um processo para alcançar o ideal de auto-realização, de modo que, se outro fosse o regime escolhido para avançar este mesmo ideal, as teorias de Meiklejohn e Bork perderiam completamente o valor. A partir dessa crítica, Redish afasta-se definitivamente da noção de autodeterminação democrática, conferindo um valor para a ideia de liberdade de expressão independentemente do regime de governo escolhido. Para além disso e em segundo lugar, Redish explica que diversas formas de discurso consideradas como expressões apolíticas têm o condão de avançar o ideal de auto-realização.⁶⁷ Seu objetivo é apontar que o escopo da Primeira Emenda seria muito mais amplo que o identificado pelos autores filiados à noção de autodeterminação democrática. Redish expõe que a liberdade de expressão ajuda os indivíduos a tomarem decisões que afetarão suas vidas em questões que extrapolam as questões governamentais e políticas, não havendo qualquer lógica em distinguir os discursos políticos dos apolíticos para fins determinar qual o grau de proteção a ser conferido pelo sistema jurídico.⁶⁸

1.4

Síntese conclusiva

Como foi possível observar, nenhuma das teorias isoladamente parece dar conta de abarcar materialmente todos os diferentes tipos de discurso. Nesse sentido, a ideia de Jonatas Machado de que é preciso adotar uma teoria multifuncional da liberdade de expressão e a ideia de Thomas Emerson de que a liberdade de expressão constitui um sistema, direcionado a avançar vários valores parecem ser maneiras mais adequadas de compreender esta complexa garantia constitucional.

⁶⁷ Vale destacar que outros autores trabalham a noção de autonomia e auto-realização individual como fundamentos da liberdade de expressão, tal como Murchinson, que o faz a partir de uma orientação focada não no valor substantivo da livre expressão, mas sim no processo de desenvolvimento da identidade do agente (*speaker*), como cidadão e como pessoa. Ver: MURCHINSON, Brian C. “*Speech and the Self-Realization Value*”. 33 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review. 1998, pp. 443-503. Disponível em <http://heinonline.org> [acesso em 21 de janeiro de 2011] PP. 503

⁶⁸ REDISH, Martin H. “*The Value of Free Speech*”. Cit. 603 ss.

Uma análise do conflito entre a livre expressão e o direito autoral, de igual maneira, não poderia contemplar somente uma dessas finalidades ou se restringir a um determinado tipo de discurso (como o discurso político). Dessa forma, o capítulo 4 buscará mapear, ainda que inicialmente, a forma como o direito de autor pode entrar em conflito com o direito de livre expressão tendo em vista cada uma das teorias acima apresentadas. Antes disso, entretanto, analisar-se-á no capítulo 2 como as mudanças tecnológicas modificam a dinâmica desse conflito ampliando as possibilidades de expressão e apropriação da cultura existente enquanto o direito autoral, objeto do capítulo terceiro, tem se tornado cada vez mais rígido e proibitivo.