

FELIPE MENDES CARDOSO

O conceito de Liberdade de Imprensa em uma Democracia Moderna

Viçosa – MG

Curso de Comunicação Social/Jornalismo da UFV

2010

Felipe Mendes Cardoso

O conceito de Liberdade de Imprensa em uma Democracia Moderna

Monografia apresentada ao Curso de Comunicação Social
/ Jornalismo da Universidade Federal de Viçosa, como
requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em
Jornalismo

Orientação: Leonardo Civalle

Viçosa – MG

Curso de Comunicação Social/Jornalismo da UFV

2010



Universidade Federal de Viçosa
Departamento de Comunicação Social
Curso de Comunicação Social / Jornalismo

Monografia intitulada *O conceito de Liberdade de Imprensa em uma Democracia Moderna*, de autoria do estudante Felipe Mendes Cardoso, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Leonardo Civalle – Orientador
Curso de Geografia – UFV

Prof. Mestre Marcel Henrique Ângelo
Curso de Comunicação Social/Jornalismo – UFV

José Paulo Martins
Jornalista

Curso de Comunicação Social / Jornalismo

Viçosa, 26 de novembro de 2010

2010

RESUMO

Do jornalismo literário e partidário do século XVIII até os contemporâneos e tecnologicamente sofisticados conglomerados jornalísticos, algo substancial aconteceu e impactou profundamente o que se entende por Liberdade de Imprensa. Algo semelhante aconteceu com a própria noção de Liberdade e Democracia. Faremos uma análise desta mudança estrutural e da polêmica que envolve o papel do Estado no que se refere à imprensa e a Comunicação Social como um todo.

PALAVRA-CHAVE: Liberdade de Imprensa; Democracia; Estado.

ABSTRACT

From literary and supporter journalism of the eighteenth century to the contemporary and technologically sophisticated journalistic conglomerates, something significant happened and impacted profoundly what is meant by Free Press. Something similar occurred with the own notion of Liberty and Democracy. We'll analyze this structural change and controversy that surrounds the role of the State with regard to the press and the Social Communication.

KEY WORDS: Free press. Democracy. State.

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais pela força, carinho, incentivo e depósitos às segundas feiras. Aos meus irmãos e minha irmã Juliana, em especial, pela cumplicidade e companheirismo.

Aos meus tios e tias em Valadares pelos momentos especiais.

Aos amigos que tenho (e não mereço).

À Universidade Federal de Viçosa por me proporcionar um bom ambiente de aprendizado e reflexão.

Ao mestre, professor e orientador Leonardo Civale pelo privilégio das conversas e discussões.

Aos autores citados neste trabalho por compartilharem seus conhecimentos em livros e artigos, tornando possível a confecção deste trabalho

Se toda a humanidade menos um, fosse de uma determinada opinião, e apenas uma fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais justificativas para silenciar aquela pessoa, do que ela, se tivesse o poder, de silenciar a humanidade.

(Stuart Mill)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO. 1 – ESFERA PÚBLICA E DEMOCRACIA EM TRÊS PERSPECTIVAS	12
1.1 - Mudança estrutural da esfera pública e Democracia Contemporânea	12
1.2 - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito	21
1.3 – Perspectivas teóricas da Democracia Contemporânea	28
CAPÍTULO 2 – A LIBERDADE DE IMPRENSA NA ERA DA COMUNICAÇÃO DE MASSA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988	37
2.1 – A Comunicação Social na Constituição de 1988	41
CAPÍTULO 3 – O PAPEL DO ESTADO NA LIBERDADE DE IMPRENSA	45
3.1 - Controvérsias acerca da 1ª emenda	46
3.1 – O debate no Brasil: Lei de Imprensa e controle social	61
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	72

INTRODUÇÃO

Em 1819, a capital francesa - e própria sede dos ideais revolucionários burgueses - fazia um balanço dos resultados da revolução. Alguns queriam a irreversibilidade do poder popular; outros se atemorizavam com a instabilidade dos últimos trinta anos. Neste cenário, Benjamin Constant proferia seu discurso contra o jacobinismo panfletário. Apesar de a busca dos ideais clássicos ser a marca da Renascença e de toda a guinada intelectual iluminista que se seguiu dela, Constant diagnosticava que algo na própria estrutura da história do “mundo europeu” havia mudado, tornando uma das mais marcantes características do período clássico avessa às novas práticas da Europa burguesa:

Perguntai-vos primeiro, Senhores, o que em nossos dias um inglês, um francês, um habitante dos Estados Unidos da América entendem pela palavra liberdade.

É para cada um o direito de não se submeter senão às leis, de não poder ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira, pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É para cada um o direito de dizer sua opinião, de escolher seu trabalho e de exercê-lo; de dispor de sua propriedade, até de abusar dela; de ir e vir, sem necessitar de permissão e sem ter que prestar conta de seus motivos ou de seus passos. (CONSTANT, 1985, p. 01)

Já sobre a liberdade daqueles que viveram a época áurea da democracia ateniense e da República romana, e que tanto inspiraram a burguesia nascente e revolucionária, Constant contrapõe:

Esta última consistia em exercer coletivamente, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante de todo um povo, em acusá-los de delitos, em condená-los ou em absolvê-los; mas, ao mesmo tempo que consistia nisso o que os antigos chamavam liberdade, eles admitiam, como compatível com ela, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo. (idem)

As idéias de J. Jacques Rousseau estavam na mira de Constant, que via no afã revolucionário mais radical uma total incongruência com o novo modelo social nascido do encontro de idéias de uma sociedade capitalista e organizada politicamente pelos ideais iluministas de liberdade e democracia.

Pouco mais de dois séculos da modernidade inaugurada pela Revolução Francesa discussões e comentários do tipo dos de Benjamin Constant ainda são usuais quando se trata de qualquer matéria relacionada à filosofia política. Juristas, intelectuais, políticos e todos os

que se prestam a uma discussão sobre qual o fundamento de nosso sistema político têm em alguma medida de se confrontar com questões do tipo: que é a liberdade? E a igualdade? É possível uma sociedade livre e igualitária?

Com infinitamente menos vigor e qualidade daquela de Benjamin Constant, propomos neste trabalho de conclusão de curso uma investigação acerca do que é ou do que pode ser a liberdade de imprensa em uma democracia contemporânea. A pertinência de nosso tema se vê por todos os lados. Em Abril do ano passado, o Supremo Tribunal Federal submeteu a lei 5250/67 – lei de imprensa editada em 1967 – a uma Argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Não sobrou nada. A lei foi declarada em seu todo incompatível com o regime democrático inaugurado em 1988. De um lado, setores ligados aos grandes veículos jornalísticos do país comemoram a decisão da suprema corte e declaram que a regulação da imprensa não é cabível com a Liberdade da democracia moderna. Dizem eles que o fundamento de sua opinião é a Liberdade. De outro lado, jornalistas e alguns intelectuais não ligados àqueles veículos dizem que a Suprema Corte cometeu um grande equívoco e que, sem lei, o que restará ao jornalismo brasileiro é a Babel. Declaram-se também defensores da Liberdade.

Este ano, durante a campanha eleitoral, a candidata eleita foi acusada de dar espaço em seu programa de governo a uma reivindicação dos militantes de seu partido e de vários críticos da atual situação em que se encontra a mídia no Brasil – trata se do controle social da mídia. Alegam que poucas famílias no Brasil (quinze na verdade) são donas de mais de noventa por cento dos meios de comunicação no país. Alegam também que as linhas de transmissão usadas por rádios e TVs são concessões públicas e deveriam beneficiar o povo e não a uns poucos. Todo esse argumento com base em que? Liberdade.

Os partidos de oposição, donos de grandes veículos e mais alguns intelectuais logo gritam aos quatro cantos: Controle social é um nome mais rebuscado para a censura. Dizem que o partido governista quer se imunizar quanto aos salutareos inconvenientes que uma imprensa livre traz aos que estão no poder. Mais uma vez, sobre pra quem sustentar isso tudo? Liberdade.

Ora, mas de que liberdade eles estão falando? E como uma mesma idéia pode sustentar opiniões tão divergentes? Como se vê, discussões daquelas a que se propunha Constant estão mais atuais que nunca. Este trabalho quer participar desta discussão e dar sua contribuição.

Nosso objetivo não é exaurir o tema, mas sim desfazer alguns equívocos e apontar algumas soluções ou princípios para que construamos uma sociedade mais livre e democrática.

Para isso, no primeiro capítulo, vamos nos valer de uma compreensão sociológica das relações comunicacionais intersubjetivas inaugurada pelo filósofo alemão Jürgen Habermas – trata-se de analisarmos o conceito e as possibilidades da esfera pública. Na segunda seção deste capítulo vamos buscar no direito constitucional alguns conceitos necessários para enquadrarmos nosso objeto de discussão (a liberdade de Imprensa) em uma compreensão moderna de Estado Democrático de Direito. Terminaremos o capítulo com a exposição de algumas teorias que têm sido amplamente aceitas acerca do que vem a ser Democracia. Desde já peço ao leitor paciência: o primeiro capítulo é longo e parece às vezes fugir do tema. Ao final do trabalho, não restará dúvida de sua total pertinência.

No segundo capítulo serão apresentadas algumas questões sobre o impacto que a evolução tecnológica dos meios de comunicação impõe ao próprio debate sobre Liberdade de Imprensa e Democracia. Na segunda seção deste mesmo capítulo será exposto de forma bem sintética como nossa Constituição tratou temas como imprensa, direito de resposta, direito a informação e Comunicação Social.

O terceiro capítulo é o mais importante. Será discutido o papel do Estado na Comunicação Social. Esta é a grande questão não só quando falamos em imprensa, mas em todas as áreas das práticas civis cotidianas: até onde o Estado pode ir sem ferir a liberdade individual que tanta paixão despertava em Benjamin Constant. Depois desse longo percurso, voltaremos, na segunda seção do capítulo, aos argumentos sobre a lei de imprensa e sobre o controle social e testaremos a validade dos argumentos em curso a guisa de nossas conclusões.

1. Esfera Pública e Democracia em três perspectivas

1.1 Mudança estrutural da esfera pública e democracia contemporânea

Para iniciarmos uma discussão sobre o conceito de Liberdade de Imprensa e a respectiva polêmica que o envolve será necessário momentaneamente discutirmos o *locus* do exercício de tal direito bem como o ordenamento jurídico e as instituições políticas que lastreiam sua existência – trata-se da esfera pública e do Estado Democrático de Direito. A compreensão desses dois objetos (fenômenos historicamente localizados) nos ajudará a entender a especificidade e a complexidade, bem como os limites de uma possível solução/conceito, do problema que envolve o exercício da Liberdade de Imprensa numa sociedade que se pretenda democrática.

Como argumenta Bobbio (2003), pensar os direitos pela ótica do jusnaturalismo é incongruente com a historicidade com a qual se apresentam os direitos, fundamentais ou não, em um Estado de Democrático de Direito moderno. A própria mudança de paradigma constitucional reflete a mudança estrutural que se passou no seio das sociedades modernas ao longo desses seus últimos duzentos e poucos anos – elegemos a Revolução Francesa como nascimento deste mundo moderno.

Em 1961, Jürghen Habermas apresenta a obra “Mudança Estrutural da Esfera Pública”, retratando a gestação, desenvolvimento e decadência daquela categoria social (inédita sociologicamente) formada de “homens privados reunidos num público para discussão racional da política”.

Habermas (2003c) descobre na sociedade feudal um tipo de representatividade que ainda não pode ser chamada de pública. Aliás, àquela época, a dicotomia público/privado era inexistente. A representação cortesã se fazia pelo viés da “dominação perante o povo e não para o povo” (idem, p.20). No breve interregno absolutista nasce a contraposição entre a nobreza (institucionalmente feudal) e a burguesia que ganha poder político via sucessos na esfera econômica – progressivamente autônoma perante o poder monárquico. Fundada uma economia em base de propriedade privada e trocas horizontais, inicia-se o processo de “privatização” da vida, descrito por Habermas como sendo a reclusão da família burguesa a uma órbita própria e também o próprio nascimento de um espírito racionalizante frente à arte e à cultura – fenômenos desconhecidos ao período medieval e clássico. Ainda no seio desse processo há uma sub-diferenciação: “à esfera do mercado chamamos de esfera privada; à esfera da família, como cerne da esfera privada, chamamos esfera íntima (ibdem, p.73).

Paralelamente a essa reclusão de uma esfera privada nascem as práticas socializantes integradoras de uma sociedade que já não pode recorrer aos recursos de uma cultura tradicional – organicamente solidária. Aparecem os salões, cafés e teatros localizados em uma incipiente vida urbana. Num primeiro momento, Habermas descobre a esfera literária (lastreada no desenvolvimento das técnicas de imprensa). Nela, a arte que outrora tinha um papel “engajado” na legitimação da cultura cortesã e sacro-católica é agora submetida ao juízo de meras pessoas privadas (não investidas de poder). Daí a queda da “aura” e a mercantilização da cultura como uma mercadoria qualquer da qual o burguês é capaz de trocar.

Por fim, o poder político monárquico (seja na versão de Bossuet, seja na versão Hobbesiana) é também progressivamente vítima da razão burguesa. O princípio de que “a autoridade faz a lei” é substituído pelo de que “a verdade, não a autoridade, faz a lei” (ibidem, p.71). A burguesia politicamente ascendente troca seus escritores sombrios (Hobbes e Maquiavel) pelos defensores (Locke e Smith) de uma harmonia pré-existente a toda aquela conjuntura ainda absolutista (ADORNO; HORKHEIMER, 1985). E a partir daí, se quiser legitimidade, que se submeta o rei à ordem “natural” burguesa. Como explica Gomes (2008), referindo-se à busca empreendida na Renascença aos elementos institucionais de matriz Greco-romana, inclusive da defesa de um sistema político de nome “democracia”:

Os burgueses não denominam “democracia” a sua proposta de Estado e o seu modelo de decisão política, em polémica contra o estado aristocrático, por acaso; fazem-no porque querem atribuir um *pedigree* filosófico, um passado clássico, a um modelo político formulado por uma classe social que, em contraste com a aristocracia, tem tudo menos justificação social, fundamento, passado, herança, nobreza. Ir aos gregos é também um subterfúgio teórico na polémica contra o Estado absoluto, é encontrar um fundamento além daquele da aristocracia europeia; o clássico é o único refúgio ideológico seguro contra os direitos das linhagens aristocráticas, que chegam longe, mas não tão longe. (GOMES, 2008, p.60)

A racionalização da política implica na aparição da competência legislativa fundada em argumentos públicos. Digo: argumentos abstratos e universais expressados por homens privados reunidos num público para a discussão das leis que tenham por destinatários esses próprios homens privados. “A tarefa política da esfera pública burguesa é a regulamentação da sociedade civil [o mercado]” (HABERMAS, 2003c, p.69). Esse procedimento discursivo aberto ao público revela a noção de direito público, pedra de toque da filosofia Kantiana: “todas as ações referentes ao direito de outros homens cujas máximas não são compatíveis

com a Publicidade são injustas”. Publicidade em Kant tem sentido procedimental – a discussão feita pelos homens privados. Repare também que, se o Direito privado busca legitimação em uma ordem natural (pré-pública), o direito público é submetido ao juízo público e é ele que compatibiliza justiça, moral e política – as duas últimas dissociadas pelo Maquiavelismo. Se a República de Maquiavel requer homens de *virtú*, a república de Kant requer tão somente um procedimento racional e público:

Por isso é que a publicidade em Kant deve ser considerada como aquele princípio único a garantir o acordo da política com a moral. Ele considera a publicidade como sendo, ao mesmo tempo, princípio da ordenação jurídica e método iluminista. (HABERMAS, 2003c, p.128)

Essa conexão da uma sociedade civil separada do Estado, mas com função de legitimar todo o procedimento legislativo através do “método iluminista”, se dá mediante o canal proporcionado pela esfera pública burguesa.

É fácil entender a postura de Kant (no interior da Prússia) ao se entusiasmar com as notícias vindas da França Revolucionária. Por outro lado, o próprio filósofo se atemoriza com a decapitação de Luís XVI. Daí sua negociação entre o uso público da razão (não oficial) e a estabilidade que um monarca esclarecido (Frederico II) pode oferecer:

Agora, porém, de todos os lados ouço gritar: não raciocines! Diz o oficial: não raciocines, mas faz exercícios! Diz o funcionário de Finanças: não raciocines, paga! E o clérigo: não raciocines, acredita! (Apenas um único senhor no mundo diz: raciocinai tanto quanto quiserdes e sobre o que quiserdes, mas obedecei! (KANT, 1784, p.6)

Kant quer a Liberdade revolucionária sem as instabilidades do Jacobinismo popular. Aliás, a própria exclusão desta variável - “popular” - é diagnosticada por Habermas ao meio da análise. O “universalismo” da esfera pública é contraditoriamente acompanhado pelos critérios de acessibilidade vigentes no mercado burguês: a propriedade privada. Daí a dimensão ideológica de uma categoria social que mais a frente, quando das reformas eleitorais do século XIX, está fadada ao declínio - quando tiver de incorporar o fenômeno dialético (Hegeliano ou Marxista). Isto porque, como explica Habermas (2003c), o próprio Hegel duvidava da capacidade desta “ordem natural” burguesa de “converter vícios privados em benefícios públicos” (idem, p.142). Hegel reduz a opinião pública ao terreno do subjetivo (intrinsecamente contraditório) e assim incapaz de dar fundamento ao espírito objetivo e ético

do Estado (ibdem, p.146). Já a crítica de Marx é quanto ao caráter universal de uma sociedade de classe. Dado o antagonismo inexorável: o que sobrevir à organização econômica, isto será para a organização política. Deste “desocultamento” ideológico, Habermas parte para a dissociação psicológica que se passou na esfera pública. Ela se vê no conflito de fazer compatível a racionalidade procedimental frente à sua progressiva dilatação às classes trabalhadoras e não proprietárias.

Paralelo a este fenômeno dá-se a própria mudança na comunicação social, outrora feita de um jornalismo em permanente conflito com os parlamentos recém nascidos na Europa pós-revolucionária e que agora é capturado pelo poder econômico para criação (encenação) de um acordo (não mais uma discussão) racional da política.

O aparecimento, no meio do século XIX, de movimentos operários e socialistas contribui definitivamente para uma potencial instabilidade revolucionária que só poderá ser contornada pela perversão do princípio da Publicidade (de ênfase procedimental) para uma publicidade propagandística que mascara interesses privados nos processos “públicos” – se é que não estiveram sempre lá. Segundo Habermas, “a Publicidade perde sua função crítica em favor da função demonstrativa: mesmo os argumentos são pervertidos em símbolos, aos quais não se pode, por sua vez, responder com argumentos, mas apenas com identificações” (ibdem, p. 241). O autor denomina tal processo como “refeudalização da esfera pública” – corporações gravitando em torno de um poder fundado num acordo de interesses não públicos, ou seja, não submetidos a uma discussão racional.

Na primeira metade do século XX, com os avanços nos suportes de comunicação (telégrafo sem fio, telefone, rádio e TV) – avanços estes frutos da própria concentração de capital na esfera econômica -, o diagnóstico da sociologia vigente será a de uma sociedade de massa atomizada e refém de uma publicidade/propaganda que extrapola o domínio das relações econômicas e faz da própria política e também da cultura uma mercadoria a ser vendida na esfera “pública”.

É este também o momento de uma profunda alteração nas relações econômicas e na interdependência destas relações (privadas) com o poder administrativo. Habermas caracteriza tal evolução como uma “interpenetração progressiva da esfera pública com o setor privado”. O intervencionismo econômico, projetos de previdência pública, o reconhecimento de direitos sociais e trabalhistas, grandes obras estatais e empresas públicas em conluio com alguns

setores da economia privada; tudo isto corrobora para o desaparecimento (ou transformação) daquela esfera até então retirada e crítica do poder administrativo:

Em decorrência disso, as intervenções do poder público no processo de troca das pessoas privadas intermediam impulsos que, mediamente, se originam de sua própria esfera. O intervencionismo de uma tradução de tais conflitos de interesses, que não podem mais ser desencadeados apenas dentro da esfera privada, para o âmbito político. Assim, a longo prazo, ao intervencionismo estatal na esfera social corresponde também a transferências de competências públicas para entidades privadas(...). Somente esta dialética de uma socialização do Estado que se impõe com a estatização progressiva da sociedade, é que pouco a pouco destrói a base da esfera pública burguesa: a separação entre Estado e sociedade. (ibidem, p. 170)

O direito liberal burguês teve de acompanhar as transformações em curso nas sociedades européias. Ao serem progressivamente minados os princípios de uma autonomia privada frente ao poder público, os próprios princípios norteadores das constituições tiveram de ser reinterpretados à luz da nova realidade de um tipo de Estado que largava seu absentismo na esfera econômica. Esta nova atitude (intervencionista) demandava então um novo paradigma constitucional que a legitimasse:

Afirmou-se que ao processo de emancipação da sociedade do Estado seguiu-se a um processo inverso de re-apropriação da sociedade por parte do Estado, que o Estado, transformando-se de Estado de direito em Estado social (segundo a expressão divulgada sobretudo por juristas e politólogos alemães) e precisamente por ser “social”, mal se distingue da sociedade subjacente que ele invade por inteiro através da regulação das relações econômicas. (BOBBIO, 2009, p. 51)

Voltaremos a esta transformação paradigmática do modelo constitucional na próxima seção. Por enquanto será de grande valia destacar que de alguma forma os processos acima descritos – a mudança estrutural da esfera pública, o aparecimento de suportes de comunicação social de alcance inimaginável, as alterações no papel do Estado e o novo paradigma constitucional que legitime tudo isso – exercerão profundas alterações no nosso objeto de estudo (a liberdade de imprensa), a ser discutida mais a frente. Aliás, vale destacar que a Liberdade de Imprensa, tal como a conhecemos hoje, não existia no modelo de esfera pública burguesa. Estava ela implícita na liberdade de expressão e manifestação do pensamento. É justamente a transformação estrutural e as novas tecnologias que fazem emergir tal instituto. “Esta maior importância da imprensa, que supera os instrumentos tradicionais de difusão do pensamento, a linguagem oral e escrita, explicará que se fale, a

partir da segunda metade do século XX, em liberdade de imprensa e não em liberdade de comunicação ou expressão” (SÁ, 2005, p. 10).

Se o setor da comunicação social apresentava um mimetismo institucional em relação à oligopolização experimentada na economia privada, a ação do Estado também não foi diferente. Dada a escassez de ondas de rádio e TV (e sua estrutura intensiva em capital), o novo Estado interventor tratou de assumir a função em detrimento do risco privado. Isto não aconteceu nos Estados Unidos; já na Europa (Inglaterra, Alemanha e França, por exemplo) criaram-se instituições “semi-públicas” no que se refere a radiodifusão (HABERMAS, 2003c). O argumento era o de que a excessiva concentração de poder privado nas mãos de poucos grupos colocava em risco a própria função crítica do jornalismo.

Fica claro para o leitor mais próximo à obra de Habermas que o diagnóstico pessimista acerca da “mudança estrutural da esfera pública” e as pesadas críticas ao público - outrora pensador da cultura, agora consumidor de cultura - ainda estava filosoficamente alinhado às teses da “Dialética do Esclarecimento” dos frankfurtianos Theodor Adorno e Max Horkheimer. Posteriormente, vai acontecer no pensamento de Habermas uma “guinada lingüística”, na qual será abandonado o método de crítica da ideologia e repensado todo o modelo de esfera pública – agora, à luz de uma força socialmente integradora que não opere segundo as estratégias de interesses privados, e sim sobre uma razão orientada pelo entendimento pragmático entre as partes: o agir comunicativo.

A partir daí, Habermas se concentra em re-conceitualizar uma esfera pública que ainda mantém possibilidades de proporcionar “acordos racionalmente motivados” (HABERMAS, 2003). É esta nova esfera pública capaz de legitimar as pretensões de validade de atores portados de orientações estratégicas, mas que, submetidos às instituições deliberativas, buscam um acordo possível na esfera da linguagem e dos “mundos da vida” – dimensões não submetidas às pressões ideológicas dos sistemas administrativos e de poder (o Estado e o mercado):

O conceito de agir comunicativo explica como é possível surgir integração social através das energias aglutinantes de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente. Esta impõe limitações pragmáticas aos sujeitos desejosos de utilizar essas forças da linguagem, obrigando-os a sair do egocentrismo e a se colocar sob os critérios públicos da racionalidade do entendimento. (idem, p. 45).

Quando, trinta anos depois da “mudança estrutural”, Habermas lança “Direito e Democracia” (1992), já está claro o abandono do diagnóstico pessimista em troca de uma sociologia que busca integrar o sistema administrativo (o Estado) e seus códigos técnicos específicos (o Direito) às linguagens coloquiais que se dão na comunicação cotidiana. Para Habermas, estas interações descentralizadas se materializam nos mais variados fóruns da sociedade civil (escolas, igrejas, movimentos sociais, associações de bairro etc.) e são responsáveis por ancorar as expectativas dos sujeitos participantes. O autor deixa claro que nesta esfera pública há espaço também para a orientação estratégica (do lobo Hobbesiano). Mas até esta, para que opere dentro de uma estrutura que lhe dê segurança, é submetida aos imperativos integradores de uma razão orientada pelo entendimento (razão comunicativa). Daí a dupla função do Direito positivo: a segurança jurídica (estabilizadora de comportamentos) e a formação e realização da vontade coletiva, positiva e programática da sociedade (ibidem)

Habermas (2003) acusa as duas perspectivas sociológicas mais atraentes do século XX de uma abordagem incompleta e inconsistente com as próprias capacidades integradoras de uma sociedade que chega ao final do século XX aliando estabilidade e pluralidade em sistemas de direito moderno: na sociologia da dominação racional de Max Weber, o direito reflete apenas a autonomização de uma linguagem desconexa de uma vontade democrática e um tipo muito específico de legitimação vertical da atuação burocrática; já os sistemas funcionais de Talcott Parsons provêm, eles mesmos, os mecanismos integradores de indivíduos moralmente irreconciliáveis – paradoxalmente esses sistemas (o direito, em especial), à medida de sua própria diferenciação, já não se fundam mais em expectativas de comportamento compartilhadas pelos indivíduos e sim na própria organização do sistema como um todo. Em ambos (Weber e Parsons), a organização jurídico-constitucional e administrativa paira sobre os indivíduos de forma ininteligível e ainda sim mantém funções integradoras. Habermas - apesar de tributar muito de sua sociologia comunicativa à Parsons; e suas críticas à excessiva especialização do direito e da política à Weber – vai afirmar a insuficiência destas duas interpretações e usará o agir comunicativo como ponto de partida para uma reconstrução do direito moderno fundado em bases de validade e facticidade:

(...) vou tomar como ponto de partida a situação de uma sociedade profanizada onde as ordens normativas têm que ser mantidas sem garantias meta-sociais. E as certezas do mundo da vida, já pluralizadas e cada vez mais diferenciadas, não fornecem uma compensação suficiente para esse déficit. Por isso o fardo da integração social se transfere cada vez mais para as realizações do entendimento de atores para os quais a facticidade (coação de sanções exteriores) e a validade (força ligadora de

convicções racionalmente motivadas) são incompatíveis, ao menos fora dos domínios de ação regulados pela tradição e pelos costumes. (idem, p.45)

O direito positivo moderno promoverá de forma institucionalizada a integração das dimensões de validade e facticidade que já não podem mais se ancorar nas formas tradicionais do direito consuetudinário. As tentativas contratualistas de Locke e Rousseau iniciam o rumo às teorias democráticas que se debruçarão sobre o exercício do poder legitimado pelas expectativas dos próprios agentes (indivíduos). A fundamentação de Habermas é de matriz Kantiana, mas troca a razão prática (orientada por fins estratégicos) pela razão comunicativa - esta sim capaz de erigir um ambiente normativo estável e seguro para o exercício daquela razão estratégica (SILVA, 2001).

Reconciliados sociologicamente o sistema político e os “mundos da vida” (que tem na sociedade civil sua manifestação institucional mais próxima), só restou à Habermas voltar ao debate acerca da esfera pública (elo entre sociedade civil e sistema político) e reconhecer que não necessariamente a “mudança estrutural” ocorrida implicava em sua decadência. O filósofo reconhece o potencial explosivo de grupos organizados fora do sistema político, mas com capacidade de exercer pressão sobre ele e ganhar a visibilidade proporcionada pelas novas tecnologias da Comunicação. Talvez Habermas tenha se impressionado com os movimentos de ruptura moral e cultural desencadeados no mundo desenvolvido (Europa e EUA), tais como: o feminismo, ecologismo, o maio de 68, as defesas intransigentes dos direitos humanos etc. O diagnóstico de uma esfera pública decadente não bate com estas formas sintomáticas de ativismo.

Gomes (2008) aponta que a mudança estrutural (referente ao alcance dos suportes de comunicação) gerou uma capacidade de visibilidade midiática que, ainda que carregue em si um tipo pervertido de publicidade, é capaz de dar amplitude a várias questões controversas e, ao expô-las, gerar um tipo de debate (não do tipo face a face) que constrange os atores do sistema político e administrativo a se explicarem perante a sociedade (*Accountability*). “A comunicação de massa tem a ver com ambas as coisas: a discutibilidade... e a visibilidade” (idem, p. 160). “É a visibilidade que ancora a discutibilidade na democracia” (ibidem, p.162). Aqui, discutibilidade significa o procedimento deliberativo gerador de acordos racionalmente motivados (públicos). Repare que a dimensão pública de Habermas tem muito mais a ver com um procedimento discursivo do que a uma agregação estatística de opiniões privadas. “Ela [opinião pública] não constitui um agregado de opiniões individuais pesquisadas uma a uma ou manifestadas privadamente (HABERMAS, 2003b, p. 94). O que importa para ele são as

“qualidades procedimentais” na formação da opinião pública. E dada a caracterização da esfera pública como um espaço não físico - a ponto de o autor representar tal categoria como uma “rede adequada para a comunicação de conteúdos” (idem, p. 92) capaz de filtrar e sintetizar os argumentos das instâncias mais simples da vida cotidiana; e tal processo de síntese é uma espécie de generalização do argumento até que ele se torne impessoal, ou seja, não mais ligado a uma situação particular, mas a uma abstrata e universal vontade política (agora sim, pública) - Habermas teoriza uma espécie de comunicação “sem sujeito”.

Esta longa viagem acerca mudança estrutural da esfera pública e da mudança de perspectiva teórica de seu principal autor não é sem motivo. Como argumentado no início do capítulo, se não entendermos o que se passou na esfera pública e suas próprias instituições (formais e informais), não entenderemos o debate acerca da Liberdade de Imprensa e as formas, limites e peculiaridades de seu exercício; muito menos seria possível uma defesa de tal liberdade como condição *sine qua non* para um Estado que se pretenda democrático. No entanto ainda é necessário cansar o leitor com uma exploração mais especializada (mas de forma nenhuma exaustiva) acerca das características da transformação evolutiva de um paradigma constitucional Liberal para uma forma mais complexa e sofisticada do Estado democrático de Direito. Ainda depois disso, faremos revista de algumas teorias da democracia que tem tido grande aceitação em nossos dias. Ao final do trabalho, o leitor se convencerá que esta aparente “fuga” do nosso tema contribuiu de forma cabal para que, se não resolvida a questão sobre o conteúdo da Liberdade de Imprensa, pelo menos clareamos um pouco as posições em conflito e suas respectivas fontes doutrinárias.

1.2 – Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

Se o século XVIII (ou século das luzes) assistiu à propagação de idéias racionalistas, cientificistas e humanistas, coroadas pela Revolução Francesa, que punham abaixo o poder absoluto da realeza fundada na autoridade tradicional; o século XIX assistiu à fundação do poder político (monárquico ou parlamentar) baseado no império da Lei – o constitucionalismo moderno. O Liberalismo político saía das páginas de filósofos como Locke, Montesquieu e Kant para ganhar as páginas das Constituições dos Estados Modernos. Sua idéia básica era a afirmação da Liberdade Individual frente ao poder coercitivo do Estado. Com certeza os melhores exemplos desses documentos são o “Bill of rights” da Revolução Inglesa (1688), a Declaração de Independência (1766) na América do Norte e a Revolução Francesa e sua Declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789).

À época, as Constituições eram vistas como cartas políticas que de forma geral e abstrata organizariam a vida política de uma nação (BARROSO, 2009). Nelas, eram consagrados os princípios da Legalidade - que subjugava a ação do poder administrativo (o Estado) às normas pré-estabelecidas - e da Separação dos poderes que visava à proteção de seu princípio maior: a liberdade individual. Basta ver a assertiva do artigo 16 da Declaração dos direitos do homem e do cidadão: “Toda a sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição”.

Este Estado de Direito era eminentemente Liberal e tinha na atividade estatal um caráter basicamente policial de forma a prestar segurança às relações da esfera privada (segurança jurídica). Streck e Moraes (2001) resumem as características deste tipo de paradigma de Estado: Separação entre Estado e Sociedade Civil; garantia das liberdades individuais; o aparecimento das idéias de representação democrática e atuação mínima do Estado na economia.

Depreende-se do descrito acima que a expressão “Estado de Direito” se confunde com “Estado Liberal”, sendo o constitucionalismo confundido com o próprio liberalismo. Destaque-se que o caráter político das cartas constitucionais do século XIX faziam delas documentos de caráter mais axiológico do que normativo – o que até certo ponto satisfazia às expectativas institucionais da época (dada a área restrita de legislação por parte do Estado).

Mas a partir dos sinais de esgotamento ou insuficiência desta época Liberal - tendo inúmeras causas, dentre elas o surgimento de um proletariado urbano engajado em idéias reformistas ou revolucionárias, crises econômicas, modelos de desenvolvimento e transição

sociopolítica diferentes das experiências anglo-saxônicas e francesa (o melhor exemplo é a Alemanha), ampliação do sufrágio etc. – fez-se necessário, talvez para a própria sobrevivência de uma sociedade em moldes burgueses, que o Estado assumisse as rédeas de um projeto nacionalista de desenvolvimento. E assumir as rédeas significava assumir competências legislativas até então estranhas ao absentéismo que tão bem o caracterizou desde sua fase absolutista/mercantilista.

Não por acaso a Constituição de Weimar (1919) foi a primeira a se declarar “Estado Social”. A própria evolução política e constitucional alemã é o sintoma de um tipo de mundo que nascia quando dos últimos suspiros do Liberalismo clássico ou, na análise de Habermas, da decadência daquela outrora esfera pública burguesa. Mas o próprio filósofo alemão alerta para o caráter de continuidade deste novo tipo de Estado:

A transformação sócio-estatal do Estado Liberal de Direito precisa ser entendida... Ela se caracteriza pela continuidade, e não por algo como uma ruptura com as tradições liberais. O Estado social-democrata de direito não pode ser diferenciado do liberal pelo fato de que ‘uma constituição do estado se apresenta com a pretensão da coerção jurídica de fixar também a constituição de organizações sociais quanto a determinados princípios fundamentais’, mas, muito antes pelo contrário, o que ocorre é que o estado da social democracia exatamente na continuidade jurídica da tradição do estado liberal, vê se obrigado, para estruturar as relações sociais, a fazer o avesso disso, pois também este pretendia, outrora, assegurar um ordenamento jurídico global da sociedade.

(...) Assim que o Estado avança cada vez mais no sentido de ele mesmo tornar-se portador da ordem social, ele precisa se assegurar, para além das definições negativas e denegatórias dos direitos liberais básicos, uma determinação positiva de como se deve realizar a ‘justiça’ com a intervenção social do Estado. (...). Como vimos, a concepção liberal de lei foi esvaziada de seus dois elementos: a generalidade como garantia de igualdade e a correção, isto é, a verdade como garantia da justiça. (HABERMAS, 2003c, p.207)

Deste diagnóstico se confirma que a mudança de paradigma constitucional não é de forma nenhuma ruptura com o modelo anterior, mas sim sua adequação a uma situação nova. Bonavides (1980) acentua o Estado social como “estado fator de conciliação, o estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre trabalho e o capital” (idem, p. 206) e faz referência ao caráter intervencionista e paternalista deste modelo.

É esta a época (primeira metade do século XX) do surgimento dos direitos sociais (ou direitos de segunda geração) e do desenvolvimento de uma atividade legislativa que troca o caráter generalista, abstrato e formal do modelo Liberal por uma legislação de caráter tópico, concreto e atento a critérios circunstanciais (STRECK E MORAIS, 2001). A lei passa a ter

caráter interventor e finalidade maior do que a mera segurança jurídica das liberdades fundamentais. Há uma materialização do direito para agir sobre a desigualdade material das relações privadas.

Ressalte-se também que esta mudança no caráter da “legalidade” implicou em mudanças sobre os outros princípios daquele já superado estado de direito liberal. A própria necessidade de atuação mais discricionária e estratégica do poder administrativo transferiu para o poder executivo uma competência legislativa sem igual, modificando profundamente as relações entre os três poderes do Estado. “O princípio da legalidade e o da separação de poderes foram mantidos tão somente sob o aspecto formal, tendo sido, na prática, ab-rogados em razão da intensa atividade legislativa praticada pelo executivo e uma certa prática imediatista que lhe caracteriza” (idem, p.67,68). E esta capacidade legislativa implicava sérias restrições sobre as até então resguardadas liberdades individuais, que agora estavam em concorrência com a própria “função social” das prestações positivas do Estado.

No poder judiciário se operou outra profunda mudança. O pensamento jurídico de Hans Kelsen influenciou profundamente a transformação do viés da atividade judiciária então marcada pela axiologia jusnaturalista, mas que agora se especializava no cientificismo positivista, expurgando os juízos de valor (ou ao menos tentando) e fazendo do direito um código internamente coerente frente a si mesmo, dissociando assim direito e moral. Isto significou a despolitização do direito e da própria Constituição. Barroso (2009) critica essa tentativa positivista de uma racionalização construtivista do direito e aponta que seu sucesso durante a primeira metade do século XX produziu graves danos:

Em diferentes partes do mundo, o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarces para autoritarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem. (BARROSO, 2009, p.241)

Como se sabe, a primeira metade do século XX assistiu a duas grandes guerras mundiais e à ascensão de regimes políticos totalitários que, apesar de seu viés “social”, se valeram justamente das idéias de apoio popular e neutralidade frente ao direito para praticarem “atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade”, como afirma a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). E justamente o viés político e axiológico desta declaração demonstra que a “idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores

éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido” (idem, p.242).

Se na virada para o século XX o modelo do Estado de direito liberal dava sinais de esgotamento e insuficiência frente às demandas de um mundo em permanente complexificação social e política; ao final 2ª guerra mundial, por motivos diversos, o mundo desenvolvido dava sinais de esgotamento de um tipo de paradigma constitucional (o Estado Social de direito) que, a despeito da conquista de avanços sócio-econômicos para as classes mais baixas, não tinha sido capaz de conciliar os processos majoritários de decisão política com a defesa dos direitos individuais. Quase todas as democracias da Europa (Alemanha, Itália, Portugal, Espanha etc.) haviam experimentado regimes políticos autoritários de caráter fascista; sem falar que no Oriente, a experiência soviética (com um tipo de Estado completamente diferente do modelo Liberal) deixava de ser uma alternativa, haja vista os fracassos nos indicadores econômicos e o manifesto desrespeito frente às liberdades individuais. Era preciso um novo modelo que aproximasse práticas democráticas e ainda sim defendesse as liberdades do cidadão frente às autoridades constituídas. O paradigma a ser desenvolvido é o atualmente denominado “Estado Democrático de Direito”.

Como ensina Streck e Morais (2001), neste novo modelo a democracia vincula Estado e Direito. Apontam os autores que este paradigma não é ruptura com os modelos Liberal e Social, nem muito menos a somatória dos dois modelos: seu significado assume uma dimensão que extrapola o caráter de mera defesa das liberdades fundamentais e a mera conciliação da ordem vigente com a melhoria das condições materiais. “O Estado democrático é um *‘plus’* normativo em relação às formulações anteriores” (idem, p. 94), tendo ele não só a capacidade de transformação da realidade existente através da imposição positiva da Lei, como também contendo em si princípios de justiça e democracia a serem perseguidos pelas instituições formais e pelos governos da hora.

No ensinamento de Barroso (2009), a emergência de um paradigma democrático e de direito aproxima as idéias de Constitucionalismo e Democracia, já que aquele primeiro movimento constitucionalista do século XIX era liberal e não necessariamente democrático. Agora, busca-se a conciliação política das duas coisas:

Ambos [Constitucionalismo e Democracia] se destinam em última análise a prover justiça, segurança jurídica e bem estar social. Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo

tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia a dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo. (idem, p.90).

Como se pode ver, após o “sono dogmático” do positivismo enclausurado em sua “metafísica racionalista”, voltam para dentro do ordenamento jurídico os valores éticos e políticos sem os quais ordenamento nenhum é capaz de sobreviver aos perigos das vontades tirânicas das maiorias ou das minorias.

Mais uma vez a idéia e o caráter da lei sofrem modificações: é aprofundado o seu caráter concreto (em oposto à generalidade e abstração), e sua função agora transformadora aponta para a execução através da atividade administrativa (em forma de políticas públicas tópicas) dos princípios consagrados na Constituição. Streck e Moraes (2001) afirmam que no Estado Social a lei e o próprio formato constitucional tinham caráter adaptativo frente à realidade; já no Estado Democrático de Direito, os próprios princípios consagrados tem caráter transformador da realidade, dando a lei todo o potencial para prestações positivas e correções frente aos problemas vigentes.

Outra inovação é o aparecimento dos chamados direitos de terceira geração (direitos coletivos e direitos difusos) que implicam na própria reinterpretação dos direitos fundamentais e sociais. Essa nova categoria de direitos se caracteriza por ser portada por coletividades determinadas (coletivos) e indeterminadas (difusos). Temos como melhor exemplo o direito à proteção do patrimônio cultural e do meio ambiente.

Mas com certeza a principal alteração trazida pelo novo paradigma constitucional é a mudança no papel do poder judiciário e a mudança na própria concepção acerca do valor da Constituição. Ao reincorporar valores éticos e dar-lhes valor normativo, o Neo-constitucionalismo Moderno, como denomina Barroso (2009) e Maulaz (2010), transforma o papel do poder judiciário – outrora mero aplicador da lei pelo método de subsunção do fato à regra – ao destinar-lhe papel interpretativo, seguindo valores axiológicos positivados, de forma a reconhecer a complexidade da vida social e dar-lhe a melhor solução jurídica, conforme não só à lei, mas ao direito como um todo:

Esse novo constitucionalismo europeu caracterizou-se pelo reconhecimento de força normativa às normas constitucionais, rompendo com a tradição de se tomar a Constituição como documento antes político que jurídico, subordinado às circunstâncias do parlamento e da Administração. (BARROSO, 2009, p. 246)

A partir da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado na experiência americana: o da Supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos

direitos fundamentais, que ficavam imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao judiciário. (idem, p. 263)

Este movimento teve repercussão, primeiramente, sobre toda a Europa, tendo se espalhado posteriormente para várias regiões do mundo, dentre elas o Brasil. O lastro ideológico para essa mudança de postura frente ao direito é o que se convencionou chamar de Pós-positivismo jurídico: uma reação ao formalismo e excessiva especialização do direito de base Kelseniana. Sua justificativa se dá na impossibilidade da resolução de *hard cases* nos quais a “letra fria” da lei (de caráter abstrato ou concreto) pouco ajuda na formulação de uma decisão que satisfaça as expectativas de justiça, às quais se subordinam o Estado, a democracia e o direito.

Dentre vários princípios consagrados nestas cartas magnas do pós-guerra, destaquem se dois: a dignidade da pessoa humana e o princípio da Razoabilidade (ou Proporcionalidade). O primeiro fundamenta os direitos fundamentais, sociais e políticos e tem inspiração kantiana, ao fazer do domínio da pessoa humana um domínio de valor imaterial e sem equivalentes – “as coisas têm preço, as pessoas tem dignidade” (BARROSO, 2009). O segundo tem base na tradição jurídico-política americana e firma-se na consagração do “devido processo legal”. Com isso, a ação dos poderes do Estado deve se pautar por respectivos procedimentos que garantam ampla defesa, contraditório e adequação entre meios e fins, de forma a preservar sempre, ao máximo, os direitos do cidadão quando em questões controversas ou de colisão entre princípios e normas.

Não faltaram críticas a esta “judicialização” da política, já que ao estar incumbido da promoção da própria democracia, justiça e outros princípios plasmados no texto constitucional, o poder judiciário ganha tarefas até então reservadas a representantes de cargos políticos. Streck e Moraes (2001) afirmam que esta nova competência interpretativa do judiciário corre o risco de ser fenômeno redutor da política no debate público, devido ao seu caráter retórico-argumentativo. Habermas (2003) aponta o mesmo risco pelo motivo da forte especialização da linguagem jurídica, o que implica em técnicas interpretativas baseadas na ponderação de princípios que não passaram pelo crivo de uma deliberação mais ampla e, portanto, mais legítima. “Compreende-se, então, como o centro de decisões políticas relevantes, no Estado democrático contemporâneo, sofre um sensível deslocamento do Legislativo e Executivo em direção ao Judiciário” (FILHO *apud* MAULAZ, 2010, p. 18). Basicamente as respostas a estas críticas têm sido na direção de que as Constituições têm por

finalidade resguardar direitos fundamentais e assegurar uma organização política e procedimental democrática que não pode estar sujeita às vontades de maiorias ocasionais (BARROSO, 2009) – trata-se da Supremacia da Constituição (que é princípio sempre consagrado nos EUA) frente ao legislador ordinário.

O leitor deve ter percebido que esta seção relatou o mesmo processo exposto na seção anterior se valendo de compreensões teóricas diferentes. Na primeira seção, o recorte foi sociológico, enquanto aqui prevaleceu a ótica do direito constitucional. Nossa premissa é que em grande medida o direito vai se adaptando às transformações sociais em curso.

Ainda antes de adentrarmos nosso tema específico (o conceito de Liberdade de Imprensa em uma Democracia Moderna), cansaremos o nosso leitor com uma exposição sintética sobre as teorias acerca da democracia que têm tido grande aceitação em nossos dias. Mais a frente o leitor entenderá o porquê de nossa insistência nesta multidisciplinaridade.

1.3 Perspectivas teóricas da Democracia Moderna

As democracias mais antigas (EUA e Europa ocidental pós-guerra) enfrentaram, ao longo do século passado, graves problemas de legitimação e problemas teóricos quanto à sua própria justificação. Alguns dão ênfase nos aspectos institucionais requeridos para uma sociedade política que se deseje democrática; outros dão ênfase em aspectos da participação política da própria sociedade para que a democracia se concretize enquanto “governo do povo”. Isto sem falar em questões clássicas, tais como representação política, igualdade, liberdade, relações entre maiorias e minorias etc. Obviamente que esta seção não vai se arriscar a tentar qualquer solução ou análise de tais questões. O intuito aqui é simplesmente apresentar, de forma sintética, alguns paradigmas teóricos que se destacaram ao longo do século XX. Serão apresentados o pensamento Liberal, Republicano, Pluralista político e Deliberacionista. Também não é nosso objetivo promover um confronto de paradigmas, pelo contrário: interessa em que medida estas perspectivas teóricas se complementam e ajudam a construir um misto de idéias que têm lastreado a incerteza acerca do sistema político denominado “Democracia”.

Por tudo que foi apresentado nas duas primeiras seções (Esfera Pública e Estado Democrático de Direito) não será necessário apresentar o que é o ideário Liberal. A esfera pública burguesa dos séculos XVIII e XIX é a própria realização de uma ideologia Liberal que se funda na separação entre público/privado e sociedade civil/Estado. O Estado de Direito é a própria realização das idéias de Montesquieu - “o governo das leis” e a “separação dos poderes”. A defesa do mercado como forma de organização econômica afastada da coerção estatal fecha a equação política Liberal-burguesa - na qual a “Liberdade Individual” é a variável chave. Note que foi possível aqui citar os princípios do liberalismo sem sequer tocar no termo “democracia”. Isto porque a princípio o Liberalismo não necessariamente era “democrático” (BOBBIO, 1993). O caráter restrito do sufrágio durante quase todo o século XIX é o próprio sintoma de uma ordem fundada no *status quo* de direitos formais e universais, mas que mantém esses portadores de direitos longe do autogoverno ou da autonomia democrática.

No início do século XX, esta concepção de política democrática foi formulada por Joseph Schumpeter e ficou posteriormente conhecida como “elitismo democrático”. Nesta concepção, democracia é apenas um método de decisão política e o papel do povo é apenas legitimar (através de votos) a ação de elites políticas que competem pelo poder (FELISBINO,

2010). Não há espaço para qualquer tipo de participação popular que não seja o voto, que é uma expressão de consentimento - repare no caráter Lockeano desta concepção. A democracia se manifesta justamente no caráter competitivo de partidos que lutam pelo consentimento das maiorias. Deve-se ter em vista que Schumpeter está pensando a sociedade no final da primeira metade do século passado e por isso está profundamente desconfiado da capacidade do povo de se organizar de forma autônoma e de formular uma concepção política racional. É uma concepção sociológica próxima ao pessimismo de Habermas quanto à esfera pública, daí a escolha de Schumpeter por um sistema político reservado à ação de elites organizadas:

Em primeiro lugar, de acordo com o ponto de vista que adotamos a democracia não significa nem pode significar que o povo governa em qualquer dos sentidos das palavras tradicionais *povo* e *governo*. A democracia significa apenas que o povo tem a oportunidade de aceitar aqueles que o governarão. (...) método democrático, isto é, a concorrência livre entre possíveis líderes do voto do eleitorado. Um dos aspectos dessa definição pode ser expressado se dissermos que a democracia é o governo dos políticos. (SCHUMPETER, 1961, p.346)

O partido não é como nos queria convencer a doutrina clássica (ou Edmund Burke), um grupo de homens que tenciona promover o bem-estar público baseado em algum *princípio comum*. O partido é um grupo cujos membros resolvem agir de maneira concertada na luta competitiva pelo poder político. Se não fosse assim, seria impossível aos diversos partidos adotar exatamente, ou quase exatamente, os mesmos programas (idem, p. 344)

Ainda que Schumpeter não seja o melhor exemplo de um pensador Liberal, seu realismo político quanto à possibilidade e inteligibilidade de um “bem comum” e de uma política fundada na participação daquela outra categoria igualmente indeterminada chamada “povo” vai de encontro ao apego liberal à formatação institucional dos órgãos do poder de forma a se contrabalancearem e assim favorecerem à liberdade negativa do indivíduo.

Justamente essa perspectiva institucional e formal dos direitos e da organização política, seu caráter não participativo e o tratamento da “coisa pública” em métodos aplicáveis aos negócios privados (política como mercado) vão despertar a crítica do pensamento Republicano. Não que os Republicanos neguem as instituições formais do liberalismo (separação de poderes e liberdade individual), mas as consideram insuficientes para a realização de uma política democrática. Ao contrário dos Liberais clássicos, que vêm na garantia supra-política (direitos concedidos pelo “criador”) da liberdade individual o elemento caracterizador da autonomia; os Republicanos vêm na própria ação política dos indivíduos (ação positiva) o elemento fundador de uma sociedade que concede aos seus membros direitos e garantias individuais. “Para o Republicanismo, virtudes tais como coragem, temperança e

prudência, justamente com o envolvimento ativo com a esfera pública, são pré-condições para a preservação das liberdades individuais” (MELO, 2002, p.62). Para clarearmos as diferenças, pode se caracterizar o contrato Lockeano como de caráter Liberal e o contrato de Rousseau como contrato Republicano. Não à toa, o primeiro teve grande influência sobre o desenvolvimento revolucionário inglês e o outro foi livro de cabeceira dos revolucionários franceses.

Ao contrário do ceticismo Schumpeteriano (e de vários outros pensadores liberais; Stuart Mill, por exemplo) quanto a uma noção clara de “bem comum” (que é portada pela “vontade geral”), os Republicanos desenvolveram uma concepção “humanista cívica” que dá ênfase à participação política como uma atividade propulsora da liberdade e que desenvolve as melhores qualidades e potencialidades da vida humana – concepção muito próxima ao Aristotelismo clássico na qual o homem é um animal político que tem na *pólis* uma forma superior de desenvolvimento. Nesta concepção, ética e política estão profundamente entrelaçadas.

Melo (2002), apresentando o pensamento de Charles Taylor, mostra como o pensamento atomista do ideário Liberal é incompatível com o caráter holístico e historicamente situado da existência humana. Daí sua crítica ao conceito de Liberdade negativa (não coerção externa) que, além de inconsistente com os próprios objetivos liberais de “auto-realização”, é também incompatível com a própria formação histórica do indivíduo, que o impele a agir não por “amizade” (apego aos bens particulares) nem por altruísmo (apego aos bens universais), mas sim por um “meio termo” entre estas duas concepções, na qual o interesse individual e o interesse coletivo não estão claramente dissociados, e por isto não são passíveis de um cálculo utilitarista da vontade e da maximização do bem-estar. Em suma, o indivíduo liberal não conseguiria atingir seus objetivos apenas desfrutando de um não impedimento externo. Só o humanista cívico (que não é altruísta) consegue em ação conjunta (política) com outros indivíduos (igualmente não altruístas) formular uma vontade capaz de conciliar a liberdade subjetiva e a busca por bens convergentes – usufruídos pela própria comunidade. Conclui o autor que o modelo Republicano opta pela modelo de cidadania participativa, ao invés da “cidadania judicial” (defesa de direitos) do viés liberal.

Por vários motivos, muitos dos quais apresentados nas duas seções anteriores, as concepções Liberal e Republicana atingiriam, durante a primeira metade do século XX, sinais de esgotamento quanto à sua capacidade de justificação de um regime democrático bem como

ao caráter da viabilidade de seus modelos. A democracia do pós-guerra começou a enfrentar problemas quanto à aplicação da idéia Republicana da regra da maioria; e a estrutura formal das liberdades consagradas pelo Liberalismo não dava conta de efetivamente salvaguardar a expressão de grupos minoritários fortemente divergentes quanto a uma concepção moral do bem. Isto sem falar no já conhecido recrudescimento da aparelhagem burocrático-administrativa do Estado e na incapacidade da manutenção de uma longa estabilidade política aos regimes europeus, latino-americanos e de todos os outros países recém descolonizados que tinham, ao menos em mente, o objetivo de um regime democrático.

Em 1956, Robert Dahl lança “Um prefácio à teoria democrática”, tentando mudar o olhar da ciência e da filosofia política para uma abordagem que privilegiasse a análise de questões concretas da democracia. Dahl (1989) aborda duas concepções de democracia que ele julga serem concepções dominantes no debate americano: o modelo Madisoniano e o modelo Populista. Na exposição feita pelo autor, o sistema que James Madison tinha em vista era receoso quanto ao poder das maiorias democráticas e a defesa dos direitos naturais (caros aos pais fundadores da democracia americana). Para Madison, os EUA deveriam ser uma República não Tirânica – o que significa o respeito aos direitos individuais. Para isto deveriam ser desenvolvidos mecanismos que se colocassem como obstáculos ao exercício do poder da maioria. Daí Madison defender a separação dos poderes e uma República grande e numerosa o suficiente que seja impossível à formação de uma “maioria coincidente”. O sistema político deveria ser construído à base dos *checks and balances* (freis e contrapesos). Já no sistema Populista, prevalece a igualdade política e a soberania popular, que culminam com a aplicação da regra da maioria. Na concepção de Robert Dahl, os dois sistemas são falhos e insatisfatórios. O sistema madisoniano se degenera em uma democracia oligárquica e o sistema populista em República Tirânica (que Madison queria evitar). Dahl procede a uma análise acerca da regra da maioria, fazendo objeções de que tal regra supõe que as pessoas realmente têm uma opção formulada sobre determinada política a ser adotada e as intensidades de preferências delas são iguais. Conclui que tal premissa não condiz com a realidade e o resultado do método populista é a instabilidade entre maiorias e minorias ocasionais.

Dadas todas estas problemáticas quanto às concepções clássicas da democracia (a Madisoniana “Liberal” e a Populista “Republicana”), Robert Dahl parte para o desenvolvimento de um conceito de “Poliarquia”, já que a democracia, em suas formulações clássicas, não existe. A Poliarquia (“governo de muitos”) é uma teoria que tenta adequar

preceitos normativos a situações reais. Em resumo, Dahl (1989) elenca várias condições que devem existir no sistema democrático ou poliárquico, dentre elas: voto de igual valor a todos e alto grau de informação entre os cidadãos. Ao final da obra, Dahl faz uma análise do Madisonianismo impregnado na cultura institucional norte-americana bem como dos resultados contraditórios dos sistemas eleitorais quando em contato com variadas questões nas quais as composições das maiorias e minorias estão em permanentes mudanças, e constata:

Eleições e competição política não significam governo de maiorias em qualquer maneira significativa, mas aumentam imensamente o tamanho, número e variedades das minorias, cujas preferências têm que ser levadas em conta pelos líderes quando fazem opções de política. Sinto-me inclinado a pensar que é nesta característica das eleições – não o governo de uma minoria, mas de minorias – que temos que procurar algumas das diferenças fundamentais entre ditaduras e democracias (DAHL, 1989, p.131)

Dahl, por ter em vista o sistema americano, começa a entender a análise de grupos altamente organizados politicamente, ainda que pequenos, como uma manifestação de intensidades. Daí a política competitiva entre minorias ser uma manifestação de Poliarquia, já que essas minorias, além da necessidade de articulação e negociação política, se vêem obrigadas a incorporar demandas políticas via processos eleitorais, concluindo:

Assim, a tomada de decisões pelo governo não constitui uma marcha majestosa de grandes maiorias unidas a respeito de certos assuntos de política. É o apaziguamento permanente de grupos relativamente pequenos. Mesmo que esses grupos se somem em uma maioria numérica na época de eleição, em geral não é útil interpretar essa maioria como mais do que uma expressão aritmética. (...). Os vários componentes dela é que dispõem de meios de ação. (idem, p.142).

Em obra de nome “Poliarquia” (1971), Dahl continua sua análise dos sistemas existentes e teoriza duas outras características para os sistemas poliárquicos modernos: Participação no governo e oposição ao governo. Isto significa que um sistema político deve perseguir duas coisas que não se excluem. Um regime político é tanto mais democrático quanto maior a capacidade e a possibilidade de uma oposição política competitiva; e tanto mais democrático quanto maior a capacidade de participação das pessoas na formação e implementação de um governo. Dahl (2005) afirma que um regime pode se tornar mais competitivo sem se tornar mais inclusivo – trata-se da oligarquia competitiva. E também pode se tornar mais inclusivo sem dar espaço à maior contestação política – trata-se da hegemonia

inclusiva. Quando consegue caminhar nas duas direções (inclusão e oposição) o regime torna-se Poliárquico.

Posteriormente, na obra “Sobre Democracia” (1998), Dahl - já despreocupado acerca de questões como “Quem governa” e “como se dão as decisões” - começa a apresentar quais instituições requer a Poliarquia (forma moderna da Democracia) para que prospere. Isto porque no “Prefácio à teoria democrática” o autor concluiu que o bom desempenho do sistema americano se deu mais pelas condições sociais favoráveis do que por causa de instituições constitucionais destinadas à manutenção do sistema. Ele chega a citar a guerra civil americana como exemplo de que, em determinados conflitos, instituições constitucionais não são capazes de propiciar a resolução pacífica de questões políticas.

Em sua teoria, a Poliarquia requer: (I) representantes eleitos; (II) eleições livres, justas e freqüentes; (III) Liberdade de expressão; (IV) Informação alternativa; (V) Autonomia para as associações e (VI) Cidadania Inclusiva. Não há espaço neste trabalho para maiores esclarecimentos sobre esses requisitos, mas Dahl (2001) afirma que tais instituições contribuem para que se alcancem metas, tais como: Controle do programa de governo, participação efetiva e entendimento esclarecido.

É visível alguma proximidade entre a “Poliarquia das minorias” de Robert Dahl e o “elitismo democrático” de Schumpeter (VOGEL, 2003). São teorias fortemente realistas e que aceitam implicitamente a proposição de que a política funciona como um jogo de interações estratégicas entre os grupos mais bem articulados e com forte poder influência. Neste pensamento não há espaço para as teleologias do “bem comum” e do “interesse geral” do humanismo cívico Republicano. Os únicos valores incorporados à teoria são os da liberdade individual e alguns procedimentos quanto à própria manutenção da democracia.

Porém, no início da década de 70, as posições liberais foram renovadas com as concepções políticas de John Rawls. Em sua obra “Uma teoria de Justiça” Rawls estabelece, usando um artifício heurístico similar ao Contratualismo, dois princípios de justiça que devem fundar uma comunidade política:

- a. Toda pessoa tem uma pretensão igual [an equal claim] a um esquema plenamente adequado de direitos e de liberdades de base iguais, um esquema que seja compatível com o mesmo esquema para todos; e neste esquema, o justo valor das liberdades políticas iguais, e somente destas liberdades, deve ser garantido.

- b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer a duas condições: primeiro, devem estar ligadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem proporcionar o maior benefício aos membros menos favorecidos da sociedade. (RAWLS *apud* MAGALHÃES, 2003, p.09)

O primeiro princípio já é conhecido da tradição liberal e dá ênfase à igualdade política. Já o segundo princípio consagra uma idéia bastante difundida nas democracias modernas que é a Igualdade de oportunidades. Rawls classifica seus dois princípios como razoáveis porque dão margem suficiente para que uma sociedade desenvolva diferentes concepções morais acerca do bem ancoradas em uma concepção política de justiça – não metafísica. Rawls tem em mente a reconstrução do Liberalismo Político não mais em bases éticas nem em bases utilitaristas, mas sim com base em um consenso sobreposto a todos os dissensos morais das sociedades contemporâneas (MAGALHÃES, 2003).

Rawls não é um teórico da democracia. Ele não sugere alguma nova formatação institucional ou social para a sociedade contemporânea. Apenas sugere que uma comunidade política cooperativa resolva seus conflitos distributivos e morais com base em uma concepção política de justiça que seja razoável e compatível com as próprias diferenças. O Liberalismo de Rawls é compatível com o Republicanismo clássico, mas não com o humanismo cívico e seu forte caráter ético (MAGALHÃES, 2003; MELO, 2002). Suas idéias também serviram de lastro para que se desenvolvessem argumentos em prol da ação do Estado como promotor da igualdade entre os cidadãos. Isso porque seria legítima a ação do Estado em busca da satisfação do segundo princípio, desde que respeitado o primeiro princípio. O valor axiológico da concepção de Rawls também influenciou bastante as idéias acerca dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito contemporâneo (apresentados na seção anterior).

Juntamente com a crítica de Rawls quanto ao vácuo axiológico do Liberalismo clássico e a forte eticidade do Republicanismo, desenvolveu-se ao final do século XX uma nova concepção de democracia. Trata-se da teoria Deliberativa e seu principal autor é Jürgen Habermas. Algumas das idéias deste filósofo já foram expostas na primeira seção deste capítulo e o leitor deve ter percebido que a própria teoria da esfera pública se confunde um pouco com os princípios da Democracia. A igualdade entre os cidadãos e sua liberdade para o confronto racional (o uso da razão pública) é a própria definição da esfera pública e a própria condição *sine qua non* da democracia.

Habermas, assim como todos os autores apresentados até aqui, não nega a importância das instituições liberais para a organização de uma sociedade democrática. Não nega também a importância das idéias republicanas como alicerce moral da própria justificação da democracia. Mas acusa a ambas as tradições de serem insuficientes para a concretização de um projeto democrático.

A teoria do discurso [deliberacionista], que obriga ao processo democrático com conotações mais fortemente normativas do que o modelo liberal, mas menos fortemente normativas do que o modelo republicano, assume por sua vez elementos de ambas as partes e os combina de uma maneira nova. Em consonância com o republicanismo, ele reserva uma posição central para o processo político de formação da opinião e da vontade, sem no entanto entender a constituição jurídico-estatal como algo secundário; mais que isso, a teoria do discurso concebe os direitos fundamentais e princípios do Estado de direito como uma resposta conseqüente à pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático. A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe digam respeito (HABERMAS, 2004, p. 288).

Conforme Gomes (2008), o modelo de democracia liberal subtraído de um amplo procedimento deliberativo se degenera em mera democracia eleitoral. No modelo deliberativo, as instituições formais (parlamentos, eleições, controle de constitucionalidade etc.) devem estar lastreadas em proposições argumentativas oriundas das deliberações informais da própria esfera pública, que é aqui algo similar à sociedade civil de um modelo liberal. A linguagem formal do aparato administrativo, legislativo e judiciário devem se ancorar nas expectativas dos participantes da comunidade política (HABERMAS, 2003).

A teoria deliberacionista se pretende normativa e positiva. Ao dar ênfase na capacidade de acordos fundados nos interesses comunicativos dos indivíduos, Habermas consegue um novo lastro teórico seja para preceitos liberais como garantia de direitos e procedimentos formais que garantam a própria manutenção da política democrática, seja para o próprio aspecto participativo dos agentes comunicativos quando na atividade deliberativa – implícito em uma concepção republicana. Porém a ligação desse estado de coisas a uma vida política realmente democrática só se concretizará quando em um ambiente altamente favorável à deliberação nas mais variadas instâncias (formais e informais) da sociedade. São requisitos para este ambiente deliberativo: a “inclusividade de temas e de participantes; a razoabilidade dos argumentos; a não-tirania; a consideração da igualdade moral e política entre os participantes; (...) a reversibilidade de opiniões” (MAIA, 2008, p. 198). Estas são as chamadas “condições ideais do discurso” e que apontam para um caráter altamente prescritivo

da deliberação e, portanto, da própria democracia. Isto corresponde à volta do “dever-ser” para dentro da teoria democrática, ou seja, uma clara crítica à idéia de democracia como um mercado competitivo de estratégias, implícita na teoria liberal.

Nossa intenção ao expor os aspectos considerados mais importantes das teorias Liberal, Republicana, Pluralista e Deliberacionista foi o de condensar alguns aspectos teóricos que nos serão úteis mais à frente quando iniciarmos a discussão acerca do exercício da liberdade de imprensa em uma democracia moderna.

Em resumo, podem-se elencar alguns fatores que nos ajudam na caracterização de uma democracia: (i) igualdade política dos cidadãos e proteção especial a seus direitos individuais – o que de forma nenhuma significa o caráter absoluto destes; (ii) a desejável participação de amplos e variados setores da sociedade (nem sempre majoritários) na vida política de um Estado (preceito este reconhecível no Republicanismo, Pluralismo e Deliberacionismo); (iii) um procedimento adequado que dê segurança jurídica e social à interação entre os diferentes grupos (Liberalismo e Deliberacionismo); (iv) a igualdade de oportunidades e a própria manifestação de diferentes concepções morais e políticas são altamente desejáveis em um ambiente democrático para que não haja a tirania do *status quo*.

A seguir, nosso papel será discutir a importância e o significado da liberdade de imprensa dentro do contexto institucional e normativo que as próprias teorias da democracia nos permitiram distinguir. Temos como pano de fundo para nossa discussão não só essas teorias, mas também a própria formatação institucional do Estado Democrático de Direito nos fornecida pelo Direito Constitucional Pós-positivo e também pela interpretação sociológica acerca da esfera pública.

Enfim, longe de exaurir o tema e talvez impondo-nos mais perguntas que respostas, já temos algum entendimento introdutório sobre o conceito de Democracia. Resta agora encaixarmos o debate sobre Liberdade de Imprensa no próprio contexto do debate sobre Democracia

2. A Liberdade de Imprensa na era da comunicação de massa e a Constituição de 1988

Se no primeiro capítulo o objetivo era pôr em tema o ambiente social, jurídico e político no qual este trabalho se passa, neste capítulo começaremos a construção de nosso objeto de investigação (discussão). Quando se apresentou o debate acerca da “mudança estrutural da esfera pública” foi mencionado que a primeira metade do século XX foi palco de inúmeras inovações tecnológicas (o aparecimento do rádio, Cinema e TV) que acabaram por criar uma esfera pública abstrata (MAIA, 2008) bem diferente daquela idílica esfera burguesa de homens privados reunidos face a face para uma deliberação racional. Esta época também conheceu um profundo processo de urbanização e industrialização no mundo dito desenvolvido. Neste contexto, apresenta-se um diagnóstico sociológico acerca da “sociedade de massa”. Wolf (2005) sintetiza que a despeito dos inúmeros conceitos sobre a “massa” – que alguns dizem representar um tipo sócio-antropológico carente de valores comunitários e formas orgânicas de solidariedade e sociabilidade; e que outros vêem este mesmo tipo como o produto da inexorável revolução capitalista e sua ordem social baseada na divisão social do trabalho – é possível identificar em ambas as concepções um denominador comum: “A massa é constituída por um conjunto homogêneo de indivíduos que, enquanto seus membros, são essencialmente iguais, indiferenciáveis, mesmo que provenham de ambientes diferentes, heterogêneos e de todos os grupos sociais” (idem, p.07). As primeiras pesquisas acerca dos efeitos da comunicação de massa vão se apropriar desta concepção sociológica rumo à constatação do poder, quase ilimitado, dos *mass media* nas sociedades modernas – *bullet theory* (ibdem).

Como observado anteriormente, a teoria da esfera pública se confunde com o próprio pensamento democrático (GOMES, 2008) e as mudanças acerca de suas formas de sociabilidade e comunicabilidade terão repercussão profunda sobre o modelo político dos modernos Estados Nacionais. A Democracia representativa baseada na ação de partidos políticos organizados se verá em uma complexa relação com os, cada vez mais avançados tecnologicamente, meios de Comunicação de massa.

Inicialmente, a tendência geral na Europa ocidental foi a consagração do Rádio e da TV como serviços públicos devido a escassez de suas frequências. Nos EUA, adotou se um modelo de mercado (propriedade privada dos meios) dando ênfase à autonomia da Comunicação social sobre o Estado. Justamente neste país, há uma célebre tradição ligada a interpretação da primeira emenda (que será discutida adiante) sobre o “orador de caixote”

engajado (dos séculos XVIII e XIX) que vai a lugares públicos defender suas idéias. Na crítica de Thomas Streeter, citado em Silva (2009), o legislador norte-americano, bem como o pensamento liberal clássico, santificou e imunizou radicalmente esta prática justamente quando ela perdia efetividade:

No século XIX, líderes sindicais, pacifistas, e outros ‘radicais’ faziam bom uso do caixote - ou de discussões face-a-face em locais públicos - como uma ferramenta comunicativa, e eram freqüentemente presos por isso. Neste século, contudo, a chave para a comunicação popular passou a ser o acesso ao rádio, à televisão e a outros meios de comunicação de massa tecnologicamente avançados e caros que tornaram o caixote crescentemente irrelevante como instrumento de organização política. (STREETER *apud* SILVA, 2009, p.21)

E aqui já começamos a nos justificar perante o leitor sobre nosso longo caminho percorrido no primeiro capítulo. A evolução tecnológica pela qual foi e está passando o setor da Comunicação social, com suportes cada vez mais sofisticados, teve algum (ou muito) impacto sobre nossas próprias formas de sociabilidade e organização política. De forma que é necessária uma (re)discussão acerca da capacidade de expressão dos indivíduos e grupos sociais na esfera pública, transformada estruturalmente:

Neste ponto, cumpre não esquecer que ficaram para trás os tempos da democracia ateniense, em que qualquer cidadão tinha, de fato, como tentar influenciar as deliberações públicas, bastando pedir a palavra na ágora para tentar convencer seus pares com a força dos seus argumentos. Nos dias atuais, não basta voz e uma boa idéia para ser ouvido. O indivíduo que subir num caixote em uma praça para expor ao público as suas opiniões sobre algum tema controvertido, por mais interessantes que elas sejam, será, com quase toda certeza, ignorado solenemente pelos transeuntes. Na sociedade de massas, houve uma mudança estrutural na esfera pública. (...). Neste contexto, a mídia assumiu um enorme poder na fixação das agendas de discussão social, na seleção e apresentação dos pontos de vista que serão ouvidos sobre estes temas, e na própria realização das escolhas por cada indivíduo. (SARMENTO, 2007, p.22,23)

E aqui começam a se delinear os primeiros contornos de nossa discussão. Assegurada a liberdade de expressão de todos os cidadãos e sua igualdade política, como lidar com o déficit na capacidade de se expressar de alguns (ou da maioria)? Passando por todas as teorias democráticas apresentadas no capítulo anterior é fácil enxergar na Liberdade de Expressão e no direito à informação um denominador comum a todas elas. No entanto, pelo que foi sinteticamente exposto até agora nesta seção, o lócus de exercício dessa troca de informações (a esfera pública), bem como do uso da Liberdade de Expressão, ao se transferir para o terreno mediado e mediatizado dos meios de comunicação, desarticulou a equação política

liberal que combinava liberdade de expressão com igualdade política – ambas indispensáveis a um pensamento realmente democrático.

Observe-se, como o faz Gomes (2008), quem nem tudo são perdas. A esfera pública midiática foi capaz de gerar uma visibilidade social para questões políticas inimaginável àquela esfera pública do século XVIII, tão apegada a uma racionalidade argumentativa, tão despreocupada com a exclusão de analfabetos, mulheres, escravos, negros, trabalhadores etc. (quase todos que não fossem a ascendente burguesia). Pondera-se isto para que não se caia aqui no mesmo erro de Habermas, lançando mão de um inventário de perdas acerca da Comunicação Social e da esfera pública. Isto porque foi o século XX que viu a ampliação da cidadania e das idéias democráticas ganhar adeptos como nunca antes na história política moderna.

Assim, retomando o raciocínio já exposto no primeiro capítulo, a mudança estrutural da esfera pública não deve necessariamente significar sua decadência ou sua incapacidade de integrar democraticamente sociedade civil e Estado; no entanto, a concentração dos meios na mão de poucos agentes (imbricados ou não com o aparato burocrático) - seja por motivos de um mimetismo em relação à própria concentração da estrutura capitalista, dada a necessidade intensiva em capital do setor das Comunicações; seja pela própria divisão (especialização) do trabalho, que reserva aos agentes da mídia (jornalistas, em especial) um papel central no debate público - acaba por comprometer não só a igualdade política, mas simplesmente privilegia alguns (grupos ou idéias) em detrimento de outros, tornando a liberdade de expressão de uns maior do que a de outros. Vale mencionar que este estado de coisas acaba por geral um “mal estar” para a teoria democrática e também para os estudos em Comunicação.

Miguel (2002b), Sá (2005) e Schulz (2006) têm discutido a questão de como os meios de comunicação têm se tornado, nas democracias contemporâneas, o “lugar” central do embate e disputa política, seqüestrando assim a função outrora do Parlamento. Segundo os autores, trata-se de uma crise da representação política, tendo fatores diversos, tais como: o enfraquecimento dos partidos, a excessiva personalização dos agentes políticos causada pela visibilidade midiática e a própria complexificação social experimentada pelas sociedades modernas – o que torna qualquer programa partidário impossibilitado de atender tais demandas (por vezes contraditórias), tornando tais programas sempre amplos e vagos, diminuindo, assim, a qualidade do debate político.

Em perspectiva sociológica, salienta Miguel (2002b), os meios de comunicação de massa tornaram-se, nas sociedades contemporâneas, os principais difusores de prestígio e reconhecimento social. Entenda-se por reconhecimento social a própria visão de si mesmo, ou seja, a expressão de si perante a comunidade. Daí que o desprestígio ou mesmo a deturpação, por parte da mídia, sobre alguns grupos ou idéias (religiosas, gênero, étnicas etc.), sejam elas majoritárias ou minoritárias, implica na própria alteração da expressão de si sobre/para o outro.

Por toda essa problemática relacionada às assimetrias de poder na Comunicação social e na política, e sem mencionarmos aqui os inúmeros abusos por parte do Estado no que se refere ao controle do debate público (nas experiências totalitárias do século XX), a questão da relação entre Estado, meios de Comunicação e sociedade civil coloca-se como de primeira ordem em uma tonalidade multidisciplinar. Na teoria democrática, na teoria do Jornalismo (e da Comunicação), no direito constitucional e por que não na Sociologia, definir alguns limites, desfazer alguns mal entendidos e apontar alguns caminhos fazem-se extremamente necessários. Será esse nosso objetivo no próximo capítulo.

Por enquanto, na próxima seção, vamos dar um espaço especial ao tratamento que a Constituição Brasileira, promulgada em 1988, deu ao tema da Comunicação Social. Mais uma vez pedimos paciência ao leitor, que a esta altura talvez esteja cansado de tantos preparativos e introduções ao tema. Ao final da leitura, garanto a importância deste longo percurso.

2.1 A Comunicação Social na Constituição de 88

Há consenso na literatura sobre o regime constitucional brasileiro que o Constituinte de 1988, ainda assombrado pela truculência do autoritarismo militar, quis plasmar em própria sede constitucional todos os dispositivos que garantissem uma ampla Liberdade de Expressão e de imprensa (SARMENTO, 2007). É assim que se vê no artigo 5º os seguintes direitos e garantias: “IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”

De outro lado, seguindo o princípio da dignidade humana (art. 1º, III), tratou o constituinte de proteger os cidadãos contra os possíveis excessos da Liberdade de expressão: “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Assim, ficaram protegidos a liberdade de expressão (jornalística, artística, política) tendo como limites a própria veracidade da informação sobre o que foi dito (direito de resposta) e também os direitos de personalidade. A doutrina Constitucional contemporânea e o STF têm entendido que quando há colisão entre estes direitos fundamentais há que se fazer a ponderação de bens visando ao menor sacrifício possível entre os dois princípios. Há que se mencionar que existe legislação infraconstitucional (código civil e penal) que trata mais detalhadamente de temas relacionados a conflitos entre liberdade de expressão e direitos de personalidade. Porém, é possível, conforme salientado pelo Ministro Ayres Brito, no julgamento da ADPF-130 (sobre a antiga lei de imprensa), a defesa de tais direitos com base na própria constituição, independente de regulamentação ordinária.

No entanto, apesar de interessantíssima, não é sobre tal problemática que trata nosso trabalho. Nossa investigação está sobre o papel do Estado, no que se refere à Comunicação Social, na promoção de uma sociedade democrática, plural e esclarecida. Adjetivos estes implícitos no texto constitucional quando menciona o “Estado Democrático de Direito” (caput art. 1º), Pluralismo político (art. 1º, IV) e o acesso à informação (art 5º, XIV). Vale mencionar que garantias tais como liberdade religiosa (art. 5º, VI e VIII) e crença filosófica (art. 5º VI e VIII) deixam a entender o direito a um pluralismo que extrapola a dimensão política, espalhando uma liberdade e uma autonomia sobre o cidadão, de forma que o convívio entre

diferentes concepções de vida e mundo devem estar harmonizadas no ambiente jurídico e no próprio contexto social democrático. Prova disso está no artigo 3º que trata de objetivos fundamentais da República, dentre eles: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação*. Daí estar já entendido pela Suprema Corte que a Liberdade de Expressão e de Imprensa (e todo o sistema de Comunicação Social) deve se coadunar com estes objetivos, tendo a não discriminação como um dos limites, bem como o pluralismo (ou pluralismos) como norte. Vale ainda que o leitor se lembre de tudo o que foi dito acerca do caráter axiológico do Novo Constitucionalismo e do Estado democrático de direito (na seção 1.2 do capítulo anterior).

A Constituição de 1988 volta a tratar da Comunicação Social destinando-lhe um capítulo inteiro no título da “Ordem Social” (título VIII). Abre o capítulo a assertiva de que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Repare que qualquer restrição ao direito expressado deve provir da própria constituição. Continua o primeiro inciso do artigo: “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (art. 220, 1º). Se no caput do artigo o constituinte advertiu que a restrição à liberdade de expressão deve provir da própria Constituição, neste primeiro inciso ele adverte que qualquer postura do legislador ordinário (infraconstitucional) deve se adequar aos limites constitucionais. Não haverá tempo e nem espaço aqui para a exposição de todos os artigos e incisos, mas não podemos deixar de mencionar que o inciso 3º do mesmo artigo reza que “compete a lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao poder público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Mais uma vez não entraremos nos detalhes do significado deste disposto, interessando-nos apenas que foi se delineando no texto constitucional algumas diretrizes que devem pautar o exercício da Liberdade de Comunicação. O artigo 221 aprofunda ainda mais tal caráter axiológico: “A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e

informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”. Aqui, o texto se valeu de conceitos imprecisos como “finalidades... culturais e informativas” e “valores éticos e sociais da pessoa e a da família”. No próximo capítulo trataremos sobre a relação daquele pluralismo do parágrafo anterior e esta definição imprecisa acerca de um valor ético da pessoa (qual valor? de qual pessoa?) e da família.

Restam ainda alguns preceitos constitucionais que subsidiarão nossa discussão acerca do papel do Estado na Comunicação Social: “Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio (art. 220, 5º); A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade (art. 220, 6º)”. Vê se aqui, que o dispositivo contra oligopólios e monopólios e a independência de veículos impressos (no que se refere a licenças) tem claro objetivo concorrencial e pluralizador. O que atesta a tese de que a defesa da liberdade de expressão tem fundamento no objetivo de um debate público vigoroso e não somente na idéia de um direito negativo – não coerção externa. (BINENBOJM, 2005).

Os artigos 222 e 223 tratam de questões referentes aos direitos de propriedade dos veículos bem como as competências quanto à concessão, renovação e cancelamento de licenças, não sendo necessária sua exposição aqui.

No artigo 224 está o disposto que tem causado grande controvérsia e que merece exposição aqui, já que seu sentido será objeto de nossa discussão: “Para os efeitos do disposto neste Capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei” (art.224). Ao citar “para os efeitos do disposto nesta constituição”, parece que é de competência do tal Conselho tudo o que estiver no capítulo, excetuadas aquelas competências destinadas ao legislador ordinário.

Tendo feito revista do tratamento dado pela Constituição ao tema da Comunicação Social, podemos formular algumas questões acerca do caráter e da substância da Liberdade de Expressão e Imprensa em uma Democracia Moderna e também sobre o papel do Estado na promoção e defesa deste direito.

O leitor deve estar percebendo que está se usando aqui Liberdade de Imprensa e Liberdade de expressão como sinônimos. Caberia melhor o termo “Liberdade de

Comunicação”, tendo em vista o uso livre dos mais variados suportes (meios) de Comunicação:

A liberdade de comunicação decorre da liberdade de expressão, pois o ato de expressar, tornar exterior, público, de ampliar a esfera do conhecimento, de levar a informação, objetiva traduzir em sinais que possam ser compreendidos, a possibilidade de fazer dessa liberdade um direito que se manifesta na essência do pensamento e se expande até a necessidade do saber. (...). A idéia de liberdade de comunicação social expressa um diálogo social, ou seja, o exercício público da liberdade de comunicação e expressão pelos órgãos de comunicação de massa, que o diferencia do diálogo interpessoal. (PESSOA, 2009, p. 08,13).

Outro ponto que merece destaque é uma conceituação, provinda do direito alemão, quanto ao duplo caráter da Liberdade de Imprensa: direito subjetivo e garantia institucional:

Pode-se dizer, de forma muito resumida, que a liberdade de expressão na Alemanha não é tida apenas como um direito individual daqueles que se exprimem, mas também como um valor objetivo da ordem jurídica democrática, cujas garantia e promoção muitas vezes requerem ações estatais positivas. A idéia básica é a de que a liberdade de expressão desempenha um duplo papel: por um lado, ela constitui um direito subjetivo individual, vital para a dignidade humana, mas, por outro, ela é também um instrumento para a livre formação da opinião pública e para o intercâmbio de idéias entre os cidadãos, tão necessários ao funcionamento de um regime democrático. Esta primeira dimensão individual da liberdade da expressão tende a preponderar em casos envolvendo direitos de cidadãos comuns, artistas, escritores, etc., enquanto a segunda dimensão institucional e objetiva é mais enfatizada em questões relativas à imprensa em geral (SARMENTO, 2007, p.12).

Nesta abordagem, extrapola-se a concepção de não restrição estatal aos usuários do direito de se expressar para dar a tal liberdade um caráter de componente fundamental do próprio processo democrático, partindo assim para aquela hipótese de que a liberdade de imprensa tem como fundamento e objetivo a promoção de um debate público generalizado e disperso por toda a sociedade, revestindo-o de um caráter procedimental da própria democracia.

Enfim, colocados na primeira seção deste capítulo a problemática acerca dos inconvenientes que os avanços tecnológicos trouxeram para a igualdade democrática de participação no debate público; e aqui o tratamento Constitucional da Comunicação social no caso brasileiro, passaremos agora a discutir qual o papel do Estado na liberdade de Imprensa, com a finalidade de conceituar tal instituto e quais as instituições requeridas para o bom funcionamento do debate público

3. O Papel do Estado na promoção da Liberdade de Imprensa

Reconhecidos dois significados para a Liberdade de Imprensa – direito subjetivo e garantia institucional – é necessário adentrarmos a questão do que realmente significam tais coisas. Não é questão fácil. Muitas vezes garantias institucionais são usadas como pretexto para tolher liberdades civis: “em todos os tempos e em todos os lugares, a censura jamais se apresenta como instrumento da intolerância, da prepotência ou de outras perversões ocultas. Ao contrário, como regra, ela destrói em nome da segurança, da moral, da família, dos bons costumes” (BARROSO *apud* BINENBOJM, 2005, p.14).

Outras vezes, o exercício de direitos fundamentais entra em choque com o direito de outras pessoas. Sem falar nas inúmeras situações em que os conflitos na arena civil não se dão entre pessoas e sim entre grupos sociais (partidos, grupos religiosos, veículos de comunicação, movimentos sociais, sindicatos etc.). Daí, somente um delineamento do papel do Estado e da justiça - enquanto instâncias adequadas para a resolução de conflitos - para esclarecermos de forma um pouco mais abrangente o que significa a Liberdade de Imprensa e sua dupla dimensão (direito individual e garantia institucional).

Com certeza, o lugar onde tal debate tem sido mais dinâmico e polêmico é os EUA. Juristas, filósofos, políticos e a população em geral se orgulham da primeira emenda feita à sua constituição em 1791. Já na hora de uma explicação concreta acerca de seu significado vários argumentos, por vezes antagônicos, são colocados e defendidos arduamente. Uma revista acerca deste fecundo debate será de grande valia para nosso trabalho

3.1 – Controvérsias acerca da 1ª emenda

O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.

À primeira vista, problema resolvido. O congresso não deve editar nenhuma lei cerceando a liberdade de Imprensa. No entanto, como explica Ronald Dworkin em famoso clássico sobre a interpretação da constituição americana, a suprema corte, durante mais de um século, interpretou a primeira emenda como uma restrição à censura prévia (prática corriqueira na Europa à época da edição da emenda). Foi comum durante este período a penalização de escritores que, segundo os juízes, não estavam de acordo com os valores da nação ou, como no caso de um escritor que, em 1907, criticara um juiz e foi condenado por uma sentença que dizia que o “objetivo da primeira emenda era proibir a restrição prévia, e acrescentou que até mesmo afirmações verdadeiras poderiam ser punidas caso se mostrassem danosas para o processo judicial” (DWORKIN, 2006, p.314).

À metade do século passado, esta concepção já estava sepultada. Surgiu a famosa concepção do “*clear and present danger*”, na qual o Estado só poderia punir determinado tipo de discurso quando este apresentasse perigo evidente e imediato. Na famosa assertiva de Oliver Holmes, juiz da suprema corte à época: “os cidadãos não são livres para gritar “fogo!” falsamente dentro de um teatro lotado”. No entanto, foi esta mesma corte que começou a construir uma concepção da primeira emenda que não abarcava a compensação por calúnia e difamação (idem).

Com certeza o caso *Sullivan* (1964) é o mais famoso na matéria. Neste, a Corte formulara uma doutrina que se mantém até hoje, sendo única no mundo. Tal doutrina é chamada de “*reckless disregard*” e reza que o Estado ou agentes públicos só poderão ser ressarcidos por jornais quando não só provarem que a notícia publicada não corresponde aos fatos, mas também que houve má-fé do jornalista que a publicou; ou seja, a responsabilidade civil é subjetiva, não bastando apenas a falta com a verdade, mas sim uma prova de intenção do jornalista.

Duas décadas antes, em 1943, em outro julgamento, a interpretação da simples “não restrição prévia” dava lugar a uma concepção mais abrangente, como assinala a decisão da corte americana, transcrita em Dworkin (2006):

[A Primeira emenda] pressupõe a maior probabilidade de que a verdade se apresente através de uma multidão de línguas do que através de um tipo qualquer de seleção impingida por uma autoridade. Para muitos isso é loucura e sempre será; mas é nisso que apostamos tudo.

Paralelamente a essa liberalização do discurso e a esse reconhecimento “institucional” de que as idéias livres de qualquer coerção levariam ao melhor conhecimento da verdade, começou-se a desenvolver uma doutrina que pregava um objetivo implícito no texto da primeira emenda: fomentar um “robusto, aberto e livre debate público” (decisão do caso *Sullivan*).

Foi nesse viés que começou a ser desenvolvida uma teoria que lastreava a regulação dos meios de comunicação social nos EUA: a *Fairness Doctrine* (Doutrina da Equidade). A FCC (Federal Communications Commission), criada 1934, era o órgão encarregado de regular as telecomunicações do país em nome do interesse, conveniência e necessidades públicas (Silva, 2009). Cabia ao órgão cuidar das concessões de rádio e Tv, dos limites de tempo destinado aos comerciais e da não formação de oligopólios no setor. Em 1949, foram editadas leis que previam algumas obrigações de conteúdo aos meios de comunicação. Segundo Binenbojm (2005), os principais aspectos da doutrina da equidade então regulamentada pela FCC eram: (i) devotar um razoável percentual de tempo da programação a cobertura de fatos e questões controvertidas de interesse público; (ii) apresentar razoável oportunidade para apresentação de pontos de vista contrastantes sobre tais fatos e questões, de modo a proporcionar ao ouvinte ou telespectador o conhecimento das diversas versões e opiniões sobre o assunto; e (iii) garantia de direitos de resposta a candidatos em campanha política que houvessem sido criticados ou pessoalmente atacados em matérias ou editoriais hostis.

Em 1969, a constitucionalidade da atuação da FCC foi questionada no caso *Red Lion*. Alegava-se que a doutrina da Equidade cerceava a liberdade das emissoras de Rádio e Tv de publicarem de forma livre e desimpedida. Assim se pronunciou a corte:

Não podemos dizer que seja inconsistente com o objetivo da 1ª Emenda de gerar um público bem informado e capaz de conduzir seus próprios assuntos, exigir das emissoras que permitam respostas a ataques pessoais ocorridos no curso da discussão de temas controvertidos, ou impor a elas que assegurem aos opositores das medidas que endossarem a chance de se comunicar com o público. Não fosse assim, os titulares das emissoras e uns poucos proprietários de redes de comunicação teriam o poder ilimitado de só disponibilizar tempo a quem pagasse mais, ou a comunicar apenas as suas próprias visões sobre temas de interesse público, pessoas e

candidatos, e a permitir que fossem ao ar apenas aquelas pessoas com cujas idéias concordassem. Não há na 1ª Emenda um santuário para o privilégio ilimitado da censura privada, operando num meio que não é acessível a todos.

Repare que ao início do enunciado transparece uma interpretação da 1ª emenda bem mais ampla que aquela (restrição à censura prévia) apresentada ao início desta seção. Diz a sentença que o objetivo do texto é gerar um público informado e capaz de conduzir seus próprios assuntos. Assim, a doutrina da equidade permaneceu vigente e acabou por deflagrar duas posições fortemente divergentes quanto ao verdadeiro significado da Liberdade de Imprensa e quanto ao papel do Estado no que concerne à Comunicação Social.

De um lado estão aqueles com uma posição Libertária (no sentido norte-americano do termo) defendendo a não intromissão do Estado na esfera pública (“market of ideas”) e a desregulamentação no que se refere a conteúdos preferenciais e direitos de resposta. No outro lado, estão os “ativistas” ou “democráticos” que defendem a ação do Estado na tutela do interesse público, coibindo os abusos na concentração de propriedade bem como no que se refere aos discursos ofensivos (*hate speech*), à defesa de direitos de resposta e punição à difamação e calúnia.

Entre os “ativistas” merece destaque a crítica de Owen Fiss e sua obra “A ironia da liberdade de expressão” (1996). O constitucionalista americano está profundamente pessimista quanto aos rumos na jurisprudência de matérias relacionadas a 1ª emenda. Isto porque a interpretação de *Red Lion* foi progressivamente abandonada durante os anos 70 e 80, sendo esvaziada a competência da FCC, até que em 1987, no governo Reagan, a Doutrina da equidade foi oficialmente declarada inconstitucional pelo presidente e pelo próprio órgão. A refutação da doutrina se baseava em dois argumentos: (i) o direito de não possuir palavras indesejadas em sua boca, e (ii) “a idéia segundo a qual o governo pode restringir a expressão de alguns visando a aumentar a voz relativa de outros é inteiramente alheia à Primeira Emenda” (citado em sentenças da suprema corte).

Postos estes pilares, não cabia mais uma “doutrina da equidade”. Fiss (2005) começa sua crítica apresentando o que ele denomina ser o “efeito silenciador do discurso”. Tal fenômeno é fruto de uma distribuição desigual de recursos financeiros e simbólicos. Na estrutura econômica (intensiva em capital e, por isso, concentrada) poucos acabam tendo acesso aos meios mais sofisticados (sobrando os “caixotes” aos mais fracos); e, simbolicamente, as opiniões majoritárias e mais alinhadas ao *status quo* moral da sociedade acabam por desprestigiar - quando não ofender - expressões culturais minoritárias. O autor

alerta, contra os que pretendem dicotomizar liberdade e igualdade, que o que está em jogo não é um valor colidindo com um “contra-valor”, mas sim o mesmo valor: a liberdade de expressão.

Owen Fiss está profundamente preocupado com a liberdade de proferir discursos de ódio contra negros (e outras minorias), publicar materiais explícita e violentamente pornográficos (que ele julga ofender a imagem da mulher perante a sociedade) e o financiamento privado de campanhas (responsável por imensas desigualdades nas competições eleitorais). Sua análise detecta a necessidade de uma intervenção equalizadora por parte do Estado, não porque haja um conflito entre Liberdade e Igualdade, mas porque o que se põe em risco é a própria liberdade:

Com pornografia, discurso de incitação ao ódio e regulação das campanhas, porém, a alegada ameaça advindo do discurso é mais direta e imediata. O argumento não é o de que o discurso convencerá os outros a agir de outra forma – por exemplo, criando uma nova forma de ditadura ou subjugando vários grupos desfavorecidos na sociedade. Ao revés, o medo é que o discurso tornará impossível para esses grupos desfavorecidos até mesmo participar da discussão. Nesse contexto, o remédio clássico de mais discurso soa vazio. Aqueles que supostamente responderiam não podem fazê-lo.

(...)

O chamado à intervenção estatal é baseado não na teoria de que a atividade a ser regulada é intrinsecamente violadora da Primeira emenda... mas apenas na teoria de que a promoção do debate aberto e integral – assegurando ao público que ouça a todos que deveria – é um fim permitido ao Estado. (FISS, 2005, p.47,48).

Neste raciocínio, o discurso dos mais favorecidos (*status quo*) acaba por imprimir uma dinâmica silenciadora sobre grupos minoritários – o que significa sua “inibição” no debate público, quando não sua própria retirada. No argumento de Fiss, não se trata de uma ação afirmativa (equiparando posições sociais desiguais), mas sim de um reposicionamento do “lugar” e da “altura” dos discursos. Contra a suprema corte, ele declara: “algumas vezes nós devemos reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes de outros” (idem, p.49).

Ao sugerir este tipo de comportamento do Estado em relação aos discursos, Fiss se depara com outro problema ainda maior em relação ao entendimento da jurisprudência americana acerca da 1ª emenda: trata-se da neutralidade de conteúdo. Na tradição norte-americana, o Estado não poderia ser árbitro entre preferências e convicções de vida das pessoas. De forma que reduzir a voz de “uns” para fazer ouvir a voz de “outros” seria entendido como “subsídio” a algumas idéias e convicções com base em um mérito próprio da

idéia contemplada. Este tipo de interpretação lastreia a possibilidade de, como aconteceu veridicamente, um grupo de neonazistas poder fazer uma passeata numa cidade pequena com grande população de judeus; de um jovem poder queimar uma cruz (o que nos EUA significa uma atitude, muito usada pelo Ku Klux Klan, de afirmar a “supremacia” branca); e a recusa a um pedido de resposta a um político na Flórida que se sentiu ofendido por um editorial de jornal e quis obter uma possibilidade de se defender.

Em 1992, na cidade de St. Paul, havia sido editada uma lei que proibia manifestações de discurso de ódio. A lei foi invalidada pela Suprema Corte afirmando que ela tratava de forma arbitrária diferentes discursos. O motivo alegado foi: “As palavras de incitação a luta dos racistas ou sexistas eram proibidas, mas não aquelas dos que combatiam racismo ou sexismo. O Estado estava favorecendo os tolerantes em detrimento dos intolerantes” (ibdem, p.52).

Em um segundo momento da obra, Fiss se depara com o mesmo problema da neutralidade de conteúdo, mas agora no que se refere à políticas direcionadas para a arte. Ao subsidiar algumas manifestações artísticas, o Estado estaria privilegiando alguma qualidade intrínseca de determinada obra artística em detrimento de outras. No entanto, ele argumenta que o Estado deveria promover determinados tipos de artes com base em critérios nem técnicos nem qualitativos. Os motivos deveriam ser: relativo grau de exclusão, necessidade de financiamento e o “potencial silenciador”. Assim, a política sobre as artes não se basearia em arbítrio sobre o discurso, mas sim na tentativa de promover discursos excluídos, não porque são melhores que os já assentados, mas porque simplesmente são excluídos. Isto seria compatível com o objetivo de um debate “desinibido, robusto e amplamente aberto” - premissa amplamente citada nos anais da suprema corte. A proposição é ilustrada na obra da seguinte forma: “Talvez o Estado não tenha que providenciar megafones para todos, porém, a partir do momento em que decide por fazê-lo, ele não poderá distribuí-los de tal forma a perpetuar o conservadorismo” (ibdem, p. 93). Vale ressaltar que as linhas de transmissão de rádio e TV são escassas e providas pelo Estado (tipo “megafones”).

Enfim, Fiss não consegue entender porque a Doutrina da Equidade foi progressivamente abandonada, inclusive em uma época em que a luta por direitos civis nos EUA ganhou bastante força. Para ele, não cansa repetir, não havia uma colisão entre a primeira emenda e algum outro princípio (a 14ª emenda, por exemplo, que preceituava valores de Igualdade). “A primeira emenda estava nos dois lados da questão” (p.125). Sua proposta

vai além de um Estado regulador – este sim vinculado ao princípio da neutralidade de conteúdo. A função do Estado deveria ser alocativa, privilegiando espaços de expressão para grupos “silenciados” e sem condição de competir no tal “mercado de idéias”. Vale citar a indignação de juristas renomados como David Allen e Cass Sunstein, citados em Silva (2009), sobre os rumos que a Liberdade de Expressão e Imprensa têm tomado nos EUA nos últimos trinta anos:

Precisamos perguntar por que os direitos dos falantes são mais importantes do que os direitos dos ouvintes, ou da comunidade dos ouvintes. Devemos perguntar por que a resposta apropriada a um insulto é mais expressão, ao invés de menos. E precisamos entender por que a Primeira Emenda tem sido interpretada como a articulação de um sistema para proteger a liberdade de expressão que tem tão pouco a dizer sobre a igualdade dos falantes, especialmente quando se trata do uso de recursos. (...) E, mais importante, precisamos perguntar que tipo de sociedade estamos a tentar criar, e que papel a liberdade de expressão pode desempenhar nesse processo. (ALLEN *apud* SILVA, 2009, p.5).

Minha conclusão mais importante é que o esforço de vincular a liberdade de expressão à soberania popular sugere que muito do entendimento corrente [sobre essa liberdade] é inadequado. Por isso defendo mudanças na teoria e na prática da liberdade de expressão. Antes de mais nada, sugiro que há uma grande diferença entre um ‘mercado de idéias’ – um mercado econômico não-regulado — e um sistema de deliberação democrática. (SUNSTEIN *apud* SILVA, 2009, p.5)

Contra a crítica apresentada até agora há o outro lado da estória, que enxerga os problemas da baixa diversidade na Comunicação Social, mas não entende o porquê de relegar ao Estado um papel “pluralizante”, que, segundo os libertários, cabe a qualquer um, menos ao Estado e seu histórico caráter uniformizador. O próprio Fiss faz questão de apresentar as objeções de um destes críticos, Robert Post. Fica implícito no argumento de Post que há um “risco regulatório” muito alto quando o Estado resolve redesenhar as posições do discurso na esfera pública. Aliás, ele questiona o próprio diagnóstico de uma falta de qualidade do debate. “Não há um padrão compartilhado pelas diversas forças políticas para medir a ‘qualidade’ do debate: Diferentes concepções da identidade coletiva apresentarão diferentes padrões de medição da qualidade do debate público” (POST *apud* SILVA, 2009, p.10). Ele argumenta que “direitos de resposta” fariam com que veículos jornalísticos se voltassem apenas para temas não controversos, a fim de não correrem o risco de sanções posteriores, já que essas sanções trariam desgaste a sua credibilidade perante o público. Este argumento é apenas a outra face da doutrina “*reckless disregard*”. A possibilidade de sanção judicial (indenização ou direito de resposta) é um convite não a investigação ou a uma postura mais independente

ou incisiva, e sim a uma cobertura mais amena e pouco controversa. O resultado seria menos debate (menos vozes ou opiniões) ao invés de mais.

Há também uma objeção quanto a idéia de que o Estado deve chamar para si a função de alocar recursos no debate público. Para Robert Post, ao fazê-lo o poder público estaria tendo o poder de “criar” agendas e ser uma espécie de “curador” da esfera pública. Esta crítica não se direciona aos casos em que o Estado intervém fora da esfera do conteúdo – como, por exemplo, TVs públicas, tarifas sobre o setor privado para o subsídio de foros desprivilegiados de discussão etc. Não é de se “descartar a ação governamental destinada a suplementar ou aumentar a comunicação dentro do discurso público (...) fornecendo apoio estatal a foros para promover o debate público” (idem, p.11).

O que os críticos da doutrina da equidade não aceitam é a diminuição ou restrição de alguns discursos com base em um funcionamento melhor do debate. Contextualizando, Post e outros críticos não aceitam medidas que visem a legislar sobre a obrigatoriedade de cobertura sobre temas daquela categoria indeterminada e nebulosa – o interesse público. Muito menos aceitam que, em nome deste, se censure alguma forma de expressão. Não aceitam também categorias como direito de resposta bem como restrições aos discursos ofensivos. “(...) ela [primeira emenda] protege, como disse Holmes, até mesmo expressões que odiamos” (DWORKIN, 2006, p. 327). “Não se deve censurar nada a pretexto de a mensagem veiculada ser má ou de expressar idéias que não devem ser ouvidas de modo algum. (...) as formas de expressão que odiamos são tão dignas de proteção como quaisquer outras. A essência da liberdade negativa é a liberdade de ofender, e isso não se aplica somente às formas de expressão heróicas, mas também às de mau gosto (idem, p. 351)”.

Segundo Silva (2009), Robert Post acusa os coletivistas (ou ativistas) de só defenderem a autonomia individual apenas na medida de sua instrumentalidade para a qualidade do debate público. Ou seja, detectada, sabe se lá por quais parâmetros, a “falta de qualidade”, o Estado logo é chamado a promover alocações ou limitações para que se estabeleçam condições democráticas de expressão e imprensa:

[Post] Afirma ainda que o fato de coletivistas supostamente acreditarem que o ideal de autonomia privada é logicamente distinto da democracia pode comprometer justamente o autogoverno coletivo que pretendem valorizar, uma vez que não podemos falar nesse objetivo sem que haja cidadãos autônomos. (SILVA, 2009, p. 20)

Em embate teórico com Owen Fiss, Robert Post faz objeção à compreensão da esfera pública como uma praça de discussão, na qual as vozes de uns seriam mais fortes e mais potentes que outras; e também à idéia de um Estado que fosse um “curador” autorizado a fazer modificações na agenda de discussão da sociedade civil. Para ele, caso fosse verdade a analogia, teríamos que aceitar que as pessoas marcam reuniões e discutem sobre temas que são do seu interesse - elas têm previamente uma noção acerca do que discutir, de forma que qualquer ação do Estado tentando “promover” alguns temas em detrimento de outros, seria não só uma medida ditatorial, como também feriria as premissas majoritárias de uma democracia – defendidas pelos próprios coletivistas ou ativistas.

Vamos colocar nesta discussão também o pensamento de Ronald Dworkin. Seu pensamento não pode ser enquadrado como ativista nem como libertário. Isto porque Dworkin é historicamente ferrenho defensor de que várias temáticas hoje enquadradas no código penal (criminalizadas) ganhem proteção constitucional no sentido de legitimar tipos sociais minoritários e não alinhados ao *status quo* moral da sociedade (ex. legalização do aborto e causas de gênero e étnicas) e também de uma ação do Estado na economia visando a gerar mais igualdade material na sociedade norte-americana. No entanto, quando se trata da primeira emenda e o discurso sobre a relação do Estado e a Comunicação Social, Dworkin, usando a mesma linha argumentativa para a defesa daquelas coisas, faz uma defesa radical do livre discurso e se vê razoavelmente incomodado seja com o predomínio da Doutrina da Equidade na década de 60, seja com a interpretação contemporânea que juristas e a suprema corte tem feito do texto constitucional.

Dworkin se debruça sobre a controvérsia acerca da primeira emenda e identifica duas linhas de interpretação que denomina “justificativa instrumental” e “justificativa constitutiva”. Argumentar de forma instrumental significa dizer que a liberdade “não é importante porque as pessoas têm o direito moral intrínseco de dizer o que bem entenderem, mas porque a permissão de que elas o digam produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade” (DWORKIN, 2006, p. 319). Trata-se da “aposta democrática” e do mercado livre de idéias que, se desregulado, levará à alocação eficiente dos recursos, a saber, à verdade. É uma espécie de “aposta coletiva na idéia de que, a longo prazo, a liberdade expressão nos fará mais bem do que mal” (idem).

Repare o leitor o seguinte: as duas visões apresentadas nesta seção (personificadas nos argumentos de Fiss e Post) aceitam bem o caráter instrumental da liberdade de imprensa, só

discordando acerca dos resultados. Para Post, a regulação sobre o “mercado de idéias” teria um efeito colateral de inibir o debate; já Fiss diz que o tal mercado está funcionando mal e por isso mereceria a ação de um Estado que alocasse recursos em favor de “idéias” desfavorecidas ou desprivilegiadas econômica e simbolicamente. Pois bem, Dworkin acusa a justificativa instrumental de ser ela própria incompatível com o texto da primeira emenda, com o texto constitucional e com a própria democracia. Dworkin opta pela justificativa constitutiva:

O segundo tipo de justificação da liberdade de expressão pressupõe que ela é importante não só pelas conseqüências que tem, mas porque o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse trato essencial ou ‘constitutivo’ de uma sociedade política justa. Essa exigência tem duas dimensões. Em primeiro lugar, as pessoas moralmente responsáveis fazem questão de tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé. O Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não tem qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis. Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la. (ibidem).

A postura de Dworkin suscita várias discussões. Ao tirar da competência do “governante” e da “maioria” a legitimidade de se defenderem de algumas expressões que julgam inadequadas, o jurista está privilegiando aquela visão madisoniana do perfil que devem ter as instituições democráticas; bem como estabelecendo limites a ação do auto-governo democrático, justamente quando a “garantia institucional” alegava ser a liberdade de imprensa um pressuposto para um procedimento qualitativo da deliberação pública e da formação da vontade do povo. Ele diz que o argumento instrumental “não explica porque não se deve deixar que a maioria das pessoas imponha uma censura que ela queira e aprove” (ibidem, p. 324). Dworkin está minando o significado de liberdade de imprensa como garantia institucional, se valendo do argumento de que as instituições democráticas devem se adequar aos direitos fundamentais, e não o contrário. Com base nisso, o autor em questão sempre foi identificado com a luta por direitos civis, travada na segunda metade do século passado (a eliminação da segregação racial foi o melhor exemplo). Para ele, a decisão política de criminalizar ou censurar hábitos ou opiniões que não alteram as oportunidades políticas dos outros cidadãos, mas reprovam uma determinada prática com base no juízo de valor (preferências externas) predominante de todos os cidadãos, é uma violação da premissa que lastreia a própria concepção majoritária, a saber: a de que todo indivíduo, por seu valor moral

intrínseco, deve ser respeitado e ter suas considerações levadas em conta igualmente no processo político (voto com peso igual para todos). Assim, a criminalização de certos hábitos e opiniões – volto a dizer, que não alteram oportunidades políticas – é anti-democrática, ainda que fruto de um processo majoritário de votação:

“A decisão política, em outras palavras, reflete não apenas certa acomodação de preferências pessoais de todos, de modo a garantir a todos o máximo de igualdade possível em termos de oportunidades, mas o predomínio de um conjunto de preferências que as pessoas têm sobre o que os outros deverão fazer ou ter. A decisão mais viola que aplica o direito dos cidadãos de serem tratados como iguais. (...) O liberal, portanto, precisa de um esquema de direitos civis cujo efeito seja identificar essas decisões políticas que são antecipadamente propensas a refletir fortes preferências externas e retirar inteiramente essas decisões das instituições políticas majoritárias” (DWORKIN, 2005, p.294)

Em outro momento, Dworkin chega a defender que a doutrina “reckless disregard”, elaborada no caso Sullivan, seja estendida também às pessoas privadas. Ele alega que tal doutrina dá margem para que jornais sejam intimidados judicialmente, acarretando em altos custos advocatícios e desgaste de credibilidade no decorrer do processo.

Mas com certeza, o ponto nevrálgico em nossa discussão aqui é o resultado a que Dworkin chega ao fazer sua defesa da liberdade de imprensa através do argumento constitutivo: a primeira emenda garante a liberdade de ofender (como se depreende das citações que usamos na pág. 52). Dworkin faz uso de um argumento exposto pelo juiz Easterbrook, quando julgando caso entre a compatibilidade da primeira emenda com uma lei municipal de Indianápolis que proibia distribuição e veiculação de material pornográfico. Essa era e é uma antiga demanda de feministas norte-americanas que acreditam que a pornografia (principalmente as mais violentas e excêntricas) contribuem para o estímulo de práticas de estupro e causam impacto negativo sobre a visão da sociedade sobre as mulheres. É um argumento embasado naquilo que chamamos anteriormente de “reconhecimento social”. As feministas fazem questão de dizer que o motivo da lei não se dá pela desqualificação moral do material pornográfico, mas sim pelos impactos negativos que ele causa ao público (justificativa instrumental). Cientificamente, não há provas de que pornografia estimula estupros. Também é difícil dar uma empiria à questão do reconhecimento social. Mas o juiz Easterbrook, acompanhado por Dworkin, foi mais longe:

Porém, o voto do juiz Easterbrook, relatado em nome do sétimo tribunal Itinerante, partia hipoteticamente do pressuposto de que a pornografia de fato tinha conseqüências afirmadas pelos defensores da lei municipal. Easterbrook disse que mesmo assim os argumentos favoráveis à lei não convenciam, uma vez que a

liberdade de expressão tem o objetivo de deixar que a disseminação das idéias tenha as conseqüências que possa vir a ter, sejam elas quais forem, e tenham até mesmo conseqüências nocivas para a liberdade positiva. (DWORKIN, 2006, p.355)

Ao reconhecer a potencialidade de “conseqüências nocivas para a liberdade positiva”, Dworkin está tratando daquilo que denominamos “reconhecimento social” que alguns grupos ou idéias necessitam e reclamam perante a comunidade; e também quanto à problemática que Fiss relacionava ao “efeito silenciador do discurso”. Mas parece que Dworkin simplesmente diz que nada pode ser feito. E caso houvesse alguma possibilidade, ainda sim nada deveria ser feito, já que a primeira emenda não visaria o controle de conseqüências das mensagens – sendo exceção apenas o “*clear and present danger*” (perigo claro e imediato).

É contra esta visão que Owen Fiss abre fogo. O problema do discurso racista, do livre financiamento de campanhas e dos defensores da livre pornografia é que seus efeitos práticos - longe da teoria constitutiva e seu alto grau abstrativo e axiológico – consistem em gerar um ambiente de hostilidade no qual o debate se torna quase impossível, dado que as ofensas teriam o poder de silenciar (às vezes expulsar) determinadas manifestações.

Porém, até contra o tal efeito silenciador ou deturpação do reconhecimento social Dworkin faz objeções:

Porém, não existe contradição nenhuma em insistir em que toda idéia deve ter a possibilidade de ser ouvida, mesmo aquela que tem por conseqüência fazer com que outras idéias sejam mal compreendidas, desconsideradas ou mesmo silenciadas, na medida em que os que poderiam expressá-las não controlam sua própria identidade pública e portanto não podem ser vistos pelos outros como gostariam de ser. Sem dúvida essas conseqüências são muito indesejáveis e devem ser combatidas por todos os outros meios autorizados por nossa Constituição. (idem, p.357).

É difícil discordar desta proposição Dworkiana de que as pessoas não têm controle sobre a imagem que as outras pessoas têm delas (e isto vale também para grupos sociais). No entanto, esta argumentação não é suficiente para a conclusão de qualquer coisa parecida com o direito de ofender; ou o direito de fazer críticas desproporcionais se valendo de valores que não são constitutivos.

A argumentação libertária e a de Dworkin se gabam de serem representantes da melhor tradição do pensamento liberal. Valem-se de todos os argumentos possíveis para que não se dê ao Estado a oportunidade de solapar a autonomia individual. No entanto, o tipo de sociedade civil que têm em mente está mais para qualquer coisa bárbara e selvagem do que

para uma sociedade fundada num contrato social entre seres humanos livres e iguais que, de bom grado, abrem mão da selvageria e do risco do estado de natureza em troca de uma liberdade civil fundada no império da lei:

A perspectiva que alimenta Buckley e Lochner [históricas decisões anti regulatórias da suprema corte] costuma ver-se a si mesma como tributária de autores associados à defesa da limitação da soberania e da dispersão do poder, como Locke e Montesquieu, por exemplo. Mas parece-nos que não podemos encontrar neles a indiferença e a desconsideração lochnerista para com o exercício privado de poder. Stephen Holmes procura desmentir rasgos anti-estatistas em ambos os autores. Para ambos, a anarquia é tão ameaçadora para a liberdade quanto a tirania. Não é só em Hobbes que a sociedade civil, é “civilizada” pelo Estado. A marca da filosofia política moderna, ousamos dizer, é a consciência de que um Estado fraco expõe seus súditos a toda sorte de gangsterismo. Dessa forma, o Estado moderno (bem como as teorias políticas que o justificam) nasce contra o exercício privado do Poder. (SILVA, 2009, p.17)

Uma comunidade sem governo é uma comunidade à mercê de opressores privados” [Holmes]. A estrita não-interferência estatal tem como resultado não apenas livre competição, mas a incapacidade dos indivíduos de defenderem-se a si mesmos. É por isso que não podemos atribuir a Locke nem a Montesquieu, sem o risco de cometer uma grande distorção, uma estrita e exclusiva defesa da liberdade como não-interferência estatal, pois ela entitula os indivíduos ao direito de procurar proteção do Estado – vinda através de ação “positiva” - contra danos causados por terceiros. (idem, p.18)

Só poderíamos dar razão para Dworkin e seu direito de ofender, caso reconhecêssemos o absurdo de que ofensas não causam danos a terceiros. Aliás, à título de contextualização, no século XVII, quando Thomas Hobbes dissertava acerca de um contrato social que funda o poder do Estado perante a sociedade, ele tinha como contexto social uma Inglaterra mergulhada em conflitos religiosos onde cristãos não só se ofendiam, mas promoviam conflitos generalizados, sendo o derramamento de sangue em nome da intolerância religiosa coisa corriqueira. Se não foi para estabilizar a sociedade contra esta situação que o Estado Moderno e a lei surgiram - e isto serve também em uma explicação do Contrato cunhado por John Locke, que aliás tem por obra clássica uma “Carta acerca da Tolerância” -, então o Ocidente não tem do que se gabar quanto ao modelo de Estado e sistema de governo democrático de que tanto se orgulha a tradição liberal (a qual Dworkin se diz pertencer). Seríamos apenas uma versão mais sofisticada da opressão do mais forte e da “guerra de todos contra todos”. E de forma dissimulada apelidamos isso de qualquer signo bem intencionado, tais como “liberdade civil”, “autonomia individual”, “democracia” ou qualquer outro termo que justifique a tirania (privada ou pública). O direito de ofender é a própria barbárie. É a

própria selvageria de uma sociedade pré civil. É lógico que é difícil distinguir entre crítica e ofensa. Mas abster-se da regulação é legitimar o caos. É legitimar os “danos aos terceiros”, os quais queriam evitar os contratualistas modernos.

Silva (2010) traça alguns parâmetros acerca de um ambiente político adequado para a participação das minorias. Para a formação de tal ambiente faz-se necessário instituições que reforcem premissas de igualdade política e moral dos participantes. Do contrário, as minorias tendem a se isolar - o que pode comprometer de alguma forma a estabilidade dos procedimentos democráticos e até a própria justificativa da democracia. O autor elabora a seguinte questão: “O Estado viola a neutralidade ao penalizar os cidadãos que expressam rejeição à idéia de igualdade humana fundamental?” (ibdem, p.08). O argumento do autor segue a mesma linha de Owen Fiss e a “dinâmica silenciadora”. No entanto, faz a distinção fundamental entre um tipo de discurso ofensivo-argumentativo e o ofensivo-não argumentativo. Depreende-se que quando determinados valores são expressos publicamente de forma não violenta e tentando se estruturar argumentativamente e se abrindo a objeções contrárias, tal expressão não deve ser denominada ofensiva. Ao contrário, quando a manifestação é não argumentativa e tem intuito meramente calunioso e difamador, não tentando nem um argumento compatível com outros valores socialmente aceitos, caracteriza-se a intolerância. Para o autor não é uma questão de conteúdo e sim de estilo de expressão. O que se deve coibir é o abuso da expressão. As pessoas não são obrigadas a concordarem com os princípios igualitários que norteiam um Estado Democrático de Direito, mas não tem autorização para usar um direito (disponível através destes mesmos princípios) para infligir danos a outros.

Contra Ronald Dworkin, Silva (2010) usa a própria lógica constitutiva para expor o porquê de não haver um direito de ofender e o porquê de o Estado dever penalizar o abuso (ofensa) da liberdade de se expressar:

O problema desse argumento de Dworkin é que ele ignora a possibilidade de que algumas expressões de ódio podem causar danos às suas vítimas. No caso dessas expressões que causem dano a minorias, tratar os responsáveis pela expressão como sujeitos morais responsáveis pode significar fazê-los responder pelo dano que causem (SILVA, 2010, p.14)

Assim, se o que Dworkin quer é que o Estado trate seus cidadãos como adultos moralmente responsáveis, então assim ele o fará quando punir todos aqueles que, no uso de

sua livre expressão, abusarem, recorrendo a insultos e a violência simbólica, menosprezando qualquer padrão argumentativo e zombando da própria dignidade humana que supõem serem portadores todos os cidadãos.

Contra a assertiva da suprema corte norte-americana de que ao reprimir o discurso de ódio o Estado estaria tratando de forma diferente tolerantes e intolerantes (ver pág.50): É este o seu dever de justiça. Ele assim o faz ao diferenciar pessoas idôneas de criminosas, contribuintes assíduos de sonegadores. Enfim, a justiça e o Estado Democrático de Direito não tem qualquer compromisso quanto aos intolerantes que abusam de sua posição. Ninguém é obrigado a concordar com os princípios constitutivos (do mesmo jeito que ninguém é obrigado a concordar com a quantidade de impostos cobrada por determinado governo), mas as práticas cotidianas civis ou estatais que colidem com eles devem receber atenção e tratamento do poder judiciário.

Esta é a premissa amplamente aceita pelo Direito Constitucional contemporâneo de que direitos e garantias fundamentais valem também, na medida do possível, nas relações entre particulares/civis (PESSOA, 2009). Os direitos trabalhistas nas relações privadas são a maior prova de que até relações privadas devem ter como pano de fundo legitimador princípios consagrados constitucionalmente. E o reconhecimento da dignidade humana como princípio maior (e Dworkin reconhece isso!) autoriza o total descompromisso da proteção judicial com os intolerantes. Em suma, é possível deduzir a tolerância da própria dignidade humana. Vale enfatizar, entenda-se por intolerância as práticas de expressão abusivas e desarrazoadas, e não a simples convicção contrária a uma determinada opinião ou visão de mundo (seja ela majoritária ou minoritária).

Para encerrar, mas sem exaurir as possibilidades argumentativas do assunto, concordamos com Dworkin acerca da necessidade de uma defesa constitutiva da Liberdade de Imprensa e da própria democracia. As justificativas instrumentais (“garantia institucional”, por exemplo), só serão válidas quando compatíveis com os princípios de uma sociedade democrática. Isto vale para a atividade legisladora do Estado sobre a Comunicação Social. No entanto, Dworkin foi longe demais e tentou defender a barbárie (a liberdade de ofender). Deve se reconhecer também a atualidade da crítica de Robert Post quanto aos riscos regulatórios acerca da livre imprensa. No entanto, a sociedade (e seus representantes congressuais) não podem se deixar vencer pelos riscos quando a prática civil cotidiana ou estatal estiver colocando em risco os princípios constitutivos da democracia. Com Owen Fiss (e também

com o próprio Dworkin), entende-se que o Estado pode, às vezes, promover ou subsidiar determinadas posições (opiniões ou visões de mundo) de forma a fomentar mais diversidade na esfera pública. Isto porque, tanto para os que vêem ou não a comunicação social como um mercado de idéias, a diversidade faria sempre mais bem que mal. Fiss (2005) defende que a ação positiva do Estado extrapole a dimensão regulatória (neutra quanto ao conteúdo) e se dê também de forma alocativa (promoção de novos espaços de expressão). Defende ele também a distinção substancial quanto à ação do Estado: barrar concepções majoritárias (tolerância) é diferente de promover discursos minoritários (diversidade). O Estado que pune a intolerância está em função regulatória. O Estado que concede espaços para expressão (rádios, TVs etc.) está em função alocativa. Não se pode cobrar uma unidade axiológica que lastreie duas atividades de caráter diferenciados. Apenas pode se dizer que uma e outra (tolerância e diversidade) são compatíveis com o que há de mais democrático nos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito. Enquanto a tolerância deve ser positivada no ordenamento jurídico, a diversidade se apresenta como um mandado de otimização em relação à Comunicação Social.

3.2 - o debate no Brasil: Lei de Imprensa e Controle Social

É difícil transpor as questões que se passam no debate norte-americano para o caso brasileiro porque, apesar de termos instituições políticas similares (presidencialismo, bicameralismo, controle de constitucionalidade etc.), nosso ambiente de discussão e nossos problemas são outros. A Constituição de 1988, como explicado no capítulo anterior, tratou de forma bem mais aprofundada o caso da liberdade de expressão e de imprensa. Temos em sede constitucional o direito de resposta e o resguardo do sigilo da fonte. Aqui, nosso problema é quanto ao caráter da legislação infraconstitucional sobre o assunto.

Antes de entrarmos nisso, vale lembrar o que já expomos em outra parte deste trabalho: já estão assegurados o direito a honra, a imagem e a privacidade, com indenizações proporcionais ao agravo. Isto vale também para o direito de resposta. Ficando ao legislador ordinário apenas a tarefa de definir procedimentos adequados ao exercício de tais direitos. Vale ressaltar que, no Brasil, qualquer argumento dizendo que o direito de resposta infringe a liberdade de expressão (ou, como no caso norte-americano, “o direito de não ter palavras indesejadas em sua boca”) não procede, posto que como o próprio nome diz: é um direito, não uma sanção (CARVALHO, 2004). O recorrente, além de conseguir direito de resposta, pode ainda pleitear reparação judicial por danos a sua personalidade.

O debate sobre liberdade de Imprensa esquentou em 2009, quando o STF julgou a lei de Imprensa, editada em 1967 durante o regime militar, incompatível com a Constituição de 1988. A lei 5250 tratava de matérias como direito de resposta e de questões penais envolvendo a atividade jornalística. Este diploma legal foi excluído por inteiro, sendo alegado pela maioria dos ministros tratar-se de um texto que em seu todo era maior que as partes, de forma a não salvar-se nada (nenhum dos artigos), acompanhando voto do relator Ayres Brito e do ministro Menezes Direito:

Vê se, portanto, que do ponto de vista científico a liberdade de expressão integra necessariamente o conceito de democracia política, porquanto significa uma plataforma de acesso ao pensamento e à livre circulação de idéias. Mas essa liberdade vista como instituição e não como direito, divide o espaço constitucional com a dignidade da pessoa humana, que lhe precede em relevância pela natureza mesma do ser do homem, sem a qual não há nem liberdade, nem democracia. Mas esta precedência não significa que exista lugar para sacrificar a liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas. (voto Ministro Menezes Direito).

Neste trecho, Menezes Direito chega a conclusões parecidas com as deste trabalho na seção anterior. Ele submete o instituto da liberdade de imprensa a um significado condizente com o princípio da dignidade humana, e só depois disso deixa-lhe espaço para ser uma garantia institucional fundamental para o funcionamento da própria democracia.

Como explica Pessoa (2009), versando sobre a ADPF-130, que extinguiu definitivamente a antiga Lei de Imprensa, os ministros alegaram que a técnica legislativa usada na lei era agressiva e tinha por função mais intimidar a atividade jornalística do que defender direitos constitucionais consagrados. Aquela lei destinava-se a se conformar com a ordem vigente da época. No estudo prévio feito pelo ministro Ayres Brito, verificou-se que estavam em curso no judiciário vários processos que se valiam da lei 5250 para cometer abusos contra a assertiva constitucional de que a liberdade de imprensa só será coibida por algum outro dispositivo constitucional. A autora ainda destaca que estão em trâmite no legislativo vários outros projetos de lei acerca da imprensa. Os críticos (geralmente da própria imprensa) alegam ser inócua uma nova legislação já que os preceitos constitucionais relativos à imprensa têm aplicação imediata. Esta crítica não procede, já que a Constituição apenas estabeleceu direitos, sem regulamentar suas formas de uso. Esta situação tem por risco produzir decisões judiciais não uniformes, levando, em certos casos, a abusos e incongruências dos juízes de primeira instância. Uma lei infraconstitucional traria mais uniformidade na aplicação da Constituição pelo judiciário (e isto foi reconhecido por vários ministros do supremo, inclusive os que votaram contra a antiga lei de imprensa)

No entanto, vale aqui (como fizemos na seção anterior), tentar interpretar de forma mais generalizada o que significa a liberdade de Expressão e de imprensa em nosso ordenamento jurídico e perante nossas próprias instituições políticas. Binjenbojm (2005) afirma que em nossa Constituição há um verdadeiro objetivo de estabelecer algo parecido como a “doutrina da equidade”:

A Constituição de 1988 proclama, logo em seu art. 1º, como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil o pluralismo político. Dada a sua condição “fundante” da ordem constitucional, o pluralismo político deve ser compreendido em seu significado mais dilargado, alcançando não apenas o espectro político-partidário, mas todas as concepções e idéias que tenham relevância para o comportamento político coletivo. Por outro lado, como norma-princípio que é, espalha seus efeitos por toda a Carta, condicionando a interpretação dos demais dispositivos e clamando por concretização, conforme as circunstâncias, no maior grau possível. Constata-se assim, desde logo, que a regulação dos meios de comunicação de massa, à vista de seu poder e sua influência na constituição do discurso público, deve pautar-se pela promoção do pluralismo em sua acepção mais ampla e, sempre que possível, de modo a alcançá-lo em sua plenitude. (BINENBOJM, 2005, p.17)

No trabalho em questão, o autor chega a diferenciar a “Liberdade de” da “liberdade para expressão”, alegando que o constituinte, ao destinar um capítulo da Constituição à Comunicação Social (descrito no capítulo anterior), não tinha em mente um setor desregulado nem qualquer coisa parecida com a interpretação libertária da primeira emenda norte-americana. Aqui, nossa Constituição deixou claro que nenhuma lei restringindo a expressão ou a imprensa deveria ser editada, “observado o disposto nesta constituição” – assegurando que os direitos de personalidade, direitos de resposta e direito à informação são verdadeiros limites coexistindo harmonicamente com a liberdade consagrada.

No entanto, há uma interpretação estranha do direito à informação. Binenbojm (2005) se alia à tese de Carvalho (1994), para o qual a sociedade tem um direito difuso a informação verdadeira. Para tanto, os autores também “transindividualizam” o direito de resposta. Para eles, a informação inverídica traz danos a coletividade como um todo e, assim, ao próprio procedimento do debate público. Se entendido o direito de resposta como direito individual, só a pessoa prejudicada poderia ir à justiça buscar reparação. Alegam, porém, de forma correta, que o direito de resposta tem uma função democrática e deliberativa, devendo assim estar disponível a qualquer cidadão lesado no seu direito fundamental de ser informado (usando o instrumento da ação civil pública). O autor alega que a legislação espanhola já é assim.

Que o direito à informação existe é ponto pacífico (art. 5º, XIV). Agora, dizer que existe um direito à verdade é colocar a atividade jornalística num patamar mais rigoroso do que os processos judiciais. Carvalho (2004) alega que a liberdade de expressão (filosófica e crença) não exige verdade, já a liberdade de imprensa (fatos e notícias) exige o compromisso com a verdade. O autor nem se quer faz diferenciações entre notícia e opinião. Muito menos faz uma investigação dentro da própria categoria “notícia” - na qual há um sem número de possibilidades que nem sempre são factuais. E ainda por cima, cai em contradição grotesca: “Outra utilidade [do direito de resposta] é a preservação da verdade. Exercida a resposta, ao leitor ou expectador se oferecem, pelo menos, duas versões do fato, o que certamente concorrerá para a formação livre de sua convicção sobre o assunto objeto da notícia” (idem, p.73). Ora, como se preserva a verdade com duas versões do fato? Se há duas versões é porque se admite não haver uma verdade intrínseca dos fatos. No entanto, a tutela do judiciário no direito de resposta se dá justamente quando de provas de que a informação veiculada não é verdadeira; e o juiz descobre isso através de um processo civil como outro

qualquer. O direito de resposta não é para se ter duas versões. É justamente para que a versão mentirosa seja desacreditada perante a audiência. Os autores confundem pluralismo, verdade, notícia, opinião etc. A idéia de um direito de resposta “transindividual” pode até ser aceita como forma de fomentar o debate e a busca por qualidade na informação. Já a idéia de que existe um direito a verdade é sem cabimento e demandaria dos jornalistas um poder hercúleo de investigação jornalística e filosófica. Nesta concepção, a liberdade de imprensa só deve ser exercida pelos bons jornalistas. Contra isso, Eugênio Bucci, renomado jornalista e professor, ensina a fraqueza de tal posição:

A célebre Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que impediu os congressistas de legislarem contra a liberdade de imprensa, data de 1791. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França, com sua defesa da livre comunicação das ideias como um dos direitos "mais preciosos" do homem, é de 1789. Naquela época, tanto na América como na Europa, praticamente inexistiam jornais equilibrados, desapaixonados, imparciais, oportunos etc. Na América, havia publicações abertamente militantes, partidárias, que não hesitavam em recorrer à calúnia sanguinária. Em Paris, os filósofos e seus devezenquandários não redigiam noticiários isentos; empenhavam-se no proselitismo e na apologia do novo regime, que celebrava o individualismo, a propriedade privada e a guilhotina. A História ensina que, nos Estados Unidos e na França, a conquista da liberdade de imprensa não veio para premiar jornalistas bem comportados, mas para garantir ao cidadão o direito de dizer o que bem entende, no tempo que quiser. A liberdade não foi o coroamento da ética jornalística, mas o seu pré-requisito: a ética de imprensa só se pode desenvolver em liberdade. Com o tempo, o jornalismo melhorou, ao menos um pouco, e a democracia se aperfeiçoou, estabelecendo formas de punir os excessos e os abusos da liberdade. Mas, atenção, o julgamento e a punição dos erros ocorrem depois que os erros são publicados; o direito fundamental que todos temos de publicar aquilo que pensamos não pode ser violado, não pode sofrer cerceamentos por antecipação. (BUCCI, 2010)

Infere-se que a legislação sobre imprensa deve punir os abusos e não a qualidade em si. Aliás, não há qualquer parâmetro razoável para se medir qualidade, de forma que a melhor saída é criar instituições que favoreçam a diversidade, entendendo-se esta como algo que se relaciona com a própria qualidade. Como defendido na seção anterior, tal favorecimento à diversidade é compatível com a prestação positiva do Estado no que se refere à Comunicação Social, sendo imunizados os conteúdos não abusivos.

Mas ainda há outro argumento em relação a compatibilidade da regulação da mídia e o sistema democrático de Direito que julgamos ser imprescindível a esta exposição. Sarmiento (2007) defende algum tipo de normatização sobre as práticas que envolvem as atividades dos veículos de comunicação não com base em uma resolução de conflitos entre emissores e receptores, mas sim com o argumento de que os veículos de comunicação de massa são o

ambiente estrutural onde se dão as práticas comunicativas contemporâneas. Não se trata de conceber a mídia como portadora de algum direito. A mídia é uma instância – uma estrutura tecnológica que provê aos seus usuários a possibilidade de exercer uma comunicação diferente daquela do tipo “face a face”. Ainda sim se trata de uma prática intersubjetiva de entendimento entre as partes. Deve-se frisar: a mídia (os veículos de comunicação) não é uma das partes. Ela é o ambiente que faz fundo à Comunicação Social. À título de analogia com a praça de discussão de que falava Robert Post (na seção anterior): o direito de livre expressão se destina às pessoas, aos frequentadores da praça. A praça em si não tem direito de se expressar. Aliás, é bom que a prefeitura regulamente o bom uso da praça, impedindo arruaças, o uso de meios desproporcionais que inviabilizem a conversa entre outros usuários, um horário limite para a presença de crianças etc. Enfim, a legislação deve garantir alguns procedimentos formais, deixando o conteúdo a cargo dos cidadãos. Mas de forma alguma legislar sobre o uso adequado da praça é incompatível com os direitos que os cidadãos têm. O argumento de Daniel Sarmento, com algumas diferenças, vai nessa linha de raciocínio:

Além da questão do poder, esta duplicidade de regimes decorre também da diferença entre os próprios papéis desempenhados na esfera comunicativa: o indivíduo é um emissor e receptor de mensagens, enquanto os veículos de comunicação de massa são, além de emissores, os principais fóruns de discussão no mundo moderno. Por isso, faz sentido obrigar que uma rede de televisão, no seu papel de fórum de debates, proporcione a cobertura adequada de todos os pontos de vista relevantes em tema de interesse público por ela abordado, mas seria absurdo exigir que um orador envolvido numa discussão qualquer tivesse que trazer à baila todas as posições a propósito do assunto, já que ele não é fórum, mas apenas partícipe do diálogo. (SARMENTO, 2007, p. 32,33)

Entendidas as relações dessa maneira, fica mais claro o propósito e a necessidade de uma regulação infraconstitucional acerca da Comunicação Social. Isto porque as frequências de Rádio e TV são concessões públicas, cabendo ao Estado uma legislação que garanta o uso adequado desses bens públicos. No entanto, o simples fato de serem concessões públicas não necessariamente permite a conclusão de que é compatível com a própria liberdade de imprensa algum tipo de ingerência em matéria de conteúdo.

E é justamente deste fato que, já no capítulo anterior, apontamos os problemas quanto à regulamentação do artigo 221 da CF. O artigo claramente afirma que a programação das emissores de Rádio e TV atenderão a alguns princípios: (I) preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; (II) promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; e (III) regionalização da

produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei. Vê se que o objetivo do constituinte ao direcionar a emissão para a preferência por finalidades educativas e culturais e pedir por regionalização da produção é claramente promover a diversidade em um país socialmente diverso.

Porém, de 1988 até hoje, nosso país tem passado por diversas transformações e as demandas sociais atuais são outras: causas ambientais, o problema das drogas entre jovens, a homossexualidade e inúmeras manifestações culturais e comportamentais que não se ligam a uma região determinada do país e ainda sim clamam por expressão e reconhecimento. Segundo nossos parâmetros de tolerância e diversidade - indissociáveis do princípio da dignidade humana (art. 1º, III) – todas essas demandas já têm proteção constitucional. Isto não significa que tais demandas serão atendidas pelo legislativo ordinário, mas significa que sua expressão e a própria cobertura adequada (do jornalismo, documentários, programas de entretenimento) dos veículos de comunicação não podem ser restringidas com base no último inciso do artigo 221(omitido acima de forma proposital): respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Não estamos dizendo que o inciso é inconstitucional. A boa doutrina constitucional reza que a Constituição é um todo harmônico cabendo ao intérprete apenas promover tal harmonia no caso concreto. Assim, o inciso IV do artigo 221 deve ser interpretado à luz do compromisso do nosso próprio ordenamento jurídico com a tolerância, a diversidade e a não discriminação (art.3º, IV). Qualquer interpretação contrária estaria indo na direção daquele raciocínio de Dworkin no qual há espaço para a lesão e para a ofensa simbólica de grupos e visões de mundo excluídos.

Outra questão importante que tem sido debatida no Brasil, ainda que de forma pouco ampla, é a do Controle social da mídia. Não nos aprofundaremos nesta questão porque a definição do que vem a ser tal controle é escassa. No entanto, segundo o III Plano Nacional de Direitos Humanos, trata-se de estabelecer mecanismos de controle para que sejam respeitados direitos humanos na mídia. Se for só isso então a idéia está de acordo com nossos princípios de Tolerância e Diversidade.

No entanto, até pelo vocábulo “controle social”, passa-se a idéia de que seria uma espécie de controle de conteúdo que a sociedade poderia fazer sobre os meios de áudio-difusão (TV e Rádio). Para que nossos comentários não fiquem muito vagos, vamos fazê-los

em cima das palavras daquele que talvez seja o maior crítico da grande imprensa no Brasil e maior defensor do controle social, o professor Venício de Lima (UNB):

Na sociologia, o conceito de controle social é muito próximo da idéia de padrões culturais ou regras de conduta ou conjunto de normas que "guiam e constroem os indivíduos em suas relações com os outros membros da sociedade". Alguns tipos de controle social são os costumes, a opinião pública, a religião, a moral e a educação. Na teoria funcionalista, o controle social dos "desvios" permite o reequilíbrio permanente do sistema social, enquanto na sociologia do conflito ele serve a interesses de classe. (LIMA, 2010)

(...)

Na ciência política contemporânea, por outro lado, a idéia de controle social aparece associada à descentralização administrativa e a formas de democratização da gestão pública. A palavra, em inglês, *accountability* é a que mais se aproxima do conceito. (idem)

(...)

A idéia *accountability* como controle social foi um princípio inserido na Constituição de 1988 que vem sendo adotado, com relativo sucesso, em vários setores de políticas públicas, sobretudo na educação e na saúde. Nestes setores, a idéia está totalmente incorporada e fala-se de controle social da educação ou de controle social da saúde sem que ninguém tenha dúvidas de que se trata de um mecanismo democrático de gestão que funciona normalmente no estado de direito. (ibidem)

Logo de cara o leitor deve ter percebido que o “controle social” pelo viés sociológico é tudo aquilo que condenamos - apoiados por uma teoria de democracia que se funda no princípio da dignidade humana contra a qual nem a maioria, nem os costumes, nem a moral vigente pode se sobrepor. Já o controle social como “accountability” nos parece uma razoável idéia que tem como meta fiscalizar a ação do governo quanto às políticas públicas em Comunicação.

A tradução mais próxima de *accountability* é a expressão “prestação de contas”. Mas a idéia do professor Venício parece desvirtuar um pouco o sentido original. Geralmente o mecanismo citado – desenvolvido conceitualmente pela *political science* norte-americana – é usado para que se gere transparência na administração pública. Aqui, parece que o mecanismo seria aplicado sobre emissoras de rádio e TV que - ainda que concessionárias públicas - são empresas privadas. Ainda sim, não haveria problemas a aplicação do mecanismo. O problema é a aplicação mecanismo sobre o exercício de direito fundamental consagrado constitucionalmente. É infeliz a analogia ao sistema de saúde e educação: apesar de importantíssimas, saúde e educação - enquanto serviços públicos - são prestações positivas do Estado; já a liberdade de expressão e direitos de personalidade são garantias fundamentais. Educação e Saúde são direitos sociais que dependem, para sua concretização, de uma

prestação eficiente e sistemática do Estado. Isto significa que tais direitos só se compreendem pelo significado da “garantia institucional”, enquanto a liberdade de imprensa é mais ampla, tendo significado relacionado primeiro a um direito subjetivo e depois complementado pela sua função institucional (conforme debatido na seção anterior).

Ou seja, *accountability* é uma prática administrativa, um determinado desenho institucional específico. Poderíamos atribuir tal função de “controle social” ao Conselho de Comunicação Social (previsto no art. 224), atualmente desregulamentado, podendo aqui formular algumas diretrizes ao desenho institucional de tal órgão.

Miguel (2001) propõe legislação que coíba e desfaça o amplo oligopólio que se estabeleceu nas Comunicações no Brasil. A proposta tem base no artigo 220 da CF. Vale lembrar que outorga e renovação das concessões de rádio e TV são de competência do Poder Executivo, com apreciação posterior do Senado. Binenbojm (2005) recomenda que o órgão regulador seja autárquico (independente do governo), composto por vários representantes dos setores envolvidos e da sociedade civil; suas deliberações devem ser tomadas após audiências públicas; e em hipótese alguma deve haver *ex ante* de material audiovisual. “A regulação deve ter como norte o robustecimento do debate público e o incremento do grau de inclusividade do acesso aos meios de comunicação social” (idem, p. 21). Sarmiento (2007) destaca que a regulação deve, em conformidade com a Constituição, ter amplo acesso jurisdicional; ou seja, as partes envolvidas podem ir ao judiciário caso insatisfeitas com a decisão do órgão regulador. Recomenda também somente o controle *a posteriori* e independência em relação ao governo. Esta independência, afirma, seria favorecida caso as indicações do Conselho administrativo do órgão não fossem feitas pelo poder executivo. Ele sugere a indicação por parte de entidades civis ligadas ao setor. Caso permanesse a indicação política, seria mais saudável a indicação por parte do Congresso tendo uma representatividade similar à distribuição partidária das casas legislativas.

Essa dispersão nas indicações e a tentativa de transferir a regulação a representantes da sociedade civil diminui - mas não elimina - a capacidade de captura político-partidária do órgão regulador. E seja o controle feito por representantes nomeados pelo presidente ou pelos congressistas (estes sim os verdadeiros representantes da sociedade!), seja por representantes de entidades civis, nosso raciocínio não muda: a sociedade não tem legitimidade para regular o conteúdo da expressão de ninguém. A censura da maioria ou da minoria é incompatível com o princípio da dignidade humana e suas derivações - a tolerância e a diversidade.

CONCLUSÃO

A epígrafe deste trabalho mostra a preocupação de um filósofo, na Inglaterra vitoriana do século XIX, acerca de um mal da qual sofreriam as sociedades industriais nascentes. Stuart Mill, há pouco mais de cento e cinquenta anos atrás, não estava tão preocupado com os males que um governo descontrolado e ilimitado poderia provocar sobre a sociedade – preocupação recorrente na filosofia política de sua época. Mill via um tipo de controle invisível, socialmente disperso, que com força incomensurável atingia a todos, uniformizando mentalidades e comportamentos. Chamava ele tal força de “opinião pública” – contra a qual ninguém podia, nem o próprio governo inglês.

Esta força a tudo controlava dizendo se “certo” ou “errado”. Ele admitia que as práticas sociais fossem fruto de um saber acumulado durante gerações e gerações; mas ainda sim via em todas as convenções sociais a possibilidade do erro ou da incompletude. E silenciar aquilo que era diferente ou contrário era fechar a porta do aperfeiçoamento possível a qualquer instituição humana. A defesa de Mill não era só a da diversidade, mas também a de que a impossibilidade da manifestação daquilo que a sociedade não reconhece como sendo suas práticas e seus valores priva a própria sociedade de conhecer o erro. Isto mesmo: Mill entendia que era direito de todos conhecer posições “erradas”, pois era isto que desenvolveria a maturidade das práticas sociais e, porventura, as mudaria, incorporando uma espécie de conhecimento socialmente disperso – o qual a tirania da opinião pública não aceita.

Não que Mill fosse adepto de uma livre manifestação sem restrições: “Há um limite para a interferência legítima da opinião coletiva com independência individual; e encontrar este limite, e mantê-lo contra invasão é tão indispensável para uma boa questão de condições humanas, quanto a proteção contra o despotismo político” (MILL, p.22).

E dotado desta perspectiva pluralista e ao mesmo tempo responsável quanto aos limites da expressão é que ele defende a maioria da minoria e a minoria da maioria. Uma e outra não podem se calar. E um século e meio depois, Stuart Mill ainda parece um bom ponto de partida para que construamos o significado da Liberdade de Imprensa, de expressão, de comunicação, de manifestação do pensamento – em suma, a liberdade de desfrutar de sua própria dignidade perante sujeitos de igual dignidade.

Concluimos que tal princípio se desdobra em duas interpretações acerca do papel do Estado: a tolerância como norte regulador dos conflitos sociais da esfera pública e a diversidade como objetivo da prestação positiva do Estado na Comunicação. Não há lesão de

direito nem de princípio em tal conclusão. Foi isso que Owen Fiss chamou de “ironia da Liberdade de Expressão: O Estado pode ser (e quase sempre foi) inimigo do discurso; porém, em alguns casos ele pode ser amigo da expressão e usar o poder da lei para abrir portas a manifestação cultural daqueles que não dispõem dos meios adequados para isso. E apesar de acharmos que Ronald Dworkin foi longe demais com sua “questão de princípio”, é justamente através desta postura axiológica que estabelecemos tolerância e diversidade como valores inegociáveis de nosso sistema político e de nosso sistema de Comunicação – é uma questão de princípio!

Com os “libertários” concordamos que governantes e todos aqueles que não gostam de “prestar contas” acerca do manuseio do dinheiro e do patrimônio público devem ser importunados por jornalistas dispostos a provocar debates e explicações deles perante a sociedade. Uma lei de imprensa que dê segurança jurídica ao jornalismo investigativo é bem vinda.

No mais, faremos aqui mais quatro observações sintéticas para desfazer alguns mal entendidos a que o debate sobre a liberdade de imprensa tem estado sujeito. A primeira é de que é falsa a afirmativa de que, após o julgamento do STF sobre a antiga lei de imprensa, o setor está totalmente desregulado. Esta tem sido a crítica dos insatisfeitos com a decisão. No entanto, como asseverado várias vezes no julgamento, os direitos consagrados na constituição podem ser pleiteados perante o judiciário independente de legislação ordinária.

Porém, em segundo lugar, trata-se também de desmentir a posição das grandes editoriais de que a regulação da imprensa e da comunicação social é incompatível com os princípios de um Estado Democrático de Direito. Inclinamo-nos na direção contrária. Não só é compatível a regulação como também é necessária e ainda prevista em nossa carta magna. Numa República civilizada o que existe à margem da lei não é a liberdade, é a barbárie. Como dizia Montesquieu: “A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”.

Nossa terceira observação é a de que a idéia de controle social – seja lá o que isso realmente significar – deve-se alinhar aos princípios da tolerância e da diversidade na esfera pública. E assim, dificilmente caberia a idéia de um controle de conteúdo sobre uma suposta qualidade de algumas vozes. Vale ressaltar que, em se tratando do exercício de garantias fundamentais, só são cabíveis punições e sanções impostas pelo judiciário, após o devido processo legal.

Por último, como ao final do trabalho tocamos no termo accountability (prestação de contas), vemos no jornalismo (principalmente no jornalismo investigativo) uma excelente ferramenta que se adéqua bem aos freios e contrapesos de nosso sistema político. A investigação desembaraçada teria o benéfico efeito de fazer com que nossos governantes e toda a estrutura administrativa do Estado dê satisfações aos telespectadores. Por isso, veículos de comunicação de massa são bem vindos nessa tarefa. Isto não representa aquela falaciosa idéia de imprensa como “quarto poder”. Mas, se também submissa ao império da lei, é cabível o papel cidadão de um jornalismo atento aos passos dos representantes da sociedade.

No mais, julgamos que o longo caminho percorrido neste trabalho foi necessário. Dificilmente teríamos uma noção mais esclarecida de nosso problema se não tivéssemos ido buscar em uma compreensão sociológica da esfera pública, no novo constitucionalismo do pós 2ª guerra e nas teorias democráticas contemporâneas alguns parâmetros teóricos que nos permitissem uma discussão precisa sobre como conceituar liberdade de imprensa e expressão, compatibilizando toda nossa argumentação com nossas próprias instituições políticas. Nossa passagem pelo tratamento da constituição brasileira e pelos inúmeros argumentos travados acerca daquelas poucas palavras da 1ª emenda, que tanta polêmica despertam na sociedade norte-americana, nos ajudaram a fazer algumas comparações e a compatibilizar interpretações acerca de direitos e limites de nosso objeto de investigação.

Enfim, temos ainda inúmeros problemas teóricos e práticos a resolver em nossa sociedade tão desigual. Nossos princípios de Tolerância e Diversidade podem parecer idílicos, românticos e distante das práticas cotidianas de uma terra tão cheias de cores e gostos – mas que ainda sim consegue combinar preconceito e ranços autoritários de todas as matizes políticas. Porém, foi o começo de um caminho. E, neste trabalho, o percurso percorrido foi mais importante que o resultado. Daqui, o leitor pode continuar sozinho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Saraiva, Rio de Janeiro, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil.**” IN: CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*. (2ª edição). Salvador: JusPODIVM, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 4ª. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

_____. **A era dos direitos**. tradução de Carlos Nelson Coutinho, Campus, 2003.

_____. **Estado, Governo e Sociedade**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 4ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

BUCCI, Eugênio. **Venezuela: Uma doutrina por trás da censura**. Observatório da Imprensa. Disponível em <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=604JDB019> Acesso em 18 nov. 2010.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti C. **Liberdade de Informação e o direito difuso à informação verdadeira**. – Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

CONSTANT, Benjamin. **Da Liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. In: *Revista Filosofia Política*, nº02, 1985

DAHL, Robert A. **Um Prefácio à Teoria Democrática**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1989.

_____. **Sobre Democracia**. Tradução: Beatriz Sidou – Brasília. Editora Universidade de Brasília, 2001.

DAHL, Robert A. **Poliarquia**. Tradução Celso Mario Marcionik. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2005.

DIREITO, Menezes. **Voto proferido na ADPF 130**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/adpf-130-voto-meneze.pdf> Acesso em 15. Ago 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2ª ed. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipola. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FELISBINO, Riberti de Almeida. **O cidadão na democracia de Joseph A. Schumpeter e Robert A. Dahl**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2250, 29 ago. 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13421>. Acesso em: 20 ago. 2010.

FISS, Owen. **A ironia da Liberdade de Expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Tradução: Gustavo Binenbojm e Caio Mario da Silva Pereira Neto – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOMES, W. ; MAIA, R. C. M. . **Comunicação e Democracia** - Problemas e perspectivas. São Paulo: Paulus, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler .2ª ed. Rio de janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, 2003

_____. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler.v. II. 2ª ed. Rio de janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, 2003b.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública**. Trad. Flávio R. Koethe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003c.

_____. **A inclusão do outro**. São Paulo: Editora Loyola, 2004.

HORKHEIMER, Max; Adorno, T. W.. **Dialética do Esclarecimento**. Trad. Guido Antonio de Almeida. São Paulo: Zahar, 1985

KANT, I. **Resposta à Pergunta: O que é Iluminismo?**. Lusosofia. Disponível em <www.lusosofia.net/textos/Kant_o_iluminismo_1784.pdf>

LIMA, Venício A. **Controle social da Mídia: Porque não discutir o assunto?**. Observatório da Imprensa. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=550IPB001>> Acesso em 18 nov. 2010

MAGALHÃES, Theresa C. A idéia de Liberalismo Político em Rawls: uma concepção política de justiça. In: Oliveira, Manfredo et al.(org). **Filosofia Política Contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2003, pp. 251-270.

MAULAZ, Ralph Batista de. **Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2628, 11 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17368>>. Acesso em: 30 set. 2010.

MELO, Marcus A. **Republicanismo, liberalismo e racionalidade**. Lua Nova, 55-56, São Paulo, 2002.

MIGUEL, Luis Felipe. **Cidadania e Direito à informação**. In: Comunicação & Política. Vol. VIII, nº02, pp. 191-200, 2002.

MIGUEL, Luis F. **Os meios de comunicação e a prática política**. Lua Nova, São Paulo, n. 55-56, p.55-184, 2002b.

MILL, Stuart. **Ensaio sobre a Liberdade**. Tradução: Rita de Cássia Gondim Neiva.- São Paulo: Editora Escala.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **A liberdade de expressão e sua deficiente regulamentação no ordenamento jurídico pátrio**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 31 jan. 2009. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22938&seo=1>>. Acesso em: 18 nov. 2010.

SÁ, Fernanda. **Tensões da democracia representativa**. COMUM, Rio de Janeiro, v.10, nº 10, nº24, pp. 5-28, Janeiro/Junho, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível no site: <http://www.direitopublico.com>.

SCHULZ, Rosângela. **A crise da Representação e o espaço da mídia na política**. Cadernos de Ciências Humanas – Especiaría/Universidade Estadual de Santa Cruz. v.9, n.15. Ilhéus: Editus, 2006

SCHUMPETER, Joseph. A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SILVA, Felipe. C. . **Habermas e a Esfera Pública: Reconstruindo a História de uma idéia**. Sociologia, Problemas e Práticas, v.35, pp.117-138, 2001.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. **Entre a igualdade e a equidade: o caso da Liberdade de Expressão**. In: 33º encontro nacional da Anpocs, Caxambu, 2009.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso . **Liberdade de expressão e expressões de ódio: racismo, misoginia e homofobia**. 2010. (Apresentação de Trabalho/Congresso).

STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado/ Lenio Luiz Streck; José Luiz Bolzan de Moraes**. 2. ed. Ver. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WOLF, Mauro. **Teorias da Comunicação de massa**. 2ª ed. Tradução: Karini Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

