

«O PODER É COMO O FOGO»: OS FUNDAMENTOS DEMOCRÁTICOS DA LIBERDADE DE IMPRENSA

Fernando M. Toller¹

Resumo

O presente ensaio busca discutir os fundamentos democráticos da liberdade de imprensa, procurando demonstrar que o direito à autodeterminação política – que se encontra na ideia de democracia – tem uma conditio *sine qua non*: só é factível se existem canais livres de acesso à informação pública e de expressão das opiniões.

Palavras-chave: Fundamentos democráticos; Liberdade de imprensa; Canais livres de acesso à informação pública; Direito à autodeterminação política.

«THE POWER IS LIKE FIRE»: THE DEMOCRATIC FOUNDATIONS OF PRESS FREEDOM

Abstract

This essay seeks to discuss the democratic foundations of press freedom, seeking to demonstrate that the right to political self-determination - that is in the idea of democracy - has a conditio *sine qua non*: it is only feasible if there are free channels to access public information and for the expression of opinions.

Keywords: Democratic fundamentals; Press freedom; Free channels of access to public information; Right to political self-determination.

SUMÁRIO:

1. Saber do que se trata. 2. Conhecer para controlar, base da democracia representativa. 3. “*More speech*”, ou o mercado das ideias. 4. O florescimento da personalidade. 5. Irradiações práticas dos princípios fundantes. 6. Corolários: informação para governar.

1. SABER DO QUE SE TRATA

A vida social e política é naturalmente selada pela interação. Não se vive em si e para si, de maneira solipsista, mas vive-se com outros, com aqueles com quem se colabora e dos quais se recebe apoio e ajuda. O catalisador dessa vida comunitária é a comunicação. Precisamos expressar-nos e precisamos conhecer o que os demais pensam e conhecem. Necessitamos saber o que acontece e que opinião os outros têm sobre o que acontece.

¹Professor Titular de Direito Constitucional e Diretor Geral de Pós-Graduação, Faculdade de Direito da Universidad Austral, Buenos Aires. E-mail de contato: fernando.toller@fd.austral.edu.ar. Tradução de Frederico Bonaldo, Mestre em Direito pela UERJ

Esta necessidade é tão basilar no sistema político que se encontra nos alvares mesmos da organização da Argentina como país. Com efeito, no dia 25 de maio de 1810, naquela que agora é a Praça de Maio, epicentro da vida política nacional, os habitantes inquiriram o Cabildo sobre o que estava sendo resolvido acerca da situação de acefalia e quanto aos passos em direção a um autogoverno, e tinham como lema “o povo quer saber do que se trata”. Nesse dia, surgiu daí o primeiro governo pátrio, que, poucos anos depois, derivou na declaração de independência.

Os cidadãos precisam saber o que acontece, e, sobretudo, o que os poderes do governo e outros atores da vida comum estão fazendo, o que fizeram e o que farão. E precisam saber o que isto parece a outros, bem como expressar as próprias ideias em relação ao que ocorre.

2. CONHECER PARA CONTROLAR, BASE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Essa necessidade de saber e de opinar sobre a coisa pública é a base antropológica, sociológica, política e jurídica do fundamento da liberdade de expressão mais influente dos últimos cem anos, que trata da lógica da proteção da própria democracia, e especialmente de uma democracia republicana. Este fundamento é a promoção e a tutela da informação para a população e a formação da opinião pública no sistema político, com vistas à participação cidadã na democracia, por meio do controle dos governantes e da tomada de decisões livres e informadas a todo o momento, especialmente nos eleitorais.

É que o poder é como o fogo, que, para ser benéfico, deve ser controlado, como Thomas Gordon escreveu com força e inspiração literária nas *Cato's Letters*, de enorme notoriedade nas colônias americanas e de grande inspiração no momento de sua independência:

“O poder é como o fogo; esquentar, queimar ou destrói, conforme é vigiado, provocado ou alimentado. É tão perigoso como útil. Sua única regra é o bem do povo; mas por ser capaz de violar seus limites, em todos os bons governos, nada – ou o menos possível – deve ser deixado à casualidade, aos humores dos homens constituídos em autoridade: todos devem proceder por meio de regras fixadas e estabelecidas (...). Nós temos uma constituição que abomina o poder absoluto. (...) Não há pessoas livres que alguma vez se submeterão a ele, a menos que ele as arrebate pela traição ou que sejam levadas a ele pela violência. Mas um estado nunca pode estar demasiado seguro contra esse terrível e último de todos os males humanos”².

Este alicerce da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa foi exposto magistralmente em um caso de 1927, *Whitney v. California*, pelo juiz Louis Brandeis, com a adesão de Oliver W. Holmes:

² “Letter N. 25, April 15, 1721, Consideration on the destructive Spirit of arbitrary Power”, em *Cato's Letters, or Essays on Liberty, Civil and Religious, and Other Important Subjects*, edited and annotated by Ronald Hamowy, Liberty Fund, Indianapolis, 1995, vol. 1, p. 186.

“Aqueles que conquistaram nossa independência acreditavam que no final do Estado se encontrava o homem, livre para desenvolver suas faculdades, e que nesse governo as forças deliberativas prevaleceriam sobre a arbitrariedade. Eles valorizavam a liberdade como fim e como meio. Acreditavam na liberdade como o segredo da felicidade e na coragem como o segredo da liberdade. Acreditavam que a liberdade de pensar como se quer e de falar como se pensa são meios indispensáveis para a descoberta e a difusão da verdade política; que sem liberdade de expressão e de associação a discussão seria estéril; (...) que a maior ameaça à liberdade é uma sociedade inerte; que a discussão dos assuntos públicos é um dever político; e que isto seria um princípio fundamental do governo norte-americano. Eles reconheciam os riscos a que todas as instituições humanas estão sujeitas. Mas sabiam que a ordem não pode ser assegurada meramente através da ameaça do castigo; que é perigoso desencorajar o pensamento, a esperança e a imaginação; que o medo leva à repressão; que a repressão leva ao ódio; que o ódio ameaça a estabilidade do governo; que o caminho para a segurança jaz na oportunidade de discutir livremente os supostos danos e os remédios propostos; e que o remédio adequado para os maus conselhos são os bons conselhos”³.

Este fundamento, posteriormente estudado por centenas de autores, dentre os quais possivelmente se destaca Alexander Meiklejohn⁴, é o que está por trás da ideia da imprensa como “cão de guarda da democracia”, como foi chamada pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Com efeito, nos casos de 1991 do *Observer*, do *Guardian* e do *Sunday Times* contra o Reino Unido, este tribunal apontou magistralmente que a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e que sua tutela é especialmente importante quando a imprensa está envolvida, porque esta deve poder exercer seu papel vital de custódio, uma vez que tem a incumbência de difundir informações e ideias sobre assuntos de interesse público, dado que o público tem direito a recebê-las⁵.

Nesta linha, há mais de cinquenta anos, a Corte Suprema da Argentina vem reiterando – desde *Abal c/ Diario “La Prensa”*⁶ – que sem o devido resguardo da liberdade de imprensa “existiria tão somente uma democracia enfraquecida ou puramente nominal”, e que, por isso, embora seja um direito individual, quando é consagrada pela Constituição, “protege fundamentalmente sua própria essência democrática contra todo desvio tirânico possível”.

Em suma, este fundamento faz referência a que o direito à autodeterminação política – que se encontra na ideia mesma de democracia – tem uma *conditio sine qua non*: só é factível e operativo se se proporcionam canais livres de acesso à informação pública e de expressão das opiniões.

³ *Withney v. California*, 274 U.S. 357, 375 (1927), Brandeis, J., *concurring*.

⁴ Cf. “The First Amendment is an Absolute”, [1961] *Supreme Court Review* 245-266.

⁵ Cf. E.C.H.R., *Observer and Guardian v. United Kingdom*, (1991) Series A nº 216, para. 59; *Sunday Times v. United Kingdom* (Nº 2), (1991) Series A nº 217, para. 50.

⁶ Fallos 248:291 (1960), consid. 25.

3. “MORE SPEECH”, OU O MERCADO DAS IDEIAS

Os outros dois fundamentos da liberdade de expressão estão intimamente conectados ao anterior, embora cada um deles cubra aspectos parcialmente diferentes e tenham suas próprias fortalezas e debilidades.

O primeiro fundamento formulado para sua tutela pode ser vislumbrado em outra frase de Brandeis sobre os problemas da expressão que se tornou célebre:

“Se fosse o momento de expor a falsidade e as falácias através da discussão, dever-se-ia evitar este mal por meio dos processos da educação, uma vez que *o remédio a ser aplicado é mais expressão, não o silêncio à força*”⁷.

Em última análise, trata-se da antiga e difundida doutrina do *marketplace of ideas*: que se fale mais, que se discuta mais, que se exponham as diferentes ideias, porque assim a verdade verá a luz. A ideia encontra-se nas bases do argumento da liberdade de expressão como elemento central da participação cidadã em uma democracia.

Esse primeiro princípio da liberdade de expressão foi exposto por John Milton em 1640, o primeiro teórico da liberdade de expressão (e também prático consequente, pois sua publicação em um livro sem licença real valeu-lhe a prisão), em seu célebre *Aeropagítica*⁸. A doutrina foi reiterada, de forma enormemente afortunada, por John Stuart Mill: os problemas da expressão das ideias, das opiniões, solucionam-se com mais expressões, com outras opiniões, deixando-as competir no mercado da discussão, de modo que se possa ver a verdade real a partir dessa confrontação; isto é, a pessoa é capaz de usar a razão e de diferenciar o bem do mal, o correto do incorreto, e para tanto deve poder ter acesso às ideias de seus concidadãos em um encontro livre e aberto⁹.

Jurisprudencialmente, este fundamento vira a luz na Corte Suprema dos Estados Unidos antes que Brandeis o usasse, graças à dissidência de Holmes em *Abrams v. United States*¹⁰, lugar em que este o considera como o núcleo da teoria constitucional:

“Quando os homens se dão conta de que o tempo provocou o conflito de muitas crenças, eles podem chegar a crer ainda mais nos verdadeiros fundamentos de sua própria conduta, isto é, em que o bem definitivo desejado é mais bem alcançado pelo livre intercâmbio das ideias..., em que a melhor prova da verdade é o poder do pensamento de chegar, por si mesmo, a ser aceito na competição do mercado, e em que

⁷ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 377 (1927), Brandeis, J., *concurring*.

⁸ Cf. John MILTON, *Areopagítica; A Speech of Mr. John Milton For the Liberty of Unlicensed Printing, to the Parliament of England*, London, 1644; modernamente, cf. a edição bilingue de Aubier-Flammarion, Paris, 1969.

⁹ Cf. John Stuart MILL, *On Liberty*, 1859, chap. II. Entre outras, pode-se consultar a edição da Oxford University Press, Oxford, 2008.

¹⁰ 250 U.S. 616, 630 (1919).

a verdade é o único fundamento sobre o qual seus desejos podem ser atingidos com segurança. Em última instância, esta é a teoria de nossa Constituição”.

4. O FLORESCIMENTO DA PERSONALIDADE

O terceiro dos fundamentos não perde em estirpe, pois por trás dele há diversas fontes da filosofia do homem – desde Aristóteles até Rawls, passando por Tomás de Aquino e Kant – que, a partir de diversas posições, contribuem para o mesmo. Alude à proteção da abertura e do florescimento da individualidade, que se dá mediante a comunicação aos demais daquilo que se sabe, daquilo que se pensa e do fruto da criatividade pessoal.

Este argumento faz que se considere a expressão livre como um elemento integrante necessário do direito do ser humano ao desenvolvimento pessoal e à autorrealização, tanto para que possa falar e escrever como para que possa ouvir e ler. Com efeito, o aperfeiçoamento intelectual e espiritual depende, em boa medida, de que se possam comunicar os pensamentos, crenças, atitudes e criações em matéria filosófica, política, artística etc., participando assim da discussão. Por isso, a expressão e a comunicação são bens intrínsecos, baseados na dignidade do ser humano¹¹.

Em suma, este terceiro argumento sustenta-se na razão última dos três fundamentos da liberdade de expressão: o conhecimento é um bem humano básico autoevidente, sem o qual seu desenvolvimento e aperfeiçoamento pessoal, social e político ficam impossibilitados¹².

5. IRRADIAÇÕES PRÁTICAS DOS PRINCÍPIOS FUNDANTES

O que foi dito sobre os fundamentos da liberdade de expressão – e, consequentemente, da liberdade de imprensa e do direito à informação – não é algo meramente teórico. Embora esses fundamentos não sirvam – nem em conjunto nem separadamente – para solucionar todos os problemas de justiça concernentes à liberdade de expressão, projetam-se de vários modos sobre múltiplas instituições jurídicas e elementos da inter-relação cidadã, reclamando como núcleo essencial um âmbito de abertura e liberdade que não pode ser restringido pelo Estado. Por exemplo, esses alicerces – especialmente o segundo, relativo ao controle cidadão do poder ou fundamento democrático das liberdades de expressão e de imprensa – têm manifestações

¹¹ Cf. Frederick SCHAUER, *Free Speech. A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, chaps. 3 e 4, pp. 47-72; Eric BARENDT, *Freedom of Speech*, 2nd ed., Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 14-20.

¹² A respeito, ver John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, reimpr. 1993, pp. 59-80.

concretas, protegendo a busca, a recepção e a difusão de informações e opiniões de toda índole, especialmente de matéria política:

- proibição de processos penais por desacato a governantes;
- diversos elementos de tutela das liberdades de informação e de opinião em processos por calúnia e injúria;
- operatividade do direito na solicitação e obtenção de informação governamental;
- proteção do segredo das fontes de informação;
- distribuição equitativa da publicidade oficial;
- liberdade de difusão de propostas e de críticas por parte dos partidos que não detêm o poder e proibição do uso partidário da pauta publicitária oficial;
- proibição da censura prévia administrativa;
- proibição das formas de censura indireta da expressão livre, sejam quais forem as maneiras que o poder encontra de exercê-las;
- liberdade de reunião e de manifestações pacíficas;
- regulamentações da radiodifusão que fomentem a liberdade e passem por um teste de razoabilidade;
- sanção do abuso de poder e das ameaças, em todos os modos em que essas salamandras possam estar à disposição de quem goza do exercício do governo a fim de pressionar meios de comunicação, seus dirigentes, seus jornalistas, membros de ONGs, políticos, profissionais ou simples cidadãos ...

E o catálogo pode continuar.

6. COROLÁRIOS: INFORMAÇÃO PARA GOVERNAR

O exposto sobre as múltiplas instituições e soluções jurídicas relativas à liberdade de expressão torna aconselhável voltarmos às bases sobre as quais esta liberdade foi estabelecida – especialmente quanto ao segundo fundamento, relativo à liberdade de imprensa e ao direito à informação com vistas à formação da opinião pública, de maneira a fazer possível o autogoverno democrático –, a fim de revisarmos as razões e as implicações desses alicerces. Isto poderá lançar luz sobre a justiça ou a arbitrariedade, sobre a pertinência ou sobre a impropriedade das atitudes e atuações da imprensa em relação aos governantes, bem como sobre as animadversões e ações dos governos em relação à imprensa livre.

Convém refletir sobre isto, tentando aplicar algo acertadamente formulado por James Madison, redator da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, norma em que se consagra a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, e a partir da qual se gerou o maior corpo de jurisprudência e de doutrina da história em defesa destes direitos. No tocante a isto, este coautor de *O Federalista* escrevia em uma carta de 1822¹³:

“Um governo popular sem informação popular ou sem meios de adquiri-la não é *mais* que um prólogo a uma farsa, a uma tragédia ou a ambas. Um povo que tenta ser seu próprio governante dever armar-se com o poder que o conhecimento dá”.

Trabalho enviado em 04 de março de 2014.

Aprovado em 05 de março de 2014.

¹³ James MADISON, “Letter to W. T. Barry”, August 4, 1822, en S. K. PADOVER, ed., *The Complete Madison*, Harper, New York, 1953, p. 337.