

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ELIAS JACOB DE MENEZES NETO

CONCENTRAÇÃO PROPRIETÁRIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSAS
NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

São Leopoldo

2012

Elias Jacob de Menezes Neto

CONCENTRAÇÃO PROPRIETÁRIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSAS
NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori

São Leopoldo

2012

J15c Jacob de Menezes Neto, Elias
 Concentração proprietária dos meios de comunicação de massas na
 democracia constitucional / por Elias Jacob de Menezes Neto. -- 2012.
 216 f. ; 30cm.

 Dissertação (Mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos -
 Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS,
 2012.

 Orientação: Profa. Dra. Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori.

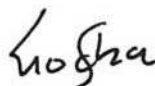
 1. Direito. 2. Liberdade de expressão. 3. Democracia constitucional. 4.
 Meios de comunicação de massas. 5. Esfera pública. I. Título. II.
 Cademartori, Daniela Mesquita Leutchuk de.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**Concentração Proprietária dos Meios de Comunicação de Massas na Democracia Constitucional**”, elaborada pelo mestrando **Elias Jacob de Menezes Neto**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 11 de setembro de 2012.



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

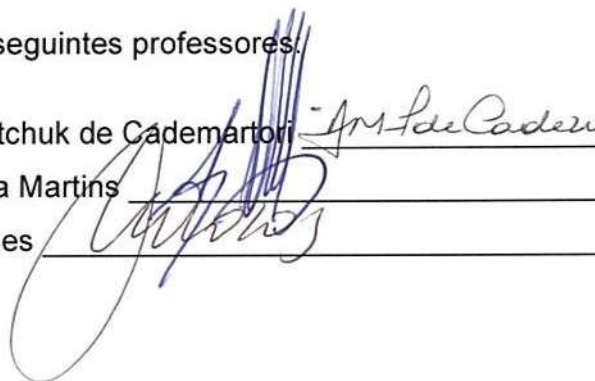
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores.

Presidente: Dra. Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori

Membro: Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins

Membro: Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes



Aos amantes das ocupações livres,
das tarefas sem importância, dos
simulacros, que de nada adiantam.

AGRADECIMENTOS

Não são necessários mais que cinco minutos de convivência comigo para perceber que sou uma pessoa com baixa tolerância para clichês – e com um limiar ainda menor para definir o que é clichê. Assim, estes agradecimentos não estão relacionados ao trabalho – que, diga-se de passagem, não foi uma estrada.

Agrade ou não, a verdade é que fiz isso sozinho. Sentei durante 450 horas na frente do computador, li outras 900 e procrastinei mais 1800 – neste último caso, trata-se de uma aproximação bastante conservadora. A única dívida que deixo, em razão da pesquisa, é com minha coluna vertebral – pela postura –, meus pulsos e dedos – pela tendinite – e meus olhos – pela agressão da tela brilhante. Como consequência, protejo dos meus eventuais deslizos as vozes que falam através de mim.

Verdade seja dita: no fim das contas, este trabalho não vale nada. O que importa, na verdade, são as pessoas incríveis que conheci e aquelas, não menos admiráveis, das quais me distanciei. Parafraseando William Ernest Henley, *I thank whatever gods may be for those unconquerable souls*:

- Meu pai, por tudo, por todo o resto e por mais um pouco.
- Minha mãe, pela mistura de fé quase ingênua e confiança quase arrogante na minha capacidade, coisa tão típica das mães.
- D. Cademartori, a quem seria injustiça e ingratidão chamar apenas de orientadora. Qualquer adjetivo iria subestimar a realidade.
- C. Grieffenhagen, P. Balsemão e J. Leal, pela enorme força quando mais precisei.
- S. Cademartori, pelas risadas valencianas e pelos ensinamentos densos como buracos negros.
- Professores que tive a oportunidade de conhecer através das disciplinas e que muito me ensinaram: T. Schiocchet, S. Vial, L. Rocha, L. Streck e, especialmente, J. Bolzan, em razão da cuidadosa leitura deste trabalho.
- I. Vedovatto, pelas agradáveis aulas disfarçadas de bate papo casual.
- Todas as demais vozes ocultas no meu discurso e nos meus pensamentos.

Na realidade, o ápice do trabalho foi tê-los conhecido e contado com vocês. **Obrigado.**

“Stay hungry, stay foolish”

(Stewart Brand)

RESUMO

A presente dissertação tem como principal hipótese a ideia de que a concentração de propriedade dos meios de comunicação de massas – *media* – é incompatível com a democracia constitucional e com os direitos fundamentais. Através da revisão da literatura, serão realizadas três análises, divididas em igual número de capítulos, sobre elementos que, tomados em conjunto, têm como objetivos refletir a respeito do papel central do quarto poder nas sociedades contemporâneas e questionar como a concentração da propriedade midiática pode prejudicar o pluralismo político e o regime democrático. Nesse sentido, o primeiro capítulo versará sobre a liberdade de expressão. Após uma breve abordagem histórica e a demonstração das perspectivas mais difundidas sobre o tema, será defendida uma proposta de direitos fundamentais derivada da teoria axiomatizada do direito, elaborada por Luigi Ferrajoli. A preferência por tal matriz teórica decorre, além do seu vínculo com o garantismo jurídico, em virtude da ênfase que ela dá à distinção entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais. O segundo capítulo irá relacionar a democracia ao exercício plural e visível de todo poder na esfera pública. Para tanto, irá contrapor duas teses sobre o regime democrático: a primeira, de Norberto Bobbio, será denominada “puramente formal”, uma vez que estabelece as regras mínimas para o “jogo democrático”; a segunda, de Luigi Ferrajoli, será intitulada “democracia constitucional” e tem como principal característica a inserção de uma dimensão substancial, relativa aos direitos fundamentais, no próprio conceito de democracia. Em ambos os casos, torna-se necessário discutir as possibilidades de formação de uma opinião pública plural, o que será feito a partir do conceito de esfera pública política, de Jürgen Habermas. O terceiro capítulo discutirá o problema da concentração proprietária dos meios de comunicação de massas e a relação entre o exercício selvagem do poder midiático e o processo desconstituente, especialmente a partir das abordagens de Luigi Ferrajoli, John Brookshire Thompson e C. Edwin Baker. Após delimitar os pontos necessários para a reformulação da indústria midiática, concluir-se-á que o controle proprietário das *media* é apenas uma das diversas maneiras de garantir a liberdade de expressão e de expandir a democracia para o maior número possível de esferas da vida.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Democracia constitucional. Meios de comunicação de massas. Esfera pública.

ABSTRACT

The main hypothesis of this work is the idea that concentrated ownership of mass media is incompatible with constitutional democracy and fundamental rights. Through the literature review, three analyses will be made in each chapter. Altogether, they aim to reflect upon the central role of the fourth power within contemporary societies, as well to question how concentrated ownership of media thwarts political pluralism and democracy. In this vein, the first chapter will focus on freedom of expression. After a brief historical and theoretical approach of the most commonly used theories, this work will use the axiomatic legal theory, by Luigi Ferrajoli, as a keystone to understand fundamental rights. This approach was chosen because, in addition to its obvious connection with the legal garantism, it emphasises the distinction between fundamental rights and property rights. The second chapter will correlate democracy to the need of visible and pluralistic forms of power within the public sphere. To do so, two ideas about the democratic regime will be opposed: firstly, the so called “purely formal”, by Norberto Bobbio, establishes minimum standards for the “democratic game”; the second, by Luigi Ferrajoli, will be named “constitutional democracy theory” since it has, as main feature, the inclusion of fundamental rights as a substantial side to the very concept of democracy. Both theories share a common urge to discuss the possibility to form a plural public opinion, which will be discussed based on the idea of Jürgen Habermas’ political public sphere. The third chapter will show the problem of concentrated ownership of mass media and the link between the exercise of media power and the ‘(de) constituent process’, especially based on perspectives of Luigi Ferrajoli, John B. Thompson and C. Edwin Baker. After proposing ideas for the reformulation of the media industry, it will be concluded that the control of mass media’s ownership is just one of several ways to protect freedom of expression and to expand democracy to the largest number of realms of life.

Keywords: Freedom of expression. Constitutional democracy. Mass media. Public Sphere.

LISTA DE TABELAS

A tipologia dos direitos fundamentais em Luigi Ferrajoli.....	32
A tipologia das dimensões da democracia em Luigi Ferrajoli	102
A divisão entre setor privado e esfera do poder público em Jürgen Habermas.....	114
A tipologia das interações humanas em John B. Thompson	135
A tipologia dos poderes em John B. Thompson.....	166

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	17
1.1 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
1.1.1 Evolução dos direitos fundamentais	17
1.1.2 Conceituação e delimitação clássica.....	21
1.1.3 Proposição de Luigi Ferrajoli para uma teoria formal dos direitos fundamentais.....	28
1.2 GARANTISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS	34
1.2.1 Garantias e garantismo	34
1.2.2 Garantismo e liberdade: a proteção dos direitos fundamentais frente aos poderes privados	39
1.2.3 Garantismo e igualdade: a diferença entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais	45
1.3 TEORIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	50
1.3.1 Fundamentação histórica e delimitação conceitual	50
1.3.2 Limitação da liberdade de expressão: <i>hate speeches</i>	60
1.3.3 Apropriação privada da liberdade de expressão	65
2 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E ESFERA PÚBLICA POLÍTICA.....	71
2.1 ELEMENTOS DA DEMOCRACIA.....	71
2.1.1 Democracia e liberalismo	71
2.1.2 Democracia e poder invisível	79
2.1.3 Democracia e pluralismo	84
2.2 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL	95
2.2.1 Delimitação conceitual	95
2.2.2 Democracia e constituições democráticas	102
2.2.3 Democracia constitucional e poder.....	108
2.3 DESINTEGRAÇÃO DA ESFERA PÚBLICA POLÍTICA INFILTRADA PELO PODER	112
2.3.1 Esfera pública: formação e delimitação conceitual	112
2.3.2 Mudanças na função política da esfera pública.....	116
2.3.3 Opinião pública e fabricação do consenso na esfera pública infiltrada pelo poder.....	121
3 CONCENTRAÇÃO PROPRIETÁRIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSAS	130

3.1 OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSAS	130
3.1.1 Teorias das <i>media</i> e peculiaridades do meio televisivo.....	130
3.1.2 <i>Media</i> , poder e mudanças na visibilidade.....	139
3.1.3 Concentração proprietária das <i>media</i>	144
3.2 PROCESSO DESCONSTITUINTE E PODERES SELVAGENS MIDIÁTICOS	152
3.2.1 Processo desconstituinte	152
3.2.2 Poderes selvagens	158
3.2.3 Ação, poderes selvagens e comunicação.....	163
3.3 REFORMULAÇÃO DA INDÚSTRIA MIDIÁTICA.....	169
3.3.1 Objetivos do controle proprietário das <i>media</i>	169
3.3.2 Pluralismo regulado e políticas regulatórias da concentração proprietária	175
3.3.3 Para além da propriedade	183
CONSIDERAÇÕES FINAIS	191
REFERÊNCIAS	202

INTRODUÇÃO

“O ser humano se diferencia dos outros animais pelo telencéfalo altamente desenvolvido, pelo polegar opositor e por ser livre”, narra a voz ao final do curta-metragem “Ilha das Flores” (1988). E continua: “Livre é o estado daquele que tem liberdade. Liberdade é uma palavra que o sonho humano alimenta, que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda”.

Se essas três características estivessem sempre em harmonia, o presente trabalho perderia o sentido, visto que sua proposta não será explicar a liberdade, mas defender a primeira delas, a razão pela qual podem ser compreendidas todas as outras: a liberdade de expressão. Para tanto, é imperioso compreender por que o poder, exercido por aqueles seres com telencéfalo altamente desenvolvido e polegar opositor, demonstrou, no decorrer da história, ser incompatível com o terceiro adjetivo da narrativa: livre. As conquistas do trabalho humano parecem associadas à dominação do homem pelo seu semelhante, sendo possível concordar com Norberto Bobbio (1997c, p. 21) quando ele afirma que aquilo que foi concebido como nobre e elevado tornou-se matéria bruta.

De Samuel Morse (1791-1872), passando por Antonio Meucci (1808-1889) e Guglielmo Marconi (1874-1937), a humanidade chegou, em 1969, à *Advanced Research Projects Agency Network* – ARPANet¹ –, que, criada dentro de instalações militares, já havia corrompido o ideal de livre informação e comunicação. Com isso, foi intensificado um processo, aparentemente sem volta, da ruptura espaço-temporal das formas de agir do homem e, portanto, do modo como exerce o poder.

Antes disso, já existiam constituições que estabeleciam os direitos fundamentais. Dentre eles, a liberdade de expressão tornou-se uma constante do regime democrático. Garantida na maioria das cartas políticas ocidentais, a livre manifestação do pensamento é, no atual contexto de rápida evolução da tecnologia da informação, *clé de voûte* da democracia representativa, sendo possível afirmar que não há legitimidade democrática sem liberdade de expressão.

A democracia requer a possibilidade do dissenso, que, viabilizado pela liberdade de expressão, é essencial ao pluralismo político. Entretanto, a crescente sofisticação e

¹ A ARPANet foi a rede de computadores criada em 1969 pelo Pentágono (EUA). Sua ideia principal era a de descentralização da informação, cujo intuito era impedir que ataques localizados destruíssem toda a rede. Durante a década de 1970, diversas universidades passaram a integrar aquela rede que, como consequência, foi dividida entre “MILNet” – hoje, “NIPRNet” –, para assuntos exclusivamente militares e “internet”, para uso público.

complexidade das formas de ser visto e ouvido pode dificultar a livre manifestação do pensamento da grande maioria, e facilitar a difusão de ideias daqueles com capacidade econômica e técnica. Os meios de comunicação de massas condicionam a efetividade da liberdade de expressão ao acesso a um dos canais autorizados de fluxo comunicativo e simbólico.

O desenvolvimento dos meios de comunicação de massas eletrônicos, com ênfase na televisão, não se limita a criar novas redes de informação, mas resulta em inovadoras formas de interação social completamente diversas, especialmente no que diz respeito ao seu espaço e tempo. As *media* eletrônicas permitem a expansão espacial e a perpetuação temporal das suas mensagens, criando novas formas de organização e ação dos indivíduos na sociedade. São instituições-chave da esfera pública política, visto que participam, com importância cada vez maior, na formação da opinião pública. Como consequência, torna-se possível referir-se a elas como um quarto poder, paralelo ao Estado, o que implica a necessidade de discutir e regulamentar sua atuação.

O poder midiático não é “essencialmente” mau, uma vez que deve ser considerada de maneira positiva a existência de forças fora da esfera estatal. Como todo poder, as *media* não podem permanecer imunes aos limites impostos legitimamente pela democracia, pois tal situação viola a essência do garantismo e, portanto, do Estado democrático de direito: o controle democrático de todos os poderes, públicos ou privados.

O surgimento de conglomerados de comunicação, problema de estudo da presente pesquisa, permite grande concentração de poder econômico, simbólico e político nas mãos de poucas instituições privadas e, portanto, a distribuição desigual da liberdade de expressão. Ao disporem de semelhante poder, os indivíduos tendem a exercê-lo fora da área de controle e regulamentação, ignorando as “regras do jogo” democrático, ou seja, atuando de maneira selvagem.

No mundo contemporâneo, os riscos à liberdade de expressão não estão apenas relacionados à clássica situação de repressão estatal. Esse direito fundamental passa a ser ameaçado pela concentração proprietária das *media*, que, em virtude da lógica econômica de acumulação de capital e do *laissez-faire*, acaba condicionando a livre manifestação do pensamento à propriedade dos meios de comunicação de massas, numa clara inversão de prioridades e distorção dos direitos fundamentais.

Uma tal disfunção reduz a diversidade dos temas introduzidos no debate público, limitando as informações disponibilizadas para a formação de opinião dos indivíduos e

possibilitando que apenas notícias do interesse dos poucos proprietários dos meios de comunicação de massas passem a fazer parte da esfera pública. Tal situação demonstra-se especialmente problemática, pois, desde a segunda metade do século XX, a maioria das pessoas depende, desde criança, das *media* – especialmente da televisão – como fonte primária de informação, de modo que tem seu desenvolvimento político, social e cognitivo drasticamente limitado pela baixa diversidade contéudística dos meios de comunicação em situação de propriedade concentrada.

Para lidar com esse fenômeno, o presente trabalho será dividido em três partes principais. O primeiro capítulo versará sobre a liberdade de expressão e, para isso, apresentará, inicialmente, considerações gerais sobre a evolução dos direitos fundamentais na história humana (1.1.1). Na tentativa de estabelecer uma resposta para a pergunta “o que são direitos fundamentais?”, trabalhar-se-ão duas perspectivas teóricas distintas: uma, denominada “teoria clássica” (1.1.2), representada, dentre outros, por Gregorio Peces-Barba Martínez e Antonio Enrique Pérez Luño; outra, que fundamentará o restante do trabalho, é fruto da teoria axiomatizada do direito (1.1.3), proposta por Luigi Ferrajoli².

A abordagem ferrajoliana move-se num nível discursivo diferente das teorias clássicas e, ao invés de tentar descrever quais são os direitos fundamentais em um determinado ordenamento jurídico, propõe uma definição estrutural para tais direitos e explica por que eles estão intrinsecamente vinculados à dimensão substancial da democracia. A grande vantagem dessa perspectiva é que, apesar de fazer referência aos direitos positivados, independe deles para estabelecer um conceito de direitos fundamentais, desvinculando sua existência da positivação de garantias para concretizá-los, cuja ausência constitui lacuna que deve ser solucionada pela legislação.

Ainda como pré-condição para a compreensão da liberdade de expressão, será demonstrada a relação entre a teoria garantista de Luigi Ferrajoli e os direitos fundamentais. Dessarte, além de clarificar os conceitos de “garantia” e “garantismo” (1.2.1), o segundo trecho do capítulo inicial demonstrará, com fulcro nos conceitos de liberdade e igualdade de Norberto Bobbio, que a perspectiva garantista é eficaz na proteção dos direitos fundamentais frente aos poderes privados (1.2.2), especialmente em virtude da diferenciação entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais (1.2.3).

² Cumpre salientar que, com o intuito de possibilitar a fluidez na leitura, todas as citações em língua estrangeira – à exceção das tabelas – serão livremente traduzidas no corpo deste trabalho. Em tais casos, constará, como nota de rodapé, a transcrição do texto original no idioma da obra consultada.

O último terço do primeiro capítulo cuidará da liberdade de expressão propriamente dita. Estabelecerá sua fundamentação histórica e delimitação conceitual (1.3.1) a partir de diversos autores – John Stuart Mill, Luigi Ferrajoli, Joseph Raz, Owen Fiss, Gregorio Peces-Barba Martínez, Noam Chomsky, Edilson Farias e outros. Em seguida, demonstrará duas possibilidades de restrição da livre manifestação do pensamento: os discursos de ódio, que, ao contrário do que propõe a teoria moral de Ronald Dworkin, devem ser limitados na democracia constitucional e a apropriação privada da liberdade de expressão, fruto da confusão entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais (1.3.3), restrição que, embora comum, é ilegítima.

O segundo capítulo irá discutir as condições de formação da esfera pública na democracia constitucional. Para isso, serão delimitados alguns elementos fundamentais do regime democrático, de modo que Norberto Bobbio, Nicola Matteucci, Robert Dahl, John Rawls, Daniela Cademartori e outros servirão como fundamento teórico para explicar a relação simbiótica entre democracia e liberalismo (2.1.1), o papel da democracia na eliminação do poder invisível (2.1.2) e a necessidade de pluralismo no sistema democrático (2.1.3).

Em seguida, será contraposto o modelo da democracia constitucional (2.2.1) de Luigi Ferrajoli, concepção que parte de uma análise dos elementos da democracia que é parcialmente distinta daquela defendida pela maioria dos autores clássicos. Para Ferrajoli, a caracterização formal, embora importante, é insuficiente para definir adequadamente o fenômeno democrático moderno e, portanto, para limitar e vincular seu conteúdo. Trata-se, pois, de uma teoria normativa que, apesar de ser amparada na experiência constitucional das democracias existentes, delas é desvinculada. Desenvolve-se a partir da análise de quatro atributos distintos da democracia: dimensão, forma, conteúdo e níveis.

Com fundamento nesse modelo, será analisada a relação entre a democracia e as constituições (2.2.2). Segundo Luigi Ferrajoli, elas podem ser compreendidas de duas maneiras: estrutural, ou seja, como estatuto de uma instituição política que nasce com o ato constituinte cujo conteúdo consiste no conjunto de normas sobre produção dos próprios atos estabelecidos; substancial, visto que a noção puramente estrutural é incapaz de definir as normas de reconhecimento e a razão social estipulada pela constituição. Esse objetivo somente pode ser alcançado por meio de uma teoria normativa qualificadora da democracia.

Com essa fundamentação, concluir-se-á que a democracia constitucional consiste numa evolução do Estado de direito que lhe adicionou, por meio dos direitos fundamentais,

uma dimensão substancial. Em razão disso, a proposta ferrajoliana aperfeiçoa a maior luta daquele modelo estatal moderno: a limitação do poder. Isso porque, se os limites ao exercício do poder público tinham como fundamento a lei ordinária – modificável conforme o arbítrio das maiorias eventuais –, as constituições democráticas estabeleceram um novo *standard* de legitimidade para a existência de qualquer poder, inclusive o privado. Dessa forma, serão analisadas as possibilidades de exercício potestativo na democracia constitucional (2.2.3).

Para estabelecer a relação entre o poder e o regime democrático, será necessário discutir as possibilidades de formação da opinião pública na democracia constitucional. A perspectiva trazida, no segundo capítulo, será fundamentada nos trabalhos de Jürgen Habermas, cuja obra reconstruiu a história da transformação do Estado moderno e da ascensão da denominada “esfera privada do público” na Europa, durante o século XVIII.

Ao contrário da concepção grega, a teoria habermasiana compreende os indivíduos dentro das suas esferas privadas, cuja proteção contra a dominação do Estado fundamentará a formação do conceito de esfera pública (2.3.1). As mudanças ocorridas na Inglaterra, durante o século XVIII, resultaram na transformação da esfera pública literária, que passou a ter cada vez mais conotação política (2.3.2). Entretanto, tais modificações levaram alguns autores, além do próprio Habermas, a entender que a opinião pública poderia ser manipulada na esfera pública infiltrada pelo poder, criando um consenso artificial, contrário ao ideal de pluralismo político das democracias constitucionais (2.3.3).

O terceiro e último capítulo do trabalho adentrará no problema da concentração proprietária dos meios de comunicação de massas. As *media*, dirá Norberto Bobbio (1991, p. 109), são meios de reprodução e difusão da realidade, sendo necessário compreendê-las não apenas como instrumentos técnicos para transmissão de informação entre indivíduos, mas como revoluções capazes de alterar toda a dinâmica social.

Sob essa ótica, as teorias sobre o papel dos meios de comunicação de massas serão analisadas com o suporte, dentre outros, de John Brookshire Thompson, justificando-se a necessidade de ênfase especial ao fenômeno televisivo (3.1.1), que, ao criar novas formas de interação, possibilitou o surgimento de outros modelos de ação e visibilidade do poder (3.1.2). Sob esse aspecto, o poder associado à concentração proprietária das *media* (3.1.3) passa a ter especial relevância na democracia constitucional.

O exercício do poder midiático demonstra ser elemento fundamental para a desconstitucionalização do sistema jurídico-político e do esvaziamento do núcleo fundamental das constituições – também referido por Luigi Ferrajol como “processo

desconstituente” (3.2.1). Esse fenômeno é fruto da atuação selvagem dos poderes (3.2.2), incompatíveis com o garantismo e, portanto, com a democracia constitucional. Tal problema torna-se mais grave no contexto dos meios de comunicação de massas eletrônicos, visto que passam a ser suportados por novos contextos de ação e comunicação (3.2.3).

Por fim, serão delimitados os pontos necessários para a reformulação da indústria midiática, com especial suporte em Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli, C. Edwin Baker e John Thompson. Após estabelecer os objetivos do controle proprietário das *media* (3.3.1), buscar-se-á expor a ideia de “pluralismo regulado” e demonstrar alguns critérios que devem ser levados em consideração na elaboração de legislação limitadora da concentração proprietária do setor midiático (3.3.2). Contudo, a propriedade é apenas um dos aspectos que merecem análise na proteção da liberdade de expressão e da democracia constitucional. Conforme será visto, com fundamento no pensamento de Norberto Bobbio, a evolução democrática consiste na passagem da democracia da esfera política para a democracia social. Nesse diapasão, serão abordados outros aspectos, além do controle da concentração da propriedade, capazes de democratizar as *media* (3.3.3), tais como a proteção dos profissionais do setor e de democratização – via compartilhamento – da infraestrutura de transmissão de conteúdo.

Como resultado, mostra-se importante discutir o problema da concentração proprietária dos meios de comunicação de massas na democracia constitucional. Conforme será exposto, torna-se indispensável relacionar esse problema à ausência de pluralismo, meio hábil para diminuir o exercício arbitrário – selvagem – do poder. O regime democrático requer um nível constante de dissenso, que só pode ser garantido através da livre expressão do pensamento.

Uma teoria do Estado democrático de direito que se queira comprometida com os direitos fundamentais deve possibilitar a compreensão dos novos poderes que colocam a democracia em perigo. Concluir-se-á que a regulamentação dos poderes selvagens midiáticos é imprescindível, mas que, sozinha, é incapaz de proteger os direitos fundamentais.

1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1.1 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1.1 Evolução dos direitos fundamentais

Os direitos, diria Norberto Bobbio (1991, p. 18) não nascem todos ao mesmo tempo. Nascem quando devem ou podem nascer. O incremento da capacidade técnica tem como resultado o aumento do poder exercido pelo homem sobre o seu semelhante, situação que resulta em novos riscos à liberdade. Os direitos fundamentais, nesse contexto, surgiram – e continuam surgindo – como resposta ao exercício arbitrário do poder. Trata-se de uma história constantemente escrita – e nunca acabada – com a tinta vermelha do sangue das batalhas pela liberdade.

Nesse sentido, é importante realçar a fase da “positivação dos direitos”, que, nas palavras de Norberto Bobbio (1991, p. 10), designa o processo de elaboração de cartas garantidoras de direitos. Sua elucidação é imprescindível para a compreensão do fenômeno de incorporação dos direitos fundamentais aos ordenamentos jurídicos da atualidade, sendo comum o retorno do foco temporal ao medievo, especificamente à *Magna Carta* de 1215 e à *Bill of Rights* de 1689³.

Sob essa ótica, o ciclo inglês de documentos positivadores de direitos, iniciados pela *Magna Carta* e finalizado com a *Bill of Rights* não pode ser considerado, no sentido atual, como uma declaração de direitos, pois carecia tanto de universalidade⁴ quanto de submissão de todos os poderes, inclusive o legislativo, aos direitos por ela estabelecidos. Isso porque as declarações de direitos daquela época “[...] não se reconheciam como anteriores ao poder do soberano, mas eram concebidas e acordadas [...] como um ato unilateral deste último. O que equivale a dizer que, sem a concessão do soberano, o súdito não teria nunca direito algum [...]” (BOBBIO, 1991, p. 146)⁵ e que, apesar de terem estabelecido alguns direitos mais amplos, não podem ser consideradas declarações de direitos da maneira hoje compreendida, mas apenas declarações históricas, estamentais e circunstanciais

³ Vale ressaltar que existem discordâncias a respeito da existência de cartas de direitos no Reino Unido até o advento da Human Rights Act de 1998. O debate travado à época entre Ronald Dworkin (1990) e Jeremy Waldron (1993) demonstrou a dificuldade do direito britânico em vincular o parlamento, inquestionavelmente a figura central do seu constitucionalismo, a uma declaração de direitos.

⁴ A ideia de “universalidade” será pormenorizada no item 1.1.3.

⁵ No original: “[...] no se reconocían como anteriores al poder del soberano, sino que eran concedidas y acordadas [...] como un acto unilateral de este último. Lo que equivale a decir que sin la concesión del soberano el súbdito no habría tenido nunca derecho alguno [...]”.

A declaração da Virgínia, datada de 1776 inaugura a positivação dos direitos fundamentais, cuja característica principal é a universalidade, ou seja, ao contrário dos documentos medievais, os direitos garantidos nesses documentos superaram a divisão por estamentos e eram considerados anteriores ao próprio ordenamento positivo e, por isso, não eram direitos criados, mas pré-existentes, que deveriam ser reconhecidos pelo poder constituinte, o que fez com que as declarações modernas de direitos estivessem estreitamente vinculadas ao desenvolvimento do constitucionalismo. Essa universalização, presente na última fase do modelo pré-constitucional estadunidense e na declaração francesa de 1789, foi consequência da expansão da dimensão igualitária dos direitos e liberdades individuais.

A constitucionalização dos direitos fundamentais, além da mudança já apontada em relação à ampliação da sua titularidade – universalidade – sofreu outras duas modificações importantes em relação aos textos medievais. Uma delas, a fundamentação dos direitos, reforçou paulatinamente sua natureza jusnaturalista em detrimento de justificações consuetudinárias ou históricas. Assim, nas declarações de direitos modernas, não se insistiu em afirmar a tradição dos direitos nelas estabelecidos, mas no mero fato de que a razão humana, *per se*, seria capaz de reconhecer aqueles direitos como vinculados à natureza do homem. A outra modificação, aquela referente à natureza jurídica dos novos documentos, estaria relacionada ao aprimoramento da técnica jurídica (MATTEUCCI, 1998c, p. 161), pois as declarações de direitos modernas não tinham natureza de contrato de direito privado, mas instrumentos fundamentadores do direito público.

O ciclo iniciado em 1776, nos Estados Unidos da América, inspirado pelas liberdades conquistadas pelas cartas inglesas, foi rico em constituições, resultando em diversos documentos tais como os da *South Carolina* (1778), *Massachusetts* (1780), *New Hampshire* (1784), Geórgia (1789) e Pensilvânia (1790). Além da organização e separação de poderes, tinham em comum o fato de possuírem uma declaração de direitos do cidadão, cujo objetivo era reconhecer a igualdade e a liberdade, especialmente religiosa, com fundamento em pressupostos racionalistas e contratualistas da escola do direito natural. A diferença entre a organização social europeia e a estadunidense tornou, neste país, desnecessária a luta contra a desigualdade entre estamentos e as ideias “revolucionárias” contra uma classe dominante na organização estatal, reforçando, ainda mais, a natureza de “declaração” dos textos surgidos.

As declarações são respostas históricas aos problemas de determinada época, de forma que, diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, a *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* teve como marco a luta social contra as estruturas feudais em busca de

uma organização política adequada ao funcionamento de uma economia de índole liberal-burguesa, fundamentada no desenvolvimento da indústria e do comércio. Suas definições de liberdade, separação de poderes e a noção de direitos como finalidade da constituição foram inspiradas pelo modelo de Montesquieu e Locke, enquanto a ideia de lei como expressão da *volonté générale*, presente no artigo 6º, teria sido baseada nas propostas de Rousseau (BOBBIO, 1991, p. 140-141).

A concepção resultante de liberdade tinha natureza negativa e individualista, ou seja, de liberdade como garantia de uma esfera privada de ação individual, livre da interferência do Estado. Dessa compreensão, nasceu o que hoje se denomina direitos fundamentais de primeira “geração”⁶, “dimensão” ou “fase”, exemplificados classicamente através da liberdade de expressão, imprensa, religião, associação, reunião e pelo direito de propriedade⁷ (BOBBIO, 1991, p. 139).

No decorrer do século XIX, o processo de industrialização fez emergir a consciência do proletariado enquanto classe reivindicadora de direitos econômicos e sociais em contraste com os direitos individuais de índole burguesa conquistados no século anterior. As liberdades que existiam anteriormente – sustentavam – não poderiam ser exercidas sem que o cidadão possuísse condições materiais para tanto. Sob esse aspecto, o manifesto do partido comunista é considerado o marco histórico dessa nova fase de lutas por novos tipos de direitos.

Apesar de efêmera, a constituição da segunda república francesa de 1848 influenciou a ampliação dos direitos fundamentais ao tentar expandir a proclamação dos princípios de 1789 para as esferas econômica e social. Com isso, modificaram-se três aspectos dos direitos fundamentais: fundamentação, titularidade e natureza jurídica. Já, naquele contexto, era possível verificar o fenômeno de generalização dos direitos fundamentais, que teria seu ápice com a expansão democrática, especialmente levando-se em conta o fato de que a democracia passaria a ser o ponto de encontro entre liberalismo e direitos sociais⁸.

A modificação da fundamentação dizia respeito ao novo papel do Estado que, em virtude das intensas mudanças econômicas da época, deveria ser o responsável pela divisão equitativa dos custos e riquezas sociais, sempre na busca de níveis cada vez maiores de bem-

⁶ Relevante observar que a ideia de “gerações” dos direitos fundamentais fragmenta e compartimentaliza a conquista desses direitos em determinados períodos históricos, como se não fossem dependentes das “gerações” anteriores. Para maiores detalhes sobre a controvérsia, remete-se à obra de Ingo Sarlet (2011).

⁷ Conforme será visto no item 1.1.3, Luigi Ferrajoli (2001, p. 29-30) considera equivocada essa equiparação entre liberdade e propriedade.

⁸ Sobre o tema, remete-se à leitura do item 2.1 deste trabalho.

estar. No que diz respeito à mudança da titularidade dos direitos fundamentais, buscou-se a ideia de que o sujeito dos direitos sociais só poderia ser o homem “real”, enquanto ser imerso no contexto de circunstâncias sociais.

Já, em relação à mudança de natureza jurídica, os direitos fundamentais deixaram a tradicional vinculação à liberdade de ação individual para se transformarem em liberdades de participação e em prestações de natureza positiva por parte do Estado. Criou-se a ideia de que os direitos sociais necessitam de mecanismos garantidores capazes de assegurar seu gozo e que, além de simplesmente se abster de proibir a ação individual, o Estado deveria contribuir ativamente na concretização dos direitos sociais.

A expansão dos direitos sociais e econômicos passou a fazer parte da pauta das lutas sociais, tendo forte desenvolvimento no decorrer dos séculos XIX e XX, especialmente após os conhecidos e sempre mencionados eventos resultantes da revolução soviética, da segunda guerra mundial e das subseqüentes descolonizações. Contudo, o mais recente movimento na história dos direitos fundamentais foi o fenômeno de sua internacionalização. Trata-se da sua expansão no plano internacional e está relacionada ao reconhecimento dos indivíduos como sujeitos do direito internacional e à retomada dos ideais jusnaturalistas. Apesar de ser um fenômeno bastante recente e ainda incompleto, a internacionalização já era proposta anteriormente pelo ideal kantiano de cidadania universal como condição indispensável para a paz perpétua (KANT, 2006, p. 79) e pelos tratados internacionais do século XIX, especialmente após o Congresso de Viena (1814-1815) e suas medidas contra a escravidão e a perseguição de judeus.

Sem diminuir a importância do tratado de Versalhes de 1919, o marco histórico da expansão internacional dos direitos fundamentais é a declaração universal dos direitos humanos de 1948. Resposta aos eventos da segunda guerra mundial, já no seu artigo primeiro propõe um retorno ao direito natural quando estabelece que todos os homens nascem livres, sendo possível afirmar, inclusive, que se trata de uma expansão na ordem externa nos mesmos moldes daquelas ocorridas na esfera interna, ou seja, na reformulação da sua fundamentação, titularidade e natureza jurídica no direito internacional.

A fundamentação, com a expansão internacional dos direitos fundamentais, readquire, como explicitado anteriormente, uma vinculação jusnaturalista. A relação entre democracia e reconhecimento dos direitos fundamentais no plano interno também ocorre no âmbito internacional, pois a democratização do direito internacional e a maior participação dos Estados também auxiliaram na expansão daqueles direitos. A modificação da titularidade

dos direitos fundamentais no plano internacional ocorreu através da ampliação do rol de sujeitos ativos, que passou a englobar todos os homens como no caso da declaração universal dos direitos humanos de 1948.

A partir da mudança de natureza jurídica dos direitos fundamentais promovida, pela sua expansão internacional, é possível perceber a evolução progressiva dos instrumentos de positivação e garantia desses direitos. Os tratados multilaterais e a produção legislativa de organizações internacionais, ainda que tenham crescimento tímido, são importante exemplo de modificação da natureza jurídica dos direitos fundamentais no direito internacional. Ainda, nesse sentido, utilizando o Brasil como exemplo, existe o crescimento de dispositivos de direito interno, cuja finalidade é atribuir força de norma constitucional aos tratados internacionais que versem sobre direitos fundamentais.

Dessa maneira, é possível verificar que a luta pela positivação dos direitos fundamentais foi fruto de diversas batalhas e revoluções históricas. As liberdades passam a ser o cerne dessas lutas e, se, inicialmente, tinham natureza individual em virtude das vicissitudes da época, passaram, posteriormente, por uma fase de expansão dentro do próprio Estado, de maneira a abranger todos os indivíduos. Ainda que a universalização, mesmo na esfera do direito interno, não tenha sido alcançada⁹, a expansão dos direitos fundamentais está diretamente ligada à igualdade, ideal básico da convivência humana harmoniosa.

1.1.2 Conceituação e delimitação clássica

Realizada essa breve síntese sobre a fundamentação histórica dos direitos fundamentais, cabe analisar e delimitar seu conceito. Ressalte-se, contudo, que a pretensão neste segmento do trabalho é apresentar algumas das concepções mais difundidas, especialmente o diálogo estabelecido entre Antonio Enrique Pérez Luño, um dos representantes do que se pode denominar “jusnaturalismo contemporâneo” (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1999, p. 26), e Gregorio Peces-Barba Martínez, defensor de uma doutrina “positivista” dos direitos fundamentais (PÉREZ LUÑO, 2005, p. 50). Essa exposição não

⁹ Conforme será visto no item 1.1.3, a restrição de diversos direitos apenas àqueles que estejam situados na categoria de “cidadão” é o maior óbice à universalização dos direitos fundamentais. Nas palavras de Luigi Ferrajoli, os direitos fundamentais “[...] se han ido ampliando progresivamente aunque sin llegar a alcanzar todavía, ni siquiera en la actualidad, al menos por lo que se refiere a la ciudadanía y a la capacidad de obrar, una extensión universal que comprenda a todos los seres humanos” (2001, p. 22).

significa, necessariamente, adesão às propostas aqui elencadas, mas apenas uma descrição do estado da arte no que diz respeito às teorias dos direitos fundamentais.

Assim, Pérez Luño (2005, p. 43) afirma que os direitos fundamentais são frutos de uma “dupla confluência” de fatores. A primeira delas estaria relacionada à combinação entre a tradição filosófica humanista associada ao jusnaturalismo de índole democrática e às técnicas capazes de positivizar e proteger as liberdades relacionadas ao constitucionalismo. A segunda confluência teria sido aquela resultante do equilíbrio entre as exigências das liberdades clássicas de natureza individual-liberal do século XVIII e as adaptações econômicas e culturais impostas ao capitalismo, durante os séculos XIX e XX, pelos movimentos que exigiam concretização de direitos sociais. Para o autor, “os direitos fundamentais aparecem, portanto, como a fase mais avançada do processo de positivação dos direitos naturais nos textos constitucionais do Estado de Direito, processo que teria conexão com os direitos humanos” (PÉREZ LUÑO, 2005, p. 43-44)¹⁰.

Os critérios capazes de diferenciar “direitos humanos” de “direitos fundamentais” são, muitas vezes, ignorados, de modo que não é incomum que possuam sentido intercambiável para parte da doutrina. Acrescente-se a isso o aumento do uso indiscriminado dessas expressões e a conseqüente “[...] perda gradual de seu significado descritivo de determinadas situações ou exigências jurídico-políticas ao mesmo tempo em que sua dimensão emocional ganhou terreno” (PÉREZ LUÑO, 1995, p. 22)¹¹ ou, *mutatis mutandis*, àquilo que Lenio Streck (2011b, p. 501) classificaria como “poluição semântica” e “anemia significativa”.

Como resposta ao problema, passou-se a enfatizar a natureza de direito positivo interno quando utilizada a qualificadora “fundamental”; a outra, “humano”, acabou por designar “[...] direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, assim como aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, liberdade e igualdade das pessoas que não alcançaram estatuto jurídico-positivo” (PÉREZ LUÑO, 2005, p. 44)¹².

Sob essa ótica, Pérez Luño demonstra-se cético em relação aos critérios utilizados por alguns autores para distinguir “direitos fundamentais” de “direitos humanos”. Para ele, a

¹⁰ No original: “Los derechos fundamentales aparecen, por tanto, como la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho, proceso que tendría su punto intermedio de conexión en los derechos humanos”.

¹¹ No original: “[...] su significación se ha tornado más imprecisa. Ello ha determinado una pérdida gradual de su significación descriptiva de determinadas situaciones o exigencias jurídico-políticas, en la misma medida en que su dimensión emocional ha ido ganando terreno”.

¹² No original: “[...] los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como a aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo”.

associação entre a condição de cidadania e esses direitos nas cartas constitucionais não é convincente. Isso porque definir “direitos fundamentais” como aqueles garantidos pelas constituições aos cidadãos e “direitos humanos” como aqueles igualmente abrangidos pela carta magna, mas cujos destinatários são todos os seres humanos, independente de cidadania, resultaria impróprio, segundo o autor, pela imprecisão semântica dos textos das constituições e, portanto, “este critério resulta inaceitável porque [...] converte num critério diferenciador taxativo o que em muitas ocasiões foi fruto das preferências terminológicas do constituinte” (2005, p. 45)¹³. Outro problema dessa divisão diz respeito à possibilidade de que se confunda “direitos fundamentais” com “direitos civis” ou “direitos humanos” com “direitos de liberdade”.

Conforme será visto mais detalhadamente no próximo item, o entendimento de Luigi Ferrajoli (2007a, p. 737)¹⁴ está situado em um outro plano – metateórico axiomatizado – de análise. Assim, diferente de Pérez Luño, Ferrajoli assevera que “os ‘direitos fundamentais’ são os direitos cuja titularidade é atribuída a todos enquanto pessoas naturais, ou enquanto cidadãos ou, no caso dos direitos potestativos, enquanto capazes de agir ou enquanto cidadãos capazes de agir” (2007a, p. 727)¹⁵. Dessa forma, em vez de excludentes, “direitos fundamentais” e “direitos humanos” devem ser compreendidos como conceitos interdependentes: este é uma espécie daquele, sendo possível concluir que, ao contrário das outras três espécies de direitos fundamentais, os direitos humanos não são condicionados pela cidadania ou capacidade de agir, ou seja, “‘direitos humanos’ são os direitos cuja titularidade é atribuída a todos enquanto pessoas naturais” (FERRAJOLI, 2007a, p. 738)¹⁶.

No entanto, retomando a distinção de uso mais difundido, Pérez Luño utiliza, como critério diferenciador, o nível de positivação dos direitos. Portanto, os direitos humanos

¹³ No original: “Este criterio resulta inaceptable porque [...] convierte en un criterio diferenciador taxativo lo que en muchas ocasiones ha sido mero fruto de las preferencias terminológicas del constituyente”.

¹⁴ Em virtude do objetivo deste trabalho, será impossível resumir a rica formulação de Luigi Ferrajoli para sua teoria axiomatizada. Assim, para compreensão da sintaxe, vocabulário, regras de formação e regras de transformação, remete-se à imprescindível leitura de Luigi Ferrajoli (2007c, p. 3-35).

¹⁵ No original: “I ‘diritti fondamentali’ sono i diritti di cui tutti sono titolari in quanto persone naturali, o in quanto cittadini oppure, ove si tratti di diritti potestativi, in quanto capaci d’agire o in quanto cittadini capaci d’agire.” Esse conceito pode ser expresso, ainda, através do seguinte teorema: $(y) (DFOy \equiv ((DIRy \cdot ((z) (TITzy \cdot PNAz) \vee (z) (TITzy \cdot CITz))) \vee (DIPy \cdot ((z) (TITzy \cdot CAAz) \vee (z) (TITzy \cdot CITz \cdot CAAz))))))$. Para a compreensão da proposta de Ferrajoli na construção de uma teoria axiomática do direito, remete-se à leitura do capítulo inicial do conjunto “Principia iuris” (2007a, p. 3-81).

¹⁶ No original: “‘Diritti umani’ sono i diritti di cui tutti sono titolari in quanto persone naturali.” ou ainda pelo teorema: $(y) (DUMy \equiv (DIRy \cdot (z) (TITzy \cdot PNAz)))$.

seriam “[...] um conjunto de facultades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos ao nível nacional e internacional” (PÉREZ LUÑO, 2005, p. 46)¹⁷. Além da sua presença nas declarações e convênios internacionais, o autor entende que também seriam direitos humanos aquelas necessidades imprescindíveis que não tenham sido positivadas.

Por outro lado, considera os direitos fundamentais como aqueles garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos, através de normas constitucionais e com instrumentos de tutela especiais. Em razão disso, além de possuírem natureza mais restrita, pois abrangem somente as liberdades e direitos juridicamente reconhecidos pelo direito positivo, são limitados no espaço e no tempo, o que justificaria seu caráter “fundamentador” do sistema político e jurídico do Estado de direito. O autor ressalta que não se deve confundir a parte – liberdades públicas – com o todo – direitos fundamentais –, sendo indevida a equiparação destes com aquelas. As liberdades públicas seriam direitos fundamentais, mas estes não se esgotariam naquelas, tendo amplitude de significado muito maior e incluindo direitos de caráter econômico, social e cultural (PÉREZ LUÑO, 2005, p. 51).

Já Gregório Peces-Barba Martínez (1999, p. 21) parte de uma perspectiva denominada por Pérez Luño (2005, p. 50) de “positivista”, pois, para aquele, a positivação dos direitos fundamentais, em vez de possuir natureza declarativa cuja finalidade é reconhecer sua existência prévia num ordenamento suprajurídico, teria caráter constitutivo, ou seja, de criação de normas inovadoras no mundo do direito, independentemente do seu conteúdo material e alheias às supostas fontes extrajurídicas desses direitos. Sob tal aspecto, o autor realiza uma aproximação linguística entre “direitos humanos”, “direitos naturais”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades públicas”, “direitos morais” e “direitos fundamentais”, que merece ser analisada.

De maneira similar a Pérez Luño, Peces-Barba Martínez também acredita que a ampliação da utilização da expressão “direitos humanos” resultou numa perda de significado e que, por isso, o papel “[...] do pensamento jurídico é depurar essas aderências (de significados) improcedentes e intentar a compreensão dos direitos humanos, partindo da busca

¹⁷ No original: “[...] un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

de seu conceito e fundamentação” (1999, p. 22)¹⁸. No entanto, o autor demonstra-se cético quanto à adequação daquela expressão para reflexão da sua compreensão, ainda que seu uso seja bastante difundido, já que considera ser necessário estabelecer limites para sua utilização e evitar que seu uso, na “linguagem natural”, sirva como ponto de partida para outras expressões que se pretendem mais sólidas na explicação da ideia dos direitos humanos.

Na busca por uma terminologia mais adequada, o autor questiona a possibilidade de uso da expressão “direitos naturais”. Todavia, demonstra que ela é resquício de uma doutrina jusnaturalista em desuso, pois os adeptos de versões atuais do jusnaturalismo procurariam utilizar “direitos morais”. Assim, “direitos naturais” e outras nomenclaturas correlatas – “direitos inatos”, “direitos inalienáveis”, “direitos do homem”, “direitos do homem e do cidadão”, dentre outros – corresponderiam àqueles que, anteriores ao poder estatal e ao direito positivo, possuíam uma dimensão jurídica. Além disso, deveriam ser descobertos sem maiores esforços pela razão humana, o que permitiria sua imposição a todas as normas de direito como um limite suprapositivo do poder. Logo, os “direitos naturais” seriam “[...] uma concepção racionalista abstrata que prescindem da história e da realidade social para identificação dos direitos e [...] [que] não possui base sólida na cultura jurídica” (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1999, p. 26)¹⁹. Apesar da importância histórica, essa terminologia perdeu uso tanto no âmbito comum quanto no jurídico.

Expressão mais moderna e técnica, os “direitos públicos subjetivos” teriam pouca interferência pelo uso na “linguagem natural”, graças às dificuldades relativas à sua gênese, o que, por si só, já seria um motivo razoável para sua inadequação. Foi cunhada dentro da escola de direito público alemã, do século XIX, como especificação dos “direitos subjetivos”, terminologia que é fruto do individualismo positivista e, de certa maneira, pode ser considerada uma versão positivista dos “direitos naturais”, que, ao contrário destes, não seria válida nas relações de direito privado (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1999, p. 27-28).

Essas razões de natureza técnica, contudo, não seriam as únicas capazes de justificar o rechaço na utilização daquela expressão. Assim, Peces-Barba Martínez concorda com Pérez Luño quando este afirma que os “direitos públicos subjetivos” são “[...] uma categoria histórica adaptada ao funcionamento de um determinado tipo de Estado, o liberal, e a

¹⁸ No original: “[...] del pensamiento jurídico es depurar esas adherencias improcedentes e intentar la comprensión de los derechos humanos, partiendo de la búsqueda de su concepto y de su fundamentación”.

¹⁹ No original: “[...] una concepción racionalista abstracta que prescindem de la historia y de la realidad social para la identificación de los derechos y [...] no tienen un arraigo sólido en la cultura jurídica y política”.

determinadas condições materiais que foram superadas pelo desenvolvimento econômico e social do nosso tempo” (PÉREZ LUÑO, 1995, p. 34)²⁰ e que qualquer pretensão de adaptar essa categoria à atualidade implicaria a impossibilidade da sua adequação aos direitos sociais e a outras prestações estatais de natureza positiva.

Na doutrina francesa, o uso da terminologia “liberdades públicas” é, assim como no caso anterior, a correspondente positivista dos ambíguos “direitos do homem”, de modo que seria possível afirmar que, “[...] com as características próprias da cultura jurídica francesa, passam a ter o mesmo significado que os direitos públicos subjetivos para a alemã, embora com maior capacidade de expansão (na linguagem natural) [...]” (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1999, p. 29)²¹. Essa terminologia seria mais adequada para descrever apenas os direitos de autonomia, mas incapaz de abranger, em seu conceito, os direitos políticos e sociais, pois, apenas como exemplo, os direitos à participação em eleições periódicas através de sufrágio universal, à saúde ou previdência social não poderiam ser qualificados como “liberdades públicas”.

De uso comum nos países anglo-saxões, a expressão “direitos morais” é empregada, ainda que sem diferenciação de “direitos humanos” e “direitos naturais”, para designar a existência de direitos como trunfos (DWORKIN, 1984, p. 154), ou seja, como formas de resistência frente ao poder, inclusive o das majorias, leis e decisões judiciais contrárias a eles. Nessa esteira, Ronald Dworkin esclarece que o sistema jurídico constitucional da atualidade está baseado numa teoria moral que assegura aos indivíduos direitos contra o Estado. O direito constitucional só seria capaz de progredir quando pudesse lidar com o problema dos direitos contra o Estado e que “isso conta como um argumento em favor de uma fusão do direito constitucional e da teoria moral, uma relação que, inacreditavelmente, ainda está por ser estabelecida” (DWORKIN, 2002, p. 233).

A recepção espanhola da terminologia “direitos morais” pode ser vista na obra de Pérez Luño (1995, p. 179) como uma expressão do jusnaturalismo caso aquela seja entendida como “[...] a confluência entre as exigências ou valores éticos e as normas jurídicas [...]” (PÉREZ LUÑO, 1995, p. 176)²², ou seja, como expressão capaz de possibilitar a identificação entre “direitos morais” e “direitos naturais”. Entretanto, Peces-Barba contesta essa utilização

²⁰ No original: “[...] es una categoría histórica adaptada al funcionamiento de un determinado tipo de Estado, el liberal, y a unas condiciones materiales que han sido superadas por el desarrollo económico-social de nuestro tiempo”.

²¹ No original: “[...] con los rasgos propios de la cultura jurídica francesa, viene a significar lo mismo que derechos públicos subjetivos para la alemana, aunque con mayor capacidad de expansión [...]”.

²² No original: “[...] la confluencia entre las exigencias o valores éticos y las normas jurídicas [...]”.

por cinco motivos: a suposta dificuldade de diferenciação do conceito de “direitos naturais”; o fato de que seria fruto de uma importação do direito anglo-saxão sujeita aos problemas de tradução das expressões “*right*” e “*law*” nas suas correspondentes dos países da Europa continental; a constatação de que ignoraria a necessária historicidade da evolução da realidade social, tornando-se inflexível à evolução dos direitos²³; o fato de que ter conotação jusnaturalista reduziria sua compreensão aos direitos de inspiração liberal e ignoraria os direitos sociais; sua utilização desfaria a distinção entre direito e moral. Ainda que reconheça a natureza minoritária da sua posição, Peces-Barba Martínez (1999, p. 36) considera preferível manter a coerência da terminologia utilizada na Europa Continental.

A expressão “direitos fundamentais” seria a mais adequada para abarcar o fenômeno dos direitos em sua integridade, pois teria maior precisão que “direitos humanos”, não sofrendo das ambiguidades desta, além de que poderia abarcar as duas dimensões dos “direitos humanos” sem reducionismos jusnaturalistas ou positivistas. Os “direitos fundamentais” seriam capazes de englobar pressupostos éticos ou jurídicos, “[...] significando a relevância moral de uma ideia que compromete a dignidade humana e seus objetivos de autonomia moral e também a relevância jurídica que converte os direitos em norma material básica do ordenamento [...]” (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1999, p. 37)²⁴. Dessa forma, os direitos fundamentais expressariam um nível básico tanto de moralidade quanto de juridicidade.

Acrescente-se ainda que o termo “direitos fundamentais”, ao contrário de “direitos naturais” ou “direitos morais”, por exemplo, seria capaz de manter a dimensão jurídico-positiva do conceito, especialmente em virtude das tradições linguísticas dos juristas, que atribuem essa dimensão ao termo “direitos fundamentais”, pois estaria vinculado ao seu reconhecimento constitucional ou legal. Diferentemente de “direitos públicos subjetivos” ou “liberdades públicas”, a expressão escolhida por Peces-Barba Martínez (1999, p. 38) seria,

²³ Devido à relevância para o tema deste trabalho, cumpre salientar o exemplo dado por Peces-Barba Martínez (1999, p. 35) no que diz respeito à inflexibilidade dos direitos morais. Para ele, “el rechazo o la desconfianza de la ampliación del catálogo de los derechos es un signo de esa incapacidad inflexible. Una teoría de los derechos morales de ese tenor no hubiera podido concebir en el siglo XVIII el significado del derecho a la información, o a la inviolabilidad de las comunicaciones, vinculadas y condicionadas a los medios de comunicación de masas o a la ampliación de las técnicas de comunicación, teléfono, télex, telefax, etc”.

²⁴ No original: “[...] significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento [...]”.

para ele, capaz de preservar sua dimensão moral. Assim, conclui que “direitos fundamentais” é o termo adequado para identificar o fenômeno.

1.1.3 Proposição de Luigi Ferrajoli para uma teoria formal dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais fazem parte da construção de uma *teoria assiomaticizzata del diritto* estabelecida por Luigi Ferrajoli (2007a, 2007b, 2007c), é uma proposta inspirada pelo positivismo de Hans Kelsen e Herbert Hart e contextualizada na escola italiana de filosofia analítica do direito, protagonizada por um dos professores de Ferrajoli, Norberto Bobbio, na segunda metade do século XX. Apesar disso, o caráter formal da proposta ferrajoliana difere daquela de Kelsen e Bobbio pois, em vez de tomar a ciência jurídica como meramente descritiva, Ferrajoli acredita que, com o paradigma da democracia constitucional e da concretização de direitos fundamentais, a teoria jurídica passaria a ser permeada pela política, cuja função é vincular e limitar todos os poderes, sejam eles públicos ou privados.

Nesse sentido, é importante deixar claro que, ao distinguir as questões teóricas das históricas ou sociológicas, a teoria de Ferrajoli move-se num nível discursivo diferente das outras até agora demonstradas. Em vez de tentar descrever quais direitos são fundamentais em um determinado ordenamento jurídico ou quais deveriam ser assim considerados, Ferrajoli propõe definir, dentro de uma perspectiva estrutural, o que são os direitos fundamentais e qual sua ligação com a dimensão substancial da democracia.

Conforme foi dito, o autor propõe uma definição teórica, formal ou estrutural dos direitos fundamentais. A grande vantagem dessa perspectiva é que, apesar de fazer referência aos direitos positivados, independe deles para estabelecer um conceito de direitos fundamentais. “Menos ainda incide sobre esse significado a sua previsão num texto constitucional que é somente uma garantia de sua observância por parte do legislador ordinário [...]” (FERRAJOLI, 2011b, p. 10). Essa distinção é importante uma vez que, como será visto posteriormente, os direitos fundamentais tornam-se independentes da existência de garantias para concretizá-los. Na realidade, de acordo com a perspectiva de Ferrajoli (2011b, p. 16), a ausência de tais garantias constitui uma lacuna indevida que deve ser solucionada pela legislação.

Assim, “[...] são ‘direitos fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir” (FERRAJOLI, 2011b, p. 9). Essa definição demonstra que os direitos fundamentais são sempre direitos subjetivos, cuja titularidade é de pessoas

naturais e que dependem de um sistema jurídico positivo. “Não ‘existem’, em resumo, direitos ‘naturais’ ou pré-jurídicos: mesmo os direitos fundamentais são sempre situações não constituintes, mas positivas, que são produto dos atos [...] e, precisamente, como veremos, de fontes normativas” (FERRAJOLI, 2007a, p. 727)²⁵.

Outra característica importante da definição de Ferrajoli é a universalidade dos direitos fundamentais²⁶, ou seja, o fato de serem atribuídos a todos que se encontrem em situação de igualdade. A universalidade e, portanto, a igualdade, possuem caráter igualmente lógico, não tendo como consequência a possibilidade de determinação da natureza ou da extensão das classes de sujeitos reconhecidos, nos diversos ordenamentos, como pessoas naturais, cidadãos ou capazes de agir (2007a, p. 727). Dessa maneira, é possível classificar os direitos fundamentais como todos os direitos das classes de pessoas naturais, dos cidadãos ou daqueles capazes de agir, sob condições de *status*, jurídico ou não, dos quais todos possam hipoteticamente ser titulares, como, por exemplo, situação de empregado, doente, incapaz para o trabalho, cônjuge, réu em processo penal etc. Essa universalidade, apesar de não ser absoluta, é um caráter diferenciador entre os direitos fundamentais e os outros direitos subjetivos, especialmente os direitos patrimoniais (FERRAJOLI, 2007a, p. 729). A identificação dos sujeitos dos direitos fundamentais como pessoas, cidadãos ou capazes de agir sofreu grande variação no decorrer da história e depende, portanto, da extensão de tais classes subjetivas, da supressão ou redução das diferenças e da discriminação.

Luigi Ferrajoli (2007a, p. 729) estabelece, assim, uma definição de direitos fundamentais que é duplamente formal: não especifica os conteúdos desses direitos, mas apenas sua natureza de expectativa positiva ou negativa, bem como não determina a extensão, nos diversos ordenamentos jurídicos, do *status* de pessoa, cidadão ou capaz de agir, nem dos respectivos direitos associados a cada um. Disso resulta que os direitos fundamentais são as próprias normas; não as supõem.

Personalidade, cidadania e capacidade de agir são os três critérios geradores de desigualdade nos direitos fundamentais. Em todas as épocas, desde o direito romano, sempre existiu alguma divisão de classes de sujeitos em virtude desses três atributos, de modo que, ainda que tenham sido extremamente limitados às classes dominantes no passado, os direitos fundamentais sempre existiram (FERRAJOLI, 2011b, p. 13). Logo, esses três critérios foram,

²⁵ No original: “Non «esistono» insomma diritti «naturali» o pre-giuridici: anche i diritti fondamentali sono sempre situazioni non costituenti ma positive, ossia prodotte da atti [...] e precisamente, come vedremo, da fonti normative”.

²⁶ Vide teorema 11.8: $(y) (DFOy \rightarrow (DIRy \cdot UNIy))$.

e ainda são, os parâmetros de inclusão ou exclusão jurídica dos seres humanos e, assim, da sua igualdade ou desigualdade (FERRAJOLI, 2007a, p. 736).

Com base nisso, Luigi Ferrajoli (2007a, p. 731) propõe três tipologias formais dos direitos fundamentais. A primeira delas diz respeito à sua titularidade por diferentes sujeitos. Sob essa perspectiva, procede a divisão entre “direitos da pessoa” e “direitos do cidadão”. Os primeiros, “[...] são os direitos cuja titularidade pertence a todos enquanto pessoas naturais e, no caso dos direitos potestativos, quando também capazes de agir” (FERRAJOLI, 2007a, p. 723)²⁷. Já os direitos do cidadão “[...] são os direitos cuja titularidade pertence a todos enquanto cidadãos e, no caso dos direitos potestativos, quando também capazes de agir” (FERRAJOLI, 2007a, p. 732)²⁸.

A segunda divisão, ainda da primeira tipologia, está relacionada aos direitos de autonomia que, por interferirem na esfera jurídica de outros, dependem da capacidade de agir do titular. Com base nessa diferença de estrutura, é possível classificar e relacionar os direitos “primários”, “substanciais” ou “finais” a todas as pessoas ou cidadãos. De acordo com Ferrajoli, “‘direitos primários’ são os direitos cuja titularidade pertence a todos enquanto pessoas naturais ou enquanto cidadãos” (FERRAJOLI, 2007a, p. 732)²⁹. Quando a titularidade dos direitos depende da capacidade de agir tanto das pessoas naturais quanto dos cidadãos, são classificados como “direitos secundários”, “formais”, “instrumentais” ou “de autodeterminação”.

Ainda, dentro da primeira tipologia, Luigi Ferrajoli (2007a, p. 737) procede a uma segunda classificação quaternária, fruto do produto lógico de dois direitos da primeira classificação. Esta, por outro lado, também pode ser representada pela união entre dois direitos da segunda classificação.

Dessa forma, os direitos humanos são direitos primários das pessoas naturais³⁰. Trata-se de uma categoria de direitos universais pertencentes à totalidade das pessoas naturais e, pelo menos atualmente, aos seres humanos como um todo.

Os direitos públicos são direitos primários reconhecidos apenas aos cidadãos³¹. Essa restrição, afirma Ferrajoli, é “[...] uma aporia da democracia contemporânea” (2007a, p.

²⁷ No original: “[...] sono i diritti di cui sono titolari tutti in quanto persone naturali e, ove si tratti di diritti potestativi, in quanto altresì capaci d’agire”.

²⁸ No original: “[...] sono i diritti di cui sono titolari tutti in quanto cittadini e, ove si tratti di diritti potestativi, in quanto altresì capaci d’agire”.

²⁹ No original: “‘Diritti primari’ sono i diritti di cui sono titolari tutti in quanto persone naturali o in quanto cittadini”.

³⁰ (y) (DUMy \equiv (DPRy · DDPy)).

740)³², pois condicionar o exercício de um direito fundamental à cidadania é transformá-lo num privilégio, algo contrário à vocação universalista dos direitos fundamentais.

Já os direitos civis são direitos secundários das pessoas naturais capazes de agir³³. Trata-se do direito-poder de autodeterminação, que fundamenta a sociedade civil e o mercado. Ferrajoli adverte para o problema da confusão entre esses direitos civis e direitos humanos e, como solução, propõe uma definição que não os considere como direitos de liberdade propriamente ditos, cujo exercício não requer a capacidade de agir, mas somente como direitos-poderes de autonomia ou autodeterminação, ou seja, de praticar atos de disposição de outros direitos³⁴. Diferentemente da cidadania, que é uma restrição desnecessária e contrária à universalidade dos direitos fundamentais, a capacidade de agir representa um limite intrínseco à natureza potestativa dos direitos civis (FERRAJOLI, 2007a, 742).

Por fim, os direitos políticos são direitos secundários reconhecidos apenas aos cidadãos capazes de agir politicamente³⁵. Ao contrário dos direitos civis, que representam a autonomia privada, os direitos políticos estão relacionados à autonomia política do indivíduo enquanto cidadão numa democracia. Possuem uma forma mais restrita de universalidade, pois dependem tanto da condição de cidadão como da capacidade de agir. Sua lenta generalização pode ser vista no processo histórico do avanço das conquistas políticas que ocorreram no século XX com a universalização do voto, inicialmente para todos os homens e, somente depois, para as mulheres³⁶.

A delimitação da primeira divisão quaternária – direitos da pessoa, do cidadão, primários e secundários – também pode ser definida como a soma de dois elementos da segunda divisão quaternária exposta anteriormente – direitos humanos, públicos, civis e políticos. Sob tal prisma, os direitos da pessoa são a soma dos direitos humanos e dos direitos civis³⁷; os direitos do cidadão são a soma dos direitos públicos e dos direitos políticos³⁸; os

³¹ (y) (DPUy \equiv (DPRy · DDCy)).

³² No original: “[...] un’aporia della democrazia contemporanea”.

³³ (y) (DCIy \equiv (DSEy · DDPy)).

³⁴ Isso permitirá compreender, no item 1.2.2, como o garantismo, expresso através de legislação limitadora do exercício do poder, contribui para o aumento das liberdades.

³⁵ (y) (DPLy \equiv (DSEy · DDCy)).

³⁶ Sobre isso, remete-se à leitura do item 3.3.3, referente aos limites de expansão da democracia política.

³⁷ (y) (DDPy \equiv (DUMy v DCIy)).

³⁸ (y) (DDCy \equiv (DPUy v DPLy)).

direitos primários são a soma dos direitos humanos e dos direitos públicos³⁹; os direitos secundários são a soma dos direitos civis e dos direitos políticos⁴⁰ (FERRAJOLI, 2007a, p. 738). A partir dessas classificações, torna-se possível compreender que, ao contrário dos autores mencionados anteriormente, Luigi Ferrajoli considera os direitos da segunda divisão quaternária como espécies do gênero “direitos fundamentais”. Esses, portanto, são a soma dos direitos humanos, direitos civis, direitos públicos e direitos políticos⁴¹. A seguinte tabela, trazida pelo autor, resume⁴² bem a tipologia apresentada:

<i>Dir. fondamentali (DFO)</i>	<i>Dir. della persona (DDP) (persona naturale)</i>	<i>Dir. del cittadino (DDC) (cittadino)</i>
<i>Dir. primari (DPR) o sostanziali (cap. giuridica)</i>	<i>Diritti umani (DUM)</i>	<i>Diritti pubblici (DPU)</i>
<i>Dir. second. (DSE) o strumentali (cap. d'agire)</i>	<i>Diritti civili (DCI)</i>	<i>Diritti politici (DPL)</i>

Fonte: FERRAJOLI (2007a, p. 739).

A tipologia objetiva, a segunda trazida por Ferrajoli (2007a, p. 737), classifica os direitos fundamentais em relação ao seu conteúdo e, apesar de independente, está parcialmente relacionada à primeira, pois define os direitos sociais como direitos fundamentais positivos⁴³, ou seja, que requerem prestações, tais como os direitos à saúde e à educação. Já os direitos individuais são direitos fundamentais negativos⁴⁴, que podem ser divididos em três categorias: a “liberdade de” está relacionada aos direitos primários de imunidade⁴⁵, ou seja, que consistem na simples expectativa negativa, tais como os direitos à vida e à integridade; a “liberdade para” diz respeito aos direitos primários facultativos⁴⁶, ou seja, além dos aspectos negativos, são também faculdades de comportamento, como, por

³⁹ (y) (DPRy \equiv (DUMy v DPUy)).

⁴⁰ (y) (DSEy \equiv (DCIy v DPLy)).

⁴¹ (y) (DFOy \equiv (DUMy v DCIy v DPUy v DPLy)).

⁴² Para uma concisa explicação sobre a tipologia ferrajoliana dos direitos fundamentais, remete-se à leitura de Daniela Cademartori e Sergio Cademartori (2007).

⁴³ (y) (DSOy \equiv (DFOy · DPOy)).

⁴⁴ (y) (DINy \equiv (DFOy · DNEy)).

⁴⁵ (y) (LDAy \equiv (DPRy · DIMy)).

⁴⁶ (y) (LDIy \equiv (DPRy · DIFy)).

exemplo, liberdade de expressão ou de imprensa; os “direitos de autonomia” identificam-se com os direitos individuais secundários potestativos⁴⁷ e correspondem à autonomia privada do direito civil e à autonomia pública do direito político. Assim, todos os direitos fundamentais podem ser compreendidos dentro dessas categorias⁴⁸.

Uma terceira classificação é fruto da fusão das “liberdade de” e da “liberdade para” que, juntas, podem ser denominadas “liberdade” ou “direitos de liberdade”⁴⁹, além da desagregação dos “direitos de autonomia” que, face à pessoa ou ao cidadão, podem ser, respectivamente, direitos de autonomia civil⁵⁰ ou política⁵¹. Feito esse rearranjo da classificação dos direitos fundamentais, fica evidente a equivalência entre os direitos de liberdade e os direitos primários individuais – negativos – e entre direitos de autonomia e direitos secundários. Torna-se também clara a distinção, ignorada pela tradição liberal, entre liberdade e autonomia, já que, enquanto esta consiste num exercício de poder através de atos capazes de gerar efeitos nas esferas jurídicas de terceiros, o que, no Estado democrático de direito, está sujeito aos seus limites e vínculos formais e materiais, aquela, por ser mera expectativa de não lesão, independe de ato jurídico para o seu exercício (FERRAJOLI, 2007a, 742).

Dentro dos objetivos da tipologia de Ferrajoli, talvez o mais importante para conclusão deste item seja a diferenciação, também ignorada pela tradição liberal, entre direitos individuais e direitos sociais e, conseqüentemente, entre o tipo de igualdade jurídica que cada um deles proporciona. Os direitos individuais – ou direitos de primeira dimensão – asseguram a igualdade formal na diferença individual – de sexo, etnia, opinião etc. – através de proibições de tratamento diferenciado em razão das condições pessoais. Os direitos sociais – ou de segunda dimensão⁵² – buscam garantir a igualdade substancial através da diminuição das desigualdades sociais: de renda, saúde, educação ou outras condições econômicas ou materiais (2007a, p. 746). Conforme será visto no decorrer deste trabalho, uma das grandes ameaças ao direito fundamental da liberdade de expressão é a ausência de percepção da

⁴⁷ (y) (AUNy \equiv (DSEy · DIPy)).

⁴⁸ (y) (DFOy \equiv (DSOy v LDAy v LDIy v AUNy)).

⁴⁹ (y) (LIBy \equiv (LDAy v LDIy)).

⁵⁰ (y) (AUCy \equiv (AUNy · DDPy)).

⁵¹ (y) (AUPy \equiv (AUNy · DDCy)).

⁵² Sobre as dimensões dos direitos fundamentais, Thomas Humphrey Marshall (1967, p. 57-114), associa suas três dimensões aos três períodos de desenvolvimento dos elementos da cidadania na história inglesa: os direitos civis no século XVIII, os políticos no XIX e os sociais no XX. Remete-se também à obra de Ingo Sarlet (2011).

existência da diferença estrutural entre os direitos patrimoniais, base da desigualdade jurídica, e os direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais.

1.2 GARANTISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.2.1 Garantias e garantismo

A palavra “garantia”, assevera Luigi Ferrajoli (2008, p. 60), é bastante difundida no mundo jurídico, especialmente no direito civil, como instituto de direito romano capaz de assegurar o cumprimento de obrigações contraídas. A expansão do seu significado como técnica de tutela dos direitos fundamentais ocorreu, inicialmente, como resposta do direito penal à legislação italiana dos anos de 1970, que reduzia as garantias processuais penais. Dessa forma, o garantismo, neologismo que é fruto dessa expansão, surge associado ao pensamento do direito penal liberal e, por isso, “[...] relaciona-se com a exigência, típica do iluminismo jurídico, da tutela do direito à vida, à integridade e às liberdades pessoais frente a esse ‘terrível poder’ que é o poder punitivo [...]” (FERRAJOLI, 2008, p. 61-62)⁵³.

Existem três definições para o “garantismo” que, apesar de terem sido inicialmente pensadas para o direito penal, se desenvolveram como forma de limitação de todos os poderes selvagens (FERRAJOLI, 1995, p. 851; 2011a). Compartilham o pressuposto da separação entre direito e moral, também oriunda do pensamento iluminista, e têm como finalidade criticar tanto as ideologias políticas, que comumente confundem justiça com direito, quanto as ideologias jurídicas, que fazem o mesmo com eficácia e validade.

A primeira dessas acepções designa um modelo normativo de direito de “estrita legalidade”, próprio do Estado de direito. Ao contrário da “mera legalidade” (FERRAJOLI, 2008, p. 177), que consiste na autorização legal para utilizar a violência sem uma rígida vinculação à lei, a estrita legalidade deve ser compreendida como um sistema de poder mínimo e como o conjunto de técnicas coercitivas – garantias – capazes de minimizar a violência oriunda do exercício do poder – público ou privado – através da imposição de vínculos e limites. O grau de garantismo de um sistema jurídico depende dessas garantias e da sua real capacidade de controlar e neutralizar o poder e o direito ilegítimo.

A segunda acepção para o “garantismo” “[...] designa uma teoria jurídica da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si, mas também em

⁵³ No original: “[...] se relaciona con la exigencia, típica de la ilustración jurídica, de la tutela del derecho a la vida, a la integridad y a la libertad personales, frente a ese «terrible poder» que es el poder punitivo [...]”.

relação à existência ou vigência das normas” (FERRAJOLI, 1995, p. 852)⁵⁴, isto é, refere-se a uma teoria que separa o “ser” do “dever-ser” no direito e ressalta a divergência entre os modelos garantistas – vigentes, mas ineficazes – e a práxis adotada – eficaz, mas inválida. Trata-se, portanto, de uma postura crítica do direito que, apesar de reconhecer o caráter ideal das suas proposições, questiona a validade e aplicação do sistema jurídico positivo (FERRAJOLI, 1995, p. 853).

A terceira designa uma filosofia política de justificação do fenômeno jurídico-estatal, que parte de um ponto de vista externo, ou seja, político, para analisar a legitimidade do Estado, servindo de fundamento para toda doutrina democrática dos poderes estatais que admitem justificativas não absolutas do Estado e do direito.

Com base nessas três concepções, o garantismo, para Luigi Ferrajoli (2008, p. 62), torna-se extensível à proteção de todos os direitos subjetivos, sejam patrimoniais ou fundamentais, contra todos os poderes, sejam eles públicos, privados, nacionais ou internacionais. As garantias são fruto de uma visão negativa a respeito do exercício de qualquer tipo de poder e da desconfiança de que, na ausência de instrumentos capazes de proteger direitos subjetivos, seu cumprimento espontâneo dificilmente seria obtido. É, por conseguinte, uma ferramenta de proteção da esfera privada contra a violação pelos poderes públicos e também da esfera pública contra as investidas dos poderes privados.

A partir desse conceito, torna-se possível caracterizar as garantias como primárias ou secundárias. As garantias primárias – também substanciais ou de direito subjetivo – referem-se “[...] à obrigação de prestação ou proibição de lesão dispostos para garantir um direito subjetivo” (2007a, p. 669)⁵⁵. Trata-se de um dever de agir ou não agir, dependendo da natureza do direito que protejam, e carecem de um sujeito diferente daquele que é titular da situação passiva dessa garantia sendo, portanto, fundamento de toda a relação jurídica, pois todos os sujeitos que são titulares de um direito subjetivo, positivo ou negativo, estão numa relação jurídica com os sujeitos obrigados pelo dever positivo ou negativo. Dessa forma, todos os direitos possuem, como garantia primária, a obrigação, pública ou privada, de prestação – garantias primárias positivas – ou de não lesão – garantias primárias negativas – (FERRAJOLI, 2007a, p. 673).

⁵⁴ No original: “[...] designa una teoría jurídica de la «validez» y de la «efectividad» como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la «existencia» o «vigencia» de las normas”.

⁵⁵ No original: “[...] l’obbligo di prestazione o il divieto di lesione disposti a garanzia di un diritto soggettivo”.

Dessas colocações resulta o importante fato de que as técnicas de tutela dos direitos são sempre formas de garantias primárias independentes dos direitos propriamente ditos. Portanto, a ausência de garantias primárias – ou seja, de previsão normativa positiva ou negativa para a tutela dos direitos constitucionalmente estabelecidos – não resulta na inexistência dos direitos que deveriam ser garantidos, mas em lacuna a ser devidamente solucionada. Logo, o direito estabelecido positivamente está associado, além do dever ou da proibição para sua concretização, à obrigação de inserir essas garantias no sistema jurídico, uma espécie de “metaobrigação” para que a lacuna seja solucionada (FERRAJOLI, 2007a, p. 675).

As garantias secundárias – também instrumentais, processuais ou jurisdicionais – visam a assegurar o cumprimento das garantias primárias através da anulação ou sanção dos atos inválidos ou ilícitos. Trata-se, assim, de uma garantia de “segundo nível” que deverá intervir somente quando violadas as garantias primárias, ou seja, que determinará quem é o responsável para concretizar o direito ou, no caso do seu cumprimento deficiente ou violação, como as garantias devem ser reparadas ou como o violador deve ser sancionado.

Ao contrário da violação das garantias primárias, a reparação das garantias secundárias não ocorre através da satisfação imediata do direito, mas da garantia de anulação do ato inválido e da responsabilização pela prática do ato ilícito. A anulabilidade comporta a obrigação de declarar nulo o ato inválido, e a responsabilização consiste na sanção pelo ato ilícito. Esses efeitos, contudo, não podem ser obtidos somente através de decisão judicial, pois requerem a criação, por via legislativa, do aparato jurídico idôneo para sua aplicação (FERRAJOLI, 2007a, p. 679).

O garantismo, pela sua intrincada relação com os direitos fundamentais, é um dos aspectos-chave do constitucionalismo contramajoritário. Como técnica de limitação dos poderes, teve, através das normas presentes em constituições rígidas, a possibilidade de vincular também o poder legislativo e, portanto, as maiorias eventuais. Dessa maneira, no Estado legislativo de direito⁵⁶, que não possuía uma constituição rígida, as garantias dos

⁵⁶ Sobre o modelo de Estado legislativo de direito, Gustavo Zagrebelsky (2002, p. 22-24) esclarece que sua fundamentação meramente formal no princípio da legalidade permitiu inverter até mesmo a própria noção de Estado de direito, “[...] apartándola de su origen liberal y vinculándola a la dogmática del Estado totalitario”. Para ele, “con un concepto tal de Estado de derecho, carente de contenidos, se producía, sin embargo, un vaciamiento que omitía lo que desde el punto de vista propiamente político-constitucional era, en cambio, fundamental, esto es, las funciones y los fines del Estado y la naturaleza de la ley”.

direitos fundamentais ficavam subordinadas à vontade do poder legislativo que poderia suprimi-las ou reduzi-las (FERRAJOLI, 2008, p. 65).

Somente através da ideia de supremacia e rigidez da constituição, foi possível estabelecer garantias capazes de resistir às maiorias eventuais do legislativo. A noção de que um pacto social estabelece garantias que não podem ser modificadas pelos detentores do poder político possibilitou o surgimento da “esfera do indecível”, ou seja, “[...] aquilo que nenhuma maioria pode decidir ou não decidir: de um lado, os limites e proibições em garantia dos direitos de liberdade; do outro, os vínculos e obrigações em garantia dos direitos sociais” (FERRAJOLI, 2008, p. 66)⁵⁷. Ao modificar os pressupostos de validade das leis, o constitucionalismo criou condições para proteção das garantias que modificaram a própria noção de democracia através da introdução de uma nova dimensão material do regime democrático. Essa dimensão limita e vincula as opções de governo e legislação através das garantias primárias dos direitos fundamentais presentes nas constituições, modificando as condições de legitimidade do direito e da política, que passam a ser disciplinadas pelas regras formais de exercício do poder – “quem” e “como” decide – e, especialmente, pelas regras materiais que condicionam o conteúdo das decisões – ou seja, o que é permitido ou obrigatório decidir, independentemente da formação de uma maioria. Por meio da superioridade hierárquica e da rigidez dos direitos fundamentais, foi possível estabelecer as garantias primárias negativas, como limites ou proibições impostos pelos direitos de liberdade; as garantias primárias positivas, como vínculos ou obrigações impostos pelos direitos sociais e, por fim, as garantias secundárias do controle de constitucionalidade das leis e do direito de recorrer ao judiciário para fazer valer os direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2008, p. 66).

Nessa ótica, Luigi Ferrajoli (1995, p. 855) afirma que o garantismo é a principal característica funcional da formação do Estado de direito no sentido forte, ou seja, que pressupõe a sujeição de qualquer poder aos limites da lei como condicionadora da sua atuação – dimensão formal – e do conteúdo das suas decisões – dimensão substancial. O Estado de direito é, pois, expressão equivalente ao garantismo, visto que não descreve um modelo de poder fundado no direito – como no *Rechtsstaat* – mas outro, de Estado nascido com o constitucionalismo e duplamente vinculado: no plano formal, através do princípio da legalidade *lato sensu*, ou seja, pela subordinação de todos os poderes às “[...] leis gerais e

⁵⁷ No original: “[...] aquello que ninguna mayoría puede decidir o no decidir: de un lado, los límites y prohibiciones en garantía de los derechos de libertad; de otro, los vínculos y obligaciones en garantía de los derechos sociales”.

abstratas que disciplinam sua forma de exercício e cuja observância esteja submetida ao controle de legitimidade por parte de juízes separados e independentes do mesmo [...]” (FERRAJOLI, 1995, p. 856)⁵⁸ e, no plano material, por meio da vinculação de todos os poderes ao cumprimento das garantias dos direitos fundamentais e permitem que, em caso de descumprimento, seja feito uso do poder judiciário.

A legitimação substancial, promovida pelos direitos fundamentais, garante que, no Estado de direito, “[...] todos os poderes encontrem-se limitados por deveres jurídicos relativos não somente à forma, mas também ao conteúdo do seu exercício, cuja violação é causa de invalidade, acionável judicialmente, dos atos e [...] de responsabilidade dos seus autores” (FERRAJOLI, 1995, p. 857)⁵⁹. A primeira designação do garantismo demonstrada anteriormente equivale ao princípio da legalidade em sentido estrito, ou seja, estabelece um *standard* substancial de validade das leis e de todas as manifestações de poder, sendo possível associar a legitimação substancial dos direitos fundamentais à estrita legalidade do exercício do poder que tem, como vínculo e como finalidade, as garantias desses direitos.

A relação entre os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos e o garantismo deixa clara a associação deste ao positivismo jurídico⁶⁰. A pluralidade e a incoerência das fontes no direito pré-moderno não permitiram a distinção entre o direito como sistema objetivo e positivo de normas e como ciência jurídica. Na ausência do monopólio de produção jurídica estatal através do direito positivo, “a natureza jurisprudencial e doutrinária do direito válido e sua identificação com o direito natural ou com a justiça resolviam-se, não obstante a aparente racionalidade, numa total incerteza e arbitrariedade do direito vigente”

⁵⁸ No original: “[...] a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes [...]”.

⁵⁹ No original: “[...] todos los poderes se encuentran limitados por deberes jurídicos, relativos no sólo a la forma sino también a los contenidos de su ejercicio, cuya violación es causa de invalidez de los actos accionables judicialmente y [...] de responsabilidad para sus autores”.

⁶⁰ Apenas como reflexão, em virtude da utilização caótica da expressão, torna-se necessário fazer uma breve remissão ao tema do positivismo jurídico. Este, segundo Norberto Bobbio (1995, p. 234), pode ser entendido como: a) método para estudo do direito; b) teoria do direito; c) ideologia do direito. Para ele, “[...] não se pode conduzir uma crítica genericamente antipositivista, mas é necessário distinguir os vários autores, de acordo com o aspecto ou aspectos do juspositivismo por ele adotado. Dependendo do aspecto do positivismo jurídico que é submetido à crítica, esta será, de fato, de natureza diferente” (BOBBIO, 1995, p. 235). Cumpre, pois, clarificar o posicionamento de Luigi Ferrajoli (1995, p. 854) como defensor, não de uma ideologia do positivismo ou de uma teoria positivista do direito, mas, exclusivamente, do enfoque metodológico, visto que as categorias utilizadas para explicar o garantismo “[...] representan instrumentos esenciales para el análisis científico y para la crítica interna y externa de las antinomias y de las lagunas – jurídicas y políticas – que permiten poner de manifiesto [...] El principal presupuesto metodológico de una teoría general del garantismo está en la separación entre derecho y moral y, más en general, entre ser y deber ser [...]”.

(FERRAJOLI, 1995, p. 869)⁶¹. O princípio da legalidade, símbolo da experiência jurídica positivista, é a base da função garantista do direito que, através das técnicas de posituação e estabilização dos direitos fundamentais frente ao arbítrio do poder, foi capaz de atribuir uma dimensão substancial à democracia.

1.2.2 Garantismo e liberdade: a proteção dos direitos fundamentais frente aos poderes privados

Para Norberto Bobbio, as tentativas de determinar o conceito de liberdade, apesar de difíceis, não são infrutíferas. Sob esse aspecto, ele realiza, dentre outras divisões, aquela tradicional entre “liberdade negativa” e “liberdade positiva”. Sobre a primeira, a compreensão mais aceita é aquela que a considera “[...] a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir ou não agir sem ser obrigado a isso ou sem que seja impedido pelos outros sujeitos” (BOBBIO, 1993, p. 97)⁶². A liberdade, contudo, não está relacionada apenas à possibilidade de não sofrer constrangimento dos outros homens, mas também da natureza, sendo possível ampliar o seu conceito para abranger também a superação da natureza pelo homem⁶³.

A liberdade negativa é a liberdade de agir (BOBBIO, 1993, p. 102), isto é, a possibilidade de realizar ações sem sofrer impedimentos – “liberdade de” na teoria de Luigi Ferrajoli – ou sem obrigação de praticá-las – “liberdade para”. No entanto, as ações humanas são normalmente limitadas pela lei, o que não significa a inexistência da liberdade que, na sua perspectiva negativa, pode ser compreendida como a possibilidade de “[...] fazer (ou não fazer) tudo o que as leis, entendidas num sentido amplo e não somente no sentido técnico-jurídico, permitem ou não proíbem (e que, enquanto tal, permitem não fazer)” (BOBBIO, 1993, p. 99)⁶⁴. No mesmo sentido é a definição de John Locke, para quem a liberdade está associada à certeza do direito e, portanto, consiste na totalidade daquilo que não foi restrito

⁶¹ No original: “La naturaleza jurisprudencial y doctrinal del derecho válido y su identificación con el derecho natural o con la justicia se resolvían de hecho, no obstante la aparente racionalidad, en una total incertidumbre y arbitrariedad del derecho vigente”.

⁶² No original: “[...] la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos”.

⁶³ Norberto Bobbio (1993, p. 97-98) explica que “[...] el hecho de que en el lenguaje político la libertad sea una relación entre dos sujetos humanos no excluye que el concepto amplio de libertad comprenda también una relación en la cual uno de los dos sujetos o los dos no sean sujetos humanos. Es perfectamente lícito decir que el hombre ha conquistado la propia libertad emancipándose no sólo de las restricciones derivadas de la sujeción del hombre por el hombre, sino también de la sumisión a las fuerzas naturales, así como puede decirse que un río (ente natural) es libre de seguir el propio curso cuando no se lo impide una presa o un dique (que son obra del hombre)”.

⁶⁴ No original: “[...] hacer (o no hacer) todo lo que las leyes, entendidas en sentido lato, y no sólo en sentido técnico-jurídico, permiten, o bien no prohíben (y que, en cuanto tales, permiten no hacer)”.

pelas leis, ou seja, em “[...] não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem [...]” (LOCKE, 1994, p. 95). Apesar de a história ter moldado a liberdade negativa prioritariamente no sentido de “liberdade como não impedimento”, Norberto Bobbio (1993, p. 100) propõe que sua compreensão deva ocorrer no sentido de “liberdade como não impedimento ou como não constrição”.

A liberdade positiva é compreendida comumente como a situação “[...] na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar sua vontade para um objetivo, de tomar decisões, sem se ver determinado pela vontade dos outros. Essa forma de liberdade denomina-se também ‘autodeterminação’ ou, de maneira mais apropriada, ‘autonomia’” (BOBBIO, 1993, p. 100)⁶⁵. Ao contrário da liberdade negativa, fundamentada na ausência de forças externas à vontade, a liberdade positiva fundamenta-se na presença da possibilidade de concretizar determinado elemento volitivo, ou seja, é a “liberdade de querer” (BOBBIO, 1993, p. 102).

Apesar da comum associação entre o exercício do poder e o Estado, as investidas contra a liberdade são, na atualidade, também fruto dos poderes privados. Em virtude do fim do monopólio da força estatal (BOBBIO, 1993, p. 143; BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 23), a liberdade passou a ser violada pelos poderes da sociedade civil⁶⁶, o que torna necessária a existência de mecanismos capazes de libertar o indivíduo também da sociedade, pois, “por

⁶⁵ No original: “[...] en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros. Esta forma de libertad se llama también «autodeterminación» o, de manera más apropiada, «autonomía»”.

⁶⁶ Segundo John B. Thompson (1998, p. 164), “los primeros pensadores modernos utilizaron el término ‘Sociedad civil’ de muy diversas maneras, tantas que, con frecuencia, resultaban incoherentes unas con otras. La utilización más frecuente del término en la actualidad está esencialmente en deuda con Hegel, o mejor dicho, con una cierta interpretación de la filosofía del derecho de Hegel, según la cual la sociedad civil se interpreta como una esfera de individuos privados, organizaciones y clases reguladas por la ley civil y formalmente distintas de las del Estado. Por lo tanto, se podría decir que, en este sentido, el dominio de lo privado incluye la sociedad civil, así como que la esfera de las relaciones personales se centraba básicamente, aunque no de manera exclusiva, en la familia”. Já, para Jean Cohen e Andre Arato (1997, p. vii-viii), “the concept of civil society, in a variety of uses and definitions, has become quite fashionable today, thanks to struggles against communist and military dictatorships in many parts of the world. Yet it has an ambiguous status under liberal democracies. To some, it seems to indicate what the West has already achieved, and thus it is without any apparent critical potential for examining the dysfunctions and injustices of our type of society. To others, the concept belongs to early modern forms of political philosophy that have become irrelevant to today’s complex societies. It is our thesis, however, that the concept of civil society indicates a terrain in the West that is endangered by the logic of administrative and economic mechanisms but is also the primary locus for the potential expansion of democracy under ‘really existing’ liberal-democratic regimes. In advancing this thesis, we shall demonstrate the modernity and normative/critical relevance of the concept of civil society to all types of contemporary societies”. Para maiores detalhes sobre os diversos significados de “sociedade civil”, remete-se à leitura de John B. Thompson (1998, p. 164 e ss.), da integralidade da obra de Cohen e Arato (1997) e também do verbete “Sociedade Civil”, de Norberto Bobbio (1998b).

baixo da falta de liberdade como sujeição ao poder do príncipe, há uma falta de liberdade mais fundamental, mais radical e mais objetiva, a falta de liberdade como submissão ao aparato produtivo” (BOBBIO, 1993, p. 143)⁶⁷.

Essa crise da “liberdade dos modernos” coloca-se num nível mais profundo, pois a existência de uma sociedade tecnocrata não põe em risco as liberdades civis ou políticas, já que não constitui uma sociedade de escravos, mas a própria liberdade humana, reduzindo o homem a um ser autômato, padronizado e desumanizado pelo poder científico, capaz de assegurar o domínio do homem sobre o homem. A falta de liberdade ideológica propiciada por essa situação tem como resultado o conformismo das massas e o declínio das modalidades participativas de política, o que gera um círculo vicioso em que o indivíduo, alienado da sua natureza política, gregária e livre, passa a desejar essa ausência de liberdade que deixou de ser vista como algo negativo para ter uma conotação positiva (BOBBIO, 1993, p. 145).

A proliferação dos poderes selvagens⁶⁸ (FERRAJOLI, 1995, 1998, 2007a, 2007b, 2011), forma incontrolada e ilimitada do poder, coloca em risco constante a liberdade e os direitos fundamentais. A multiplicação de formas de “mera legalidade” possibilita a violação dos direitos fundamentais nos espaços da vida cotidiana. Essa denominação “[...] claramente alude àquela ‘liberdade selvagem e desenfreada’ da qual fala Kant na metafísica dos costumes como condição desregulada própria do estado de natureza, ou seja, na ausência do direito, oposta ao ‘Estado jurídico’ ou de direito” (FERRAJOLI, 2000, p. 120)⁶⁹ e, enquanto extralegais, não respeitam a legalidade nem estão sujeitas a nenhum poder político ou jurídico. São, assim, “[...] poderes de fato, cuja existência atesta a prevalência da força sobre o direito” (1995, p. 933)⁷⁰, manifestação do poder dos mais fortes em franca expansão graças à tendência atual de dismantelamento das técnicas de garantia de proteção dos direitos fundamentais. Essas manifestações de poder estão vinculadas, de maneira ineficaz, à mera legalidade, ou seja, apesar de serem reconhecidas e até mesmo instituídas pela lei, não possuem seu exercício substancialmente regulamentado, o que as torna materialmente livres, capazes de subjugar os direitos fundamentais.

⁶⁷ No original: “Por debajo de la falta de libertad como sujeción al poder del príncipe, hay una falta de libertad más fundamental, más radical y más objetiva, la falta de libertad como sumisión al aparato productivo”.

⁶⁸ Para definição mais precisa, remete-se à leitura do item 3.2.2.

⁶⁹ No original: “[...] alude claramente a aquella ‘libertad salvaje y desenfrenada’ de la que Kant habla en la Metafísica de las costumbres, como condición desregulada propia del estado de naturaleza, esto es, en ausencia del derecho, y opuesta a aquella propia del ‘estado jurídico’ o de derecho”.

⁷⁰ No original: “[...] poderes de hecho, cuya sola existencia testimonia en ocasiones la prevalencia de la fuerza sobre el derecho”.

Em virtude desse modo de operar na mera legalidade, pode ser difícil estabelecer a divisão entre poderes extralegais e ilegais, já que os poderes selvagens geralmente atuam fora da ilegalidade, mas também da legalidade. “Violência, dinheiro, coações econômicas [...] formam, em todo caso, o cimento dessas relações, de modo que a lesão do valor da pessoa pode ocorrer às margens de qualquer possível garantia jurídica” (FERRAJOLI, 1995, p. 933)⁷¹. O exercício do poder tem como consequência a produção de desigualdade entre sujeitos e possibilita a manutenção de relações assimétricas, sendo possível aplicar a máxima de Montesquieu, segundo a qual o poder se conserva sempre selvagem, ou seja, “[...] todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites [...] Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder” (1996, p. 166).

O garantismo é essa limitação. Através de diversas técnicas historicamente construídas – como, por exemplo, o princípio da legalidade ou a supremacia da constituição – busca-se restabelecer o equilíbrio das relações sociais com a proteção dos mais fracos contra a opressão do poder, pelo que é possível associar o garantismo à “lei do mais fraco” (FERRAJOLI, 2004) e identificar seu crescimento junto ao do próprio Estado moderno. Nesse diapasão, os direitos fundamentais e o garantismo são a base de duas formas de subjetividade já que,

[...] enquanto a igualdade produzida pelos direitos fundamentais é pressuposto das identidades dos sujeitos como pessoas e da sua livre comunicação baseada no recíproco respeito e reconhecimento como iguais, a desigualdade produzida pelos poderes jurídicos e não jurídicos é o pressuposto das identidades dos sujeitos através dos papéis e das hierarquias que personificam, assim como das relações despersonalizadas e da alienação recíproca por tais funções estabelecidas entre eles (FERRAJOLI, 1995, p. 933-934)⁷².

Nos espaços da vida cotidiana (FERRAJOLI, 2008, p. 187), esses poderes desenvolvem-se sob funções e instituições jurídicas abandonadas às dinâmicas

⁷¹ No original: “Violencia, dinero, coacciones económicas [...] forman en todo caso el cemento de estas relaciones, donde la lesión del valor de la persona puede producirse al margen de cualquier posible garantía jurídica”.

⁷² No original: “[...] mientras la igualdad producida por los derechos fundamentales es el presupuesto de las identidades de los sujetos como personas y de su libre comunicación basada en el recíproco respeto y reconocimiento como iguales, la desigualdad producida por los poderes jurídicos y no jurídicos es el presupuesto de las identidades de los sujetos a través de los roles y las jerarquías que personifican, así como de las relaciones despersonalizadas y de alienación recíproca que mediante tales funciones se establecen entre ellos”.

substancialmente livres e incontroláveis que atuam fora das estruturas de direito positivo vigentes, isto é, em razão da “[...] crise simultânea da racionalidade jurídica e política e da capacidade reguladora do direito frente ao crescimento dos poderes selvagens extra-estatais que escapam ao seu controle [...]” (FERRAJOLI, 2007a, p. 4)⁷³. Ainda que o sistema jurídico esteja organizado como Estado de direito, o absolutismo dos poderes selvagens está diretamente relacionado à quantidade de espaços criados por poderes extrajurídicos – ou de poderes conformes com a mera legalidade – na sociedade.

Obviamente, a realidade não permite a normatização plena de todo exercício de poder, sendo necessário, segundo Luigi Ferrajoli (1998, p. 934), estabelecer garantias especiais para que um poder, quando, por força das suas funções sociais, não puder ser suprimido, seja, pelo menos, o mais limitado possível pela lei. As garantias impostas pelo Estado democrático de direito submetem todo exercício de poder à validação e conformidade dos direitos fundamentais. Um dos problemas, já mencionado anteriormente⁷⁴, nos espaços da vida consolidados pelas relações de direito privado é a ausência de percepção da diferença entre direitos-liberdade e direitos-poderes. Apesar de serem comumente considerados equivalentes, a diferença entre eles está na capacidade que o segundo tem de gerar efeitos na esfera jurídica de terceiros, o que exige regulamentação em virtude do risco de abuso por parte dos poderes privados. Sob esse aspecto, a limitação legal dos direitos-poderes dos mais fortes – em geral, sob a perspectiva econômica – constitui instrumento de proteção dos direitos fundamentais daqueles em situação de desigualdade nas relações jurídicas. A liberdade, dirá Luigi Ferrajoli, “[...] está destinada – o próprio conceito assim o exige – à convivência, e cada vez que uma ‘liberdade’ atenta contra a liberdade dos demais pode-se dizer que foi convertida em um poder” (2008, p. 189)⁷⁵.

Essa expansão das garantias e dos direitos fundamentais ao maior número de âmbitos da vida é o objetivo da própria democracia, de maneira que a tendência neoliberal de preservar, através da confusão entre direito e poder, espaços desregulamentados – mercado, propriedade privada, meios de produção e, para fins deste trabalho, meios de comunicação de massas – é antidemocrática. A ampliação do acesso e participação popular nos diversos poderes públicos ou privados é parte da constante luta contra despotismos (BOBBIO, 1993, p.

⁷³ No original: “[...] la crisi simultanea della ragione giuridica e politica e della capacità regolativa del diritto, di fronte alla crescita di poteri selvaggi extra-statali che sfuggono al suo controllo [...]”.

⁷⁴ Item 1.1.3.

⁷⁵ No original: “[...] la libertad está destinada – el propio concepto así lo exige – a la convivencia, y cada vez que una «libertad» atenta contra la libertad de los demás se puede decir que se ha convertido en un poder”.

120), inclusive àqueles privados, de forma que é possível afirmar que “[...] cada passo em direção à democracia em qualquer das esferas se consegue instaurando limites e proibições legais ao exercício do poder privado, de outra forma absoluto, e tutelando judicialmente os direitos fundamentais contra qualquer ataque” (FERRAJOLI, 2008, p. 189)⁷⁶. Apesar do crescimento do garantismo no âmbito privado, especialmente através da expansão dos direitos sociais, ainda existem, na atualidade, espaços da esfera privada sem garantias suficientes, isto é, sem limites e vínculos normativos aptos para lidar com as novas formas de poder que se estabelecem na sociedade.

Essa necessidade de limitação do exercício do poder em defesa dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da liberdade é a maior bandeira da teoria garantista. Além disso, é resultado das próprias investidas dos poderes contra os direitos fundamentais, pois, assim como “[...] a liberdade nasce continuamente dentro da liberdade, pode-se dizer que a liberdade renasce continuamente dentro da não liberdade. É como se o reforço das novas formas de domínio correspondesse à intensificação da necessidade de liberdade” (BOBBIO, 1993, p. 151)⁷⁷. O surgimento de novas esferas de poderes ilimitados e a multiplicação ou aprimoramento das formas antigas é acompanhado pelo – nem sempre igual – desenvolvimento de novas técnicas de proteção dos direitos fundamentais conquistados no passado. Uma dessas novidades é a ampliação, para a esfera privada, das lutas pela autodeterminação, ou seja, a expansão do garantismo, da democracia e da efetividade dos direitos fundamentais em todos os âmbitos em que seja exercido o poder, inclusive privado, de modo que as novas tentativas de controlá-lo são formas de luta pela liberdade (BOBBIO, 1993, p. 153).

Sob o risco de criar um novo poder, fica claro que o controle dos poderes também necessita de limitação (FERRAJOLI, 2008, p. 191), o que deve ser feito através dos limites impostos pelas liberdades individuais⁷⁸. Por isso, a importância da diferenciação aqui proposta: o paradigma da estrita legalidade deve ser ampliado para todas as esferas em que ocorre o exercício potestativo, mas sem perder a noção de que o poder, não a liberdade, deve

⁷⁶ No original: “[...] cada paso hacia la democracia en cualquiera de estas esferas se consigue instaurando límites y prohibiciones legales al ejercicio de la potestad privada, de otra forma absoluta, y tutelando judicialmente los derechos fundamentales frente a cualquier ataque”.

⁷⁷ No original: “[...] la libertad nace continuamente en el seno mismo de la libertad, a igual título puede decirse que la libertad renace continuamente en el seno mismo de la no-libertad. Parece como si a un intensificarse de las nuevas formas de dominio correspondiera un agudizarse de la necesidad de libertad”.

⁷⁸ Percebe-se, aqui, que as técnicas de garantias dos direitos fundamentais buscam solucionar o questionamento “quis custodiet ipsos custodes?”, proposto pelo poeta romano Juvenal (60-128 AD).

ser restringido pela lei. Qualquer erro de compreensão dessa diferença, em vez de cumprir o papel garantista de proteção do mais fraco, terá, como resultado, apenas mais uma manifestação arbitrária do poder.

1.2.3 Garantismo e igualdade: a diferença entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais

A igualdade é um dos valores fundamentais do debate político atual (BOBBIO, 1993, p. 68) e, ao contrário da liberdade, exige predicação, visto que se pode simplesmente “ser livre”, mas é impossível apenas “ser igual”, pois imediatamente se colocam duas perguntas: “igual a quem?” e “igual em quê?”. Sob essa ótica, é possível estabelecer que a liberdade “[...] é a qualidade de um ente, e a igualdade um modo de estabelecer um determinado tipo de relação entre os entes de uma totalidade, apesar de que a única característica comum destes entes seja o fato de serem livres” (BOBBIO, 1993, p. 56).

As fórmulas declaradoras de igualdade e liberdade mais comuns da humanidade, como o artigo 1º da declaração universal de direitos humanos de 1948, respondem às duas perguntas: a igualdade deve ser estabelecida entre todos em dignidade e direitos o que, portanto, deixa claro que não se busca igualdade de todos em tudo. Além de impossível, tal objetivo não seria nada desejável.

A igualdade perante a lei – e, por consequência, a igualdade da lei para todos – é o modelo mais difundido nos ordenamentos jurídicos da atualidade. Presente, de certa maneira, desde a Grécia antiga como isonomia, sua expansão no formato mais conhecido ocorreu a partir das constituições francesas de 1791, 1793 e 1795, como resposta aos abusos das sociedades estamentais, situação típica do regime feudal europeu. Essa ampliação, contudo, não retirou da igualdade o seu caráter genérico, de modo que, somente através da análise histórica dos eventos em particular, se torna possível determinar quais os critérios utilizados para estabelecer a igualdade perante a lei. Em sentido diverso, a ideia de igualdade jurídica está associada aos direitos fundamentais estabelecidos nas constituições modernas e significa “[...] a igualdade nesse atributo particular que faz de todo membro de um grupo social, também da criança, um sujeito jurídico, ou seja, um sujeito dotado de capacidade jurídica” (BOBBIO, 1993, p. 76)⁷⁹. A igualdade de oportunidades, por sua vez, está para o Estado social assim como a igualdade perante a lei está para o Estado liberal. Através das garantias

⁷⁹ No original: “[...] la igualdad en ese particular atributo que hace de todo miembro de un grupo social, también del infante, un sujeto jurídico, es decir, un sujeto dotado de capacidad jurídica”.

estabelecidas pelas constituições aos direitos fundamentais, busca-se, por meio de prestações positivas estatais, criar iguais oportunidades para aqueles que, por razões naturais ou artificiais, estejam em desvantagem nas relações sociais. Na igualdade de oportunidades, é possível vislumbrar, de maneira mais clara que nos exemplos anteriores, a função dos direitos fundamentais como leis de proteção dos mais fracos.

Do ponto de vista da teoria formal proposta por Luigi Ferrajoli (2007a, p. 785), é possível estabelecer um conceito de igualdade também formal. Assim, pode-se determinar um conceito de igualdade perante a lei da seguinte forma: “[...] são juridicamente iguais na situações atribuídas todas as pessoas físicas destinatárias da mesma norma tética e, por isso, titulares das mesmas situações universais, como, por exemplo, as proibições penais e os direitos fundamentais” (FERRAJOLI, 2007a, p. 786)⁸⁰. Sendo os direitos fundamentais, conforme conceito explicitado anteriormente⁸¹, aqueles atribuídos a todos enquanto pessoas e/ou cidadãos capazes – ou não – de agir, a igualdade jurídica entre os indivíduos que compartilham o mesmo conjunto dessas três características resulta na igualdade nos direitos fundamentais e, em sentido contrário, a desigualdade jurídica é uma desigualdade de direitos, pois é relativa à titularidade dos direitos subjetivos, situação aceitável apenas em relação aos direitos patrimoniais que, como será visto, são direitos singulares desigualmente distribuídos em prejuízo de terceiros⁸².

Dentro dessa perspectiva formal, é possível vincular os direitos fundamentais à igualdade, ou seja, é possível defini-los como a igualdade na titularidade dos direitos⁸³ ou, inversamente, que a titularidade dos direitos fundamentais implica a igualdade⁸⁴. Como consequência lógica, pode-se caracterizar, também a partir da igualdade, cada uma das divisões dos direitos fundamentais vistas anteriormente – direitos humanos, direitos públicos, direitos civis e direitos políticos: os direitos humanos são a igualdade das pessoas naturais⁸⁵; os direitos públicos são a igualdade dos cidadãos⁸⁶; os direitos civis são a igualdade daqueles

⁸⁰ No original: “[...] sono giuridicamente uguali nelle situazioni loro ascritte tutte le persone fisiche destinatarie delle medesime norme tetiche e perciò titolari delle medesime situazioni universali, quali sono per esempio i divieti penali e i diritti fondamentali”.

⁸¹ Item 1.1.3.

⁸² Em resumo, dirá Ferrajoli (2007a, p. 787), “l’‘uguaglianza’ è la titolarità in capo alle persone naturali dei medesimi diritti universali”. Tal afirmação pode ser demonstrada através do seguinte teorema: $(z) (y) (UGUzy \equiv (TITzy \cdot PNAz \cdot DIRy \cdot UNIy))$.

⁸³ $(y) (DFOy \equiv (z) (UGUzy \cdot TITzy))$.

⁸⁴ $(z) (y) ((TITzy \cdot DFOy) \rightarrow UGUzy)$.

⁸⁵ $(y) (DUMy \equiv (z) (UGUzy \cdot PNAz))$.

⁸⁶ $(y) (DPUy \equiv y) (DPUy y \square \square \square \square \square)$.

com capacidade de agir⁸⁷, e os direitos políticos são a igualdade daqueles que, simultaneamente, são cidadãos e possuem capacidade de agir⁸⁸ (FERRAJOLI, 2007a, p. 787-788).

Ao contrário do que possa parecer numa leitura superficial, a igualdade é, na realidade, a valoração da diferença (FERRAJOLI, 2007a, 793), situação que fica mais nítida após analisar a distinção dos conceitos de diferença, desigualdade e discriminação. Nessa perspectiva, a “diferença” é uma situação natural ou cultural, protegida pelos direitos fundamentais e cujas peculiaridades distinguem e individualizam os indivíduos, ou seja, formam sua identidade dentro da esfera jurídica pública, sendo a característica tutelada pela igualdade formal dos direitos fundamentais de liberdade contra discriminações e privilégios. A desigualdade é uma situação de disparidade social ou econômica entre sujeitos, fruto da sua não equivalência nos direitos patrimoniais, ou seja, é a diversidade de condições materiais das esferas jurídicas privadas que, através dos direitos sociais, deve ser reduzida. A discriminação, por fim, é um tipo de desigualdade antijurídica fundamentada na violação do princípio da igualdade através do tratamento desigual daqueles igualmente tutelados pelos direitos fundamentais e pela baixa concretização dos direitos sociais, fruto da “[...] debilidade, ou pior, da carência de garantias, primárias ou secundárias, em relação a todas as quatro classes de direitos fundamentais [...] – os direitos políticos, os direitos civis, os direitos de liberdade e os direitos sociais [...]” (FERRAJOLI, 2007a, p. 792).

Essa relação entre direitos fundamentais/igualdade e direitos patrimoniais/desigualdade é de extrema importância para o garantismo, pois a criação de técnicas adequadas para a tutela dos direitos fundamentais passa pela compreensão da diferença entre esses direitos. Contudo, tanto os sistemas jurídicos como grande parte dos teóricos, inclusive na atualidade, insistem em conjugar liberdade e propriedade como se ambas pertencessem ao mesmo grupo de direitos, podendo-se constatar, na história, que foram elaboradas técnicas de garantia muito eficazes para a proteção dos direitos patrimoniais. A polissemia da expressão “direito de propriedade” pode induzir ao erro de considerar, como se fossem a mesma coisa, “[...] o direito de se tornar proprietário e de dispor dos próprios direitos de propriedade [...] [e também o] concreto direito de propriedade sobre aquele ou este bem [...]” (FERRAJOLI, 2011b, p. 19). O primeiro, todavia, é um atributo da própria capacidade de agir, fruto dos direitos civis e, portanto, corretamente qualificado como

⁸⁷ (y) (DCIy \equiv (z) (UGUzy · CAAz)).

⁸⁸ (y) (DPLY \equiv (z) (UGUzy · CITz · CAAz)).

direito fundamental. O segundo, por sua vez, é apenas direito patrimonial, com todas as consequências demonstradas anteriormente. A confusão entre ambos, dirá Luigi Ferrajoli, é um grande equívoco teórico que trouxe resultados políticos negativos tanto para o pensamento liberal, com a valorização da propriedade a ponto de torná-la equivalente à liberdade, quanto para a teoria marxista, que, através da mesma equiparação, desvalorizou o direito de liberdade como um “direito burguês”.

É possível concluir, assim, que o “direito de propriedade” é um direito fundamental somente se considerado como direito civil de tornar-se proprietário – universal a todas as pessoas – ou de dispor do próprio patrimônio – universal para aqueles com capacidade de agir. “Disponível” é qualquer direito subjetivo singular não imediatamente disposto por uma norma tética, mas predisposto por uma norma hipotética (FERRAJOLI, 2007a, p. 760). Luigi Ferrajoli (2011b, p. 20) enumera quatro diferenças estruturais entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais. A primeira delas, no sentido já delineado anteriormente, está relacionada à universalidade dos direitos fundamentais e à individualidade dos direitos patrimoniais. Tais atributos, contudo, não se confundem com o conteúdo econômico desses direitos, pois, apesar de eles estarem nitidamente relacionados aos direitos patrimoniais, “[...] há um conteúdo econômico também em muitos direitos sociais fundamentais, como aqueles à assistência, à previdência, à saúde, à renda mínima, atribuídos universalmente a todos enquanto pessoas ou cidadãos [...]” (FERRAJOLI, 2007a, p. 761)⁸⁹.

A segunda diferença entre direitos fundamentais e patrimoniais é uma consequência da anterior. Estruturalmente, os primeiros “[...] são direitos indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransponíveis e personalíssimos. Os direitos patrimoniais são, ao invés disso, direitos disponíveis, por sua natureza [...] negociáveis e alienáveis. Estes se acumulam, aqueles permanecem invariáveis” (FERRAJOLI, 2011b, p. 20). Para fins deste trabalho, por exemplo, não deveria ser possível ter mais liberdade de expressão⁹⁰, mas é aceitável ser “mais” ou “menos” proprietário de determinado veículo de comunicação de massas. Os direitos fundamentais, por serem indisponíveis, não podem ser limitados pelas decisões das esferas política ou econômica. A violação dessa indisponibilidade é contrária à própria

⁸⁹ No original: “[...] hanno un contenuto economico anche molti diritti sociali fondamentali, come quelli all’assistenza, alla previdenza, alla salute, all’alimentazione o a un reddito minimo di base, ascritti universalmente a tutti in quanto persone o cittadini [...]”.

⁹⁰ Infelizmente, será visto que, dada a ausência de garantias para a liberdade de expressão, é possível, nesse caso, ter a expressão “mais” ou “menos” livre. Ressalte-se, no entanto, que a natureza formal da teoria proposta prescinde dos diversos conteúdos concretos relativos à prestação dos direitos fundamentais.

definição de direito fundamental, pois teria como resultado o fim da sua universalidade. Isso “tanto é verdade que, onde fosse consentida a sua disposição – por exemplo, admitindo-se a escravidão ou a alienação da liberdade, ou talvez da vida, ou do voto – seriam estes [degradados a] direitos patrimoniais” (FERRAJOLI, 2011b, p. 22) de forma que nem mesmo os próprios titulares de direitos fundamentais podem deles dispor.

A terceira diferença está relacionada às distinções estruturais entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais. Estes são disponíveis, surgem, modificam-se e extinguem-se a partir de atos jurídicos; aqueles só podem nascer através da legislação, havendo, inclusive, proibição de sua modificação *in pejus* ou extinção⁹¹. Dessa forma, “[...] enquanto os direitos fundamentais são normas, os direitos patrimoniais são predispostos por normas” (FERRAJOLI, 2011b, p. 23). Os direitos fundamentais são as próprias normas que condicionam o exercício dos direitos patrimoniais, ou seja, normas téticas, dimensão nomostática do ordenamento jurídico, que não exigem mais que meros comportamentos do sujeito; os direitos patrimoniais são situações de poder individualizáveis, regulamentados por atos individuais, normas hipotéticas, dimensão nomodinâmica do ordenamento que interferem na esfera jurídica de terceiros.

A quarta diferença está relacionada à superioridade hierárquica dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito, de modo que “enquanto os direitos patrimoniais são, por assim dizer, horizontais, os direitos fundamentais são verticais” (FERRAJOLI, 2011b, p. 24). Essa horizontalidade ocorre tanto no que concerne ao tipo de relação jurídica estabelecida por eles, um de direito privado, outro de direito público, quanto ao tipo e destinatário das obrigações derivadas dessas relações que, no caso dos direitos fundamentais, são limites-vínculos impostos pelo garantismo inerente ao Estado constitucional de direito na busca pela sua concretização.

Essas características, conforme afirmado anteriormente, são atributos formais e estruturais de ambos os direitos, e não de uma suposta natureza “intrínseca” de cada um deles, pois, caso um ordenamento jurídico específico considerasse disponível, por exemplo, o direito à liberdade de expressão, ele seria patrimonial. Portanto, os direitos fundamentais são direitos de igualdade, visto que, além de serem atribuídos a todas as pessoas, são invariáveis e vinculados igualmente através do direito positivo. Pelo contrário, os direitos patrimoniais estão associados às desigualdades, uma vez que, além de a sua titularidade exigir a exclusão

⁹¹ Para mais detalhes sobre a proibição do retrocesso social, recomenda-se a leitura de Lenio Streck (2011a, p. 67).

dos outros, podem ser comercializados, doados e abdicados. Ao contrário do que ocorre com os direitos patrimoniais, a possibilidade de dispor dos direitos de liberdade ou de autonomia resultaria no colapso do liberalismo e da democracia, porque seria possível sujeitá-los às vontades das maiorias e do poder econômico. Sob esse aspecto, ainda que de maneira aparentemente contraditória, as garantias, ao estabelecerem limites para o exercício dos direitos de autonomia civil ou política, são indispensáveis para os direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2011b, p. 22-23).

A igualdade depende da extensão das classes de sujeitos titulares dos direitos fundamentais, de forma que sua universalidade está relacionada ao aumento das garantias contra a subtração pelos poderes, públicos ou privados, pois o crescimento destes resulta igualmente na expansão daquela. Em sentido contrário, há uma relação entre desigualdades e direitos patrimoniais, pois estes não estão sujeitos à universalidade em virtude de que sua titularidade é sempre exclusiva – ainda que para um grupo de sujeitos em detrimento de outros grupos – com multiplicação dos poderes exercidos pelos seus detentores. O pluralismo, garantia essencial do princípio da igualdade jurídica, deve proteger a diversidade cultural através da proteção da expressão das minorias, evitando que, em virtude da confusão entre liberdade, igualdade, patrimônio e desigualdade, a única diversidade cultural seja aquela permitida pelos “mais iguais que os outros” da metáfora orwelliana.

1.3 TEORIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1.3.1 Fundamentação histórica e delimitação conceitual

Os seres humanos, afirmou Emmanuel Carneiro Leão, na apresentação brasileira da obra “Ser e Tempo”, de Martin Heidegger, “[...] falam para responder e são para falar [...] é o ser que fala mesmo quando não fala e cala [...]” (in HEIDEGGER, 1999, p. 16). O pensamento humano só pode existir através da sua expressão, como ocorre com a arte e a palavra, escrita ou falada. Sua força funda o mundo⁹², sendo possível considerar que a expressão, isto é, a externalização do pensamento, é condição de existência do homem.

O problema conceitual, fruto da pluralidade de designações utilizadas para descrever os direitos relacionados à liberdade de expressão, parece ser recorrente no universo jurídico. Os diversos nomes atribuídos à liberdade para difundir o pensamento humano, na opinião de

⁹² Veja-se, por exemplo, o poder da palavra atribuído no mito judaico-cristão quando, com duas simples palavras – haja luz (אֵרָא) –, Javé teria criado todo o universo.

Edilson Farias (2004, p. 52), seriam capazes de “[...] majorar as imprecisões e a insegurança jurídica sobre o assunto, já em si tendencialmente polêmico”.

Sendo a teoria do direito “[...] um sistema de conceitos e de assertivas teóricas interpretáveis [...]” (FERRAJOLI, 2007a, p. 9)⁹³, mostra-se fundamental delimitar o que se entende por liberdade de expressão e quais os motivos que levaram à utilização dessa nomenclatura em detrimento das outras existentes. Para tanto, serão demonstrados alguns conceitos que elucidarão a escolha feita no presente trabalho.

É necessário, porém, explicitar previamente a escolha teórica feita na elaboração deste trabalho pela terminologia “liberdade de expressão”, especialmente em virtude da interessante divergência conceitual aberta por Edilson Farias (2004) que prefere utilizar o termo “[...] liberdade de expressão e comunicação para representar o conjunto dos direitos, liberdades e garantias relacionadas à difusão das idéias e das notícias” (FARIAS, 2004, p. 53). Para o referido autor, a “liberdade de expressão” seria um gênero capaz de substituir as espécies “liberdade de manifestação do pensamento”, “liberdade de manifestação da opinião e “liberdade de manifestação da consciência”. Já a “liberdade de comunicação” poderia substituir a “liberdade de imprensa” e a “liberdade de informação”, especialmente no complexo emaranhado de meios de comunicação de massas da sociedade atual. Enquanto esta teria como objeto a difusão de fatos ou notícias, aquela faria referência à manifestação de pensamentos, ideias e opiniões. A união das duas terminologias, liberdade de expressão e comunicação, seria capaz de “[...] captar melhor a evolução jurídica da comunicação humana desde os seus primórdios, como liberdade negativa [...] até a atualidade, com o acréscimo da liberdade positiva de comunicar fatos por meios institucionalizados [...]” (FARIAS, 2004, p. 54). A importância prática dessa distinção, para o referido autor, estaria relacionada à delimitação de responsabilidades decorrentes do exercício da liberdade de expressão e comunicação.

Apesar de ser possível delimitar a liberdade de expressão da maneira como foi procedida por Farias (2004) e agregar nomenclatura “liberdade de comunicação”, opta-se aqui pela aplicação da *lex parsimoniae*, pela não multiplicação dos entes além do necessário. O conceito “amplo” da liberdade de expressão, conforme reconhece Farias (2004, p. 55), equivale ao “*free speech*” da doutrina anglo-saxônica e demonstra-se capaz de delimitar o direito fundamental que se quer proteger aqui. Nesse aspecto, poderia ser aplicada a indução feita pelo próprio Farias para preferir os gêneros – liberdade de expressão e liberdade de

⁹³ No original: “[...] un sistema di concetti e di asserti teorici interpretabile [...]”.

comunicação – em vez das espécies – liberdade de manifestação do pensamento, da consciência, de imprensa etc. – sendo, portanto, desnecessário agregar a liberdade de comunicação à terminologia da liberdade de expressão, pois esta engloba aquela. A eventual distinção para fins de responsabilização não reside no conceito, mas no conteúdo e na forma da divulgação, assim como no sujeito que praticou tal ato.

Para alguns observadores, o debate sobre a liberdade de expressão pode parecer irrelevante. Desde o século XIX, essa era a esperança de John Stuart Mill (2006, p. 18), que almejava a desnecessidade de qualquer defesa da liberdade de expressão como garantia contra governos tirânicos ou corruptos. “Nenhuma discussão, podemos supor, é atualmente necessária contra a permissão para que o legislativo ou executivo possam, sem interesse popular, prescrever opiniões às pessoas e determinar quais doutrinas ou argumentos elas podem ouvir” (MILL, 2006, p. 18)⁹⁴. No entanto, o tema ainda é extremamente rico, apesar do enfoque diverso daquele dado pelo autor britânico, conforme explicita David van Mill (2009), para quem a liberdade de expressão, apesar de ser um dos assuntos mais controversos nas sociedades liberais, não é devidamente valorizada, e sua importância aparece somente quando as restrições se tornam incontroversas. No mesmo sentido é o pensamento de Joseph Raz (1991, p. 303), que considera a liberdade de expressão um “quebra-cabeças liberal”⁹⁵. Para ele, apesar da convicção a respeito da importância da liberdade de expressão, a sociedade ocidental atual, acostumada à perspectiva negativa desse direito fundamental, preocupa-se majoritariamente com direitos fundamentais sociais, como saúde e trabalho.

Owen Fiss (1996, po. 12-20)⁹⁶ afirma que muitos consideram irrelevantes as controvérsias atuais sobre a liberdade de expressão, mas que isso só ocorre quando se comete o erro de analisar seus problemas com as mesmas perspectivas do passado. Anteriormente, os debates tinham, como ponto de partida, a ideia de que o Estado, ao tentar silenciar os indivíduos, era um inimigo da liberdade de expressão, que deveria ser limitado. “Existe muita sabedoria nessa visão, mas ela representa apenas uma meia verdade” (FISS, 1996, po. 17)⁹⁷. Obviamente, é possível considerar o ente estatal como opressor, mas também como fonte da

⁹⁴ No original: “No argument, we may suppose, can now be needed, against permitting a legislature or an executive, not identified in interest with the people, to prescribe opinions to them, and determine what doctrines or what arguments they shall be allowed to hear”.

⁹⁵ É necessário ressaltar que o autor deixa claro, em nota de rodapé da mesma página, que se refere ao liberalismo como cultura política dominante na maioria das sociedades, e não como uma doutrina filosófica específica.

⁹⁶ A abreviatura “po.” servirá, durante o trabalho, para referenciar determinados tipos de obras digitais que não trabalham com páginas, mas com “posições”.

⁹⁷ No original: “There is much wisdom to this view, but it represents only a half truth”.

liberdade de expressão. Ao analisar o amplo leque de problemas que esse direito fundamental enfrenta atualmente, inclusive as questões sobre o acesso aos meios de comunicação de massas, fica claro que as concepções tradicionais podem resultar em enganos e, sobretudo, possível perceber “[...] como o Estado pode se tornar o amigo, ao invés do inimigo, da liberdade” (FISS, 1996, po. 19)⁹⁸. A visão tradicional da liberdade de expressão deixa de levar em conta o impacto que concentrações privadas de poder econômico têm sobre ela e que, em algumas situações, a interferência estatal é necessária para equilibrar essas forças. A natureza pública da liberdade de expressão deve ser protegida pelo Estado com o objetivo de ampliar os temas colocados para debate público e de permitir o livre e racional desenvolvimento da opinião pública.

A liberdade de expressão é um dos fundamentos das sociedades democráticas ocidentais, sendo considerada como um dos indicadores da democracia (FARIAS, 2000, p. 159) e o cerne de toda uma gama de liberdades e direitos (CHOMSKY, 2003, p. 492). Em 1980, o relatório final da *International Commission for the Study of Communication Problems*, conhecida também pelo nome do seu presidente, Sean MacBride (UNESCO, 1980), cujo título é, não coincidentemente, “muitas vozes, um mundo”, caracterizou a liberdade de expressão como o conjunto de três direitos: 1) o direito de saber, ou seja, de procurar e receber livremente as informações – não manipuladas deliberadamente – sempre que desejar, especialmente quando forem pertinentes à vida individual e coletiva do homem; 2) o direito de o indivíduo comunicar aos outros a verdade – naquilo que entender como tal – sem sofrer intimidação nem ser impedido de ter acesso aos meios de comunicação; 3) o direito de discutir, ou seja, de influir – e sofrer influência – nas decisões que o afetem.

Esse direito fundamental também pode ser analisado sob duas perspectivas: uma, de natureza subjetiva ou libertária, atribui-lhe valor indispensável na proteção da dignidade e no livre desenvolvimento do homem; outra, de natureza objetiva ou democrática, diz respeito ao grau de diversidade dos pontos de vista expressos na sociedade e da sua pertinência aos assuntos de interesse público (FARIAS, 2004, p. 64-74; FISS, 1996, po. 20). A perspectiva subjetiva da liberdade de expressão é aquela voltada para o indivíduo e tem suas fontes em John Milton (1562-1647) e em John Stuart Mill (1806-1873). Para ambos, a verdade – que teria natureza objetiva – só poderia ser alcançada através da livre discussão de ideias, mesmo que erradas, pois estas seriam naturalmente eliminadas e ajudariam a encontrar a verdade.

⁹⁸ No original: “[...] how the state might become the friend, rather than the enemy, of freedom”.

Atualmente, um dos defensores da perspectiva subjetiva desse direito fundamental é Ronald Dworkin (1996, p. 195-213), que dedica diversos trechos de suas obras para refletir sobre a fundamentação moral da liberdade de expressão e rechaçar qualquer tipo de restrição que ela possa sofrer. A perspectiva objetiva da liberdade de expressão é aquela voltada para a sociedade. Para seus defensores, esse direito fundamental deve atuar como propulsor da pluralidade de ideias colocadas no debate público e, conseqüentemente, como suporte da democracia. Foi nessa linha de raciocínio que se deu a primeira emenda da constituição norte-americana ao impedir qualquer tentativa de legislação relativa ao tema. O direito fundamental em questão cumpriria, assim, dupla função na democracia: uma, de natureza informativa, pois o livre fluxo informativo seria capaz de permitir melhores condições de avaliação pelos indivíduos nos assuntos de interesse coletivo; outra, de natureza crítica, asseguraria o permanente questionamento público sobre o poder político e as instituições estabelecidas (FARIAS, 2004, p. 70).

Os processos históricos formadores dos direitos de liberdade, da qual deriva a liberdade de expressão, – ou, para alguns, a liberdade de imprensa e o direito à informação – são trazidos por Gregorio Peces-Barba Martínez *et al* (1977, p. 27-78). Para os autores, a liberdade de expressão é “[...] o direito de expressar publicamente, externamente, sua opinião, seu pensamento. É um aspecto das liberdades do espírito para difundir as concepções de mundo, as opiniões e as respostas sobre os diversos problemas colocados pela realidade social [...]” (PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, 1977, p. 29)⁹⁹ e seria derivada da liberdade de pensamento e opinião – definida como o direito de escolher o sistema de pensamento que se considera mais adequado e de construir, sem restrições ou imposições externas, o próprio raciocínio apto a responder aos problemas das relações interindividuais e sociais. A liberdade de pensamento e opinião, ao permitir a possibilidade de conhecer as opiniões dos outros, seria fortalecida pela liberdade de expressão.

O reconhecimento histórico da liberdade de expressão teria iniciado com o estabelecimento da liberdade de imprensa na *Déclaration des droits de l’Homme et du Citoyen* de 1789, que, em seu artigo 11º, afirmava que “a livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos

⁹⁹ No original: “[...] el derecho a expresar públicamente, externamente, su opinión, su pensamiento. Es un aspecto de las libertades del espíritu para difundir las concepciones del mundo, las opiniones y las respuestas sobre los diversos problemas que plantea la realidad a todos los niveles [...]”.

previstos na lei”¹⁰⁰. Posteriormente, a primeira emenda à constituição dos Estados Unidos da América¹⁰¹ adicionou a proibição, para o Congresso Nacional¹⁰², de elaborar leis que diminuíssem a liberdade de expressão ou de imprensa, o que ocorreu de maneira similar no artigo 8º da constituição francesa de 1848, no art. 13º da constituição espanhola de 1876, na declaração universal dos direitos humanos, de 1948, dentre outros. Na atualidade, o tema adquiriu novas perspectivas em virtude da diversidade dos meios de difusão de ideias, especialmente a televisão, cujo alcance e influência sobre a opinião pública é inquestionável, mas que necessita de elevados investimentos em infraestrutura, o que torna as *media*¹⁰³ instrumentos de expressão fundamentais na sociedade atual e que, por sua importância, “[...] a regulação desses instrumentos, constitui, basicamente, a regulação do direito de expressar-se [...]” (PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, 1977, p. 35)¹⁰⁴.

Para os referidos autores, a liberdade de imprensa, surgida a partir dos séculos XVIII e XIX, seria apenas uma vertente da liberdade de expressão, fruto do progresso científico associado aos meios de difusão de informação, que se expandiram em virtude do avanço das técnicas de transmissão de mensagens. Para eles, a liberdade de imprensa pode ser subdividida em quatro direitos: o direito de expressar livremente as próprias ideias por meio de impressos e periódicos sem sofrer censura; o direito de fundar empresas de comunicação; o direito de difundir e distribuir suas publicações e, por fim, o direito dos profissionais da comunicação de manterem sua independência, liberdade de opinião e pensamento, com a

¹⁰⁰ No original: “La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l’abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la Loi.”

¹⁰¹ No original: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

¹⁰² Posteriormente, em *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925), a corte suprema daquele país decidiu, ao contrário do precedente de *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833), pela aplicação da “incorporation doctrine”, ou seja, pela vinculação de todos os membros da federação à Bill of Rights.

¹⁰³ Essa palavra, derivada do latim “medium”, segundo o “Merriam-Webster Dictionary”, significa, quando utilizada no plural, os membros da “mass media”, ou seja, “dos meios de comunicação (jornais, rádio ou televisão), designados para alcançar as massas” (traduzido). No mesmo sentido, o “Cambridge British English Dictionary” informa que a palavra *media* abrange “jornais, revistas, rádio e televisão quando considerados como um grupo” (traduzido). Como a língua inglesa, salvo no caso dos pronomes, não trabalha com gêneros gramaticais, adotou-se, neste trabalho, o gênero feminino, assim como ocorre com a palavra homófona “mídia”, já comum no idioma pátrio. Observe-se que, ao contrário desta, capaz de ser empregada para designar os suportes físicos de difusão de informações, a palavra escolhida – *media* – é utilizada no inglês exclusivamente para se referir ao conjunto de veículos que compõem os meios de comunicação de massas. Para uma compreensão do conceito, ainda que com divergências, remete-se à leitura de John Brookshire Thompson (1998, p. 43-54).

¹⁰⁴ No original: “[...] la regulación de estos instrumentos constituye; básicamente, la regulación del derecho a expresarse libremente [...]”.

possibilidade de estabelecimento de cláusulas de objeção de consciência nos contratos de trabalho (PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, 1977, p. 30).

A fim de melhor delimitar o conceito de liberdade de expressão, Peces-Barba Martínez *et al* (1977, p. 32) distinguem-na da liberdade de pensamento e opinião, ainda que afirmem que tal distinção não é comumente aceita pela doutrina em virtude de que esta seria uma liberdade “psicológica” e, portanto, incapaz de ser tutelada pelo direito. Contudo, os autores afirmam ser necessário manter uma dupla distinção – formal e subjetiva – entre liberdade de pensamento e opinião e liberdade de expressão.

A distinção formal¹⁰⁵ entre essas duas liberdades seria aquela relacionada ao fato de que a liberdade de expressão significaria a possibilidade de comunicar-se livre e independentemente do seu conteúdo; a liberdade de opinião ou pensamento¹⁰⁶ corresponderia à impossibilidade de proibição do pensamento. Apesar da dificuldade de aceitar essa distinção – os próprios autores reconhecem sua artificialidade – argumentam que um fator – a censura em regimes repressores – seria suficiente para justificá-la. Constroem, assim, a seguinte visão hipotética: imaginando um regime que submetesse todas as publicações escritas à censura prévia, todos os indivíduos careceriam de liberdade de expressão, pois estariam impossibilitados de expressarem o próprio pensamento sem restrições; por outro lado, num ordenamento jurídico em que fosse permitida a expressão de qualquer texto escrito, mas que proibisse discussões sobre temas relacionados à política, ter-se-ia liberdade de expressão, mas não liberdade de opinião (PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, 1977, p. 33).

A segunda diferenciação proposta pelos autores está relacionada ao que denominam de perspectiva subjetiva da liberdade de expressão e da liberdade de opinião e pensamento. Para eles, ainda que seja verdade que “[...] o pensamento e a opinião tenham uma dimensão psicológica incoercível, de tal modo que ninguém pode ser privado da liberdade no fundo de sua consciência [...], não é menos certo que possam existir tentativas legais de violar esse pensamento [...]” (PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, 1977, p. 34)¹⁰⁷. Não seria o caso de

¹⁰⁵ A distinção, acredita-se, carece de relevância prática e consiste apenas na equivocada percepção de que a expressão humana não está vinculada à opinião do sujeito que comunica. Ao contrário da solução proposta pelos autores, parece claro que a proibição de determinados assuntos também consiste em violação da liberdade de expressão. Coloca-se a classificação, contudo, para demonstrar as diversas perspectivas existentes sobre o problema.

¹⁰⁶ Peces-Barba Martínez *et al* (1977, p. 33) utilizam as expressões “liberdade de pensamento e opinião” e “liberdade de opinião ou pensamento” de maneira indistinta.

¹⁰⁷ No original: “[...] el pensamiento y la opinión tienen una dimensión psicológica incoercible, de tal modo que nadie puede ser privado de libertad en el fondo de su conciencia [...] no es menos cierto que pueden existir tentativas legales de violentar ese pensamiento[...]”.

proibição de manifestação de pensamento, mas de imposição externa determinando como o indivíduo deveria pensar.

As formas indiretas de pressão, ainda que não anulem totalmente a liberdade psicológica interna da própria pessoa, podem, muitas vezes, interiorizar a repressão nos indivíduos e levá-los a trair suas mais íntimas convicções. Essas situações são ilustradas pelos autores através dos exemplos de adoção de uma religião oficial e compulsória pelo Estado, da necessidade de compatibilidade das opiniões de candidato aos cargos públicos como critério de seleção ou, resalte-se a importância para o presente estudo, através da propaganda comum, “[...] que tende a limitar a capacidade de opção do indivíduo ou as formas [...] de propaganda subliminar, possíveis através do cinema ou da televisão e que agem sobre o inconsciente, impedindo que a parte consciente do indivíduo possa detectar a pressão a que é submetido” (PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, 1977, p. 35)¹⁰⁸.

Tradicionalmente, afirmam os autores, a abordagem da liberdade de expressão tem conotação liberal-individualista de modo que a função do Estado seria apenas reprimir posteriormente os excessos praticados pelos indivíduos, o que inviabilizaria a censura prévia. A característica fundamental desse entendimento da liberdade de expressão é a relevância dada à função repressiva estatal, pois entende ser a punição posterior a única forma de evitar abusos no exercício desse direito fundamental (PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, 1977, p. 42).

O entendimento “autoritário” acerca da liberdade de expressão possibilita a existência de um sistema “preventivo”. Nessa perspectiva, o Estado atua como representante da sociedade e seu dever é protegê-la por meio do controle prévio de conteúdo e do monopólio estatal dos meios de comunicação. “Como pode se observar, o Estado previne o abuso da liberdade evitando-a desde a raiz, submetendo o que os particulares querem escrever ao prévio filtro dos seus critérios antes que sejam publicamente difundidos [...]” (PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, 1977, p. 43)¹⁰⁹. A utilização desse tipo de sistema preventivo resulta, invariavelmente, no abuso do poder daqueles que exercitam o controle prévio, o que elimina quaisquer vestígios da liberdade, situação incompatível com os direitos fundamentais.

¹⁰⁸ No original: “[...] que tiende a limitar la capacidad de opción del individuo o las formas [...] de propaganda sub-liminar, posibles a través del cine o la televisión y que obran sobre el inconsciente, impidiendo que la parte consciente del individuo pueda detectar la presión a la que es sometida”.

¹⁰⁹ No original: “Como puede observarse el Estado previene el abuso de la libertad, evitándolo desde la raíz, sometiendo lo que los particulares quieren escribir al previo tamiz de sus criterios, antes de que lo difundan públicamente [...]”.

Peces-Barba Martínez *et al* (1977, p. 48) analisam, como parte da liberdade de expressão, aquilo que chamam de “direito de informação”. Os autores realizam uma tripla distinção desse direito que, para eles, “[...] não é pura elucubração, mas encontra seu significado e razão de ser no fato de que o conceito de direito à informação não é só manejado atualmente por pessoas que respeitam a liberdade de expressão, [...] mas também [...] por pessoas de tipo oposto [...]” (PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, 1977, p. 48-49)¹¹⁰.

O primeiro sentido, substituto da liberdade de expressão como o direito de ser informado, implicaria uma mudança da sua compreensão tradicional, que deixaria de ser um direito individual para ser da coletividade. No entanto, essa concepção, já vista nos ordenamentos autoritários, demonstra-se perigosa na medida em que pode resultar na “tirania das maiorias” (PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, 1977, p. 50).

O segundo sentido considera o direito de informação como aquele que faculta a todo cidadão¹¹¹ receber informações exatas e objetivas dos meios de comunicação. Contudo, isso resulta mais de uma posição ético-jornalística do que de uma possibilidade real e poderia gerar mais resultados danosos que benéficos. A verdade não é uma essência capaz de ser captada por uma mente privilegiada: é sempre precária, fruto da compreensão de mundo, também precária, do homem, inexistindo alguém capaz de determinar a verdade fora da precariedade da condição humana¹¹². Assim, o direito de resposta e indenização seria a forma suficiente – e possível – para reparar os prejuízos causados por divulgação de informações inverídicas (PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, 1977, p. 51).

O terceiro sentido entende o direito de informação como direito fundamental do cidadão de ter acesso a todas as informações sobre as atividades estatais¹¹³ pelo “[...] fato de ser o indivíduo parte da comunidade, cuja expressão é o Estado [...]” (PECES-BARBA

¹¹⁰ No original: “[...] no es una pura elucubración, sino que encuentra su significación y razón de ser en el hecho de que el concepto de derecho a la información no es sólo manejado hoy día por personas respetuosas de la libertad de expresión, [...] sino que también [...] por personas de signo contrario [...]”.

¹¹¹ Ao contrário da distinção feita no item 1.1.3, os autores não diferenciam a titularidade dos direitos fundamentais dos cidadãos e de todas as pessoas.

¹¹² *Mutatis mutandis*, é possível proceder à leitura sobre a possibilidade de obtenção da “resposta correta” em Lenio Streck (2007b, p. 356) e aplicá-la à “informação correta”. Apesar de referir-se à teoria da decisão, o autor coloca que a resposta correta, fruto da superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica, não é nem a única nem a melhor entre várias. Sobre o assunto, remete-se o leitor à integralidade das obras (2010, 2011a, 2011b).

¹¹³ Para maiores detalhes sobre a relação entre segredo e democracia, remete-se à leitura do artigo de Daniela Cademartori e Sergio Cademartori (2011, p. 316-328).

MARTÍNEZ *et al.*, 1977, p. 52)¹¹⁴. No mesmo sentido é a afirmação de Norberto Bobbio (1997d, p. 10), para quem a grande proposta dos primeiros regimes democráticos teria sido desvelar o núcleo duro e oculto do poder, uma das razões de superioridade da democracia em relação ao Estado absoluto, em que eram defendidos os poderes ocultos – *arcana imperii* – pois, nas palavras de Bobbio, “enquanto a presença de um poder invisível corrompe a democracia, a existência de grupos de poder que se sucedem mediante eleições livres permanece [...] como a única forma na qual a democracia encontrou a sua concreta atuação” (1997d, p. 11)¹¹⁵. Com isso, reafirma-se a fórmula kantiana, segundo a qual são injustas todas as ações que se referem ao direito de outros homens cujos princípios não suportam a publicação (KANT, 2006, p. 110).

Por fim, cumpre-se colocar outra diferenciação conceitual, desta vez proposta por Luigi Ferrajoli (2007b, p. 337). Para ele, a liberdade expressão¹¹⁶ é o direito fundamental de liberdade-faculdade mais clássico e elementar, podendo ser analisado sob a perspectiva negativa – como “liberdade de” – ou positiva – como “liberdade para”. Dentro da primeira, a liberdade de expressão consistiria não só numa possibilidade de difundir as próprias ideias, mas numa expectativa negativa de fazê-lo sem sofrer restrições e impedimentos ou necessitar de autorização prévia. “Sob esse aspecto, a liberdade de manifestação do pensamento é um direito negativo igual à liberdade de consciência e todos os outros direitos de liberdade [...]” (FERRAJOLI, 2007b, p. 338)¹¹⁷, sendo proibida sua utilização para violar a intimidade ou honra alheias, por ser limitada pelas garantias de imunidade dos direitos fundamentais dos outros indivíduos¹¹⁸. O outro aspecto, tema central deste trabalho, é a garantia da liberdade de expressão através da sua dimensão positiva como “liberdade para”, que, como será visto¹¹⁹, foi anulada pela vinculação do seu exercício à propriedade dos meios de comunicação de massas.

¹¹⁴ No original: “[...] hecho de ser el individuo parte de la comunidad, cuya expresión es el Estado [...]”.

¹¹⁵ Para a relação entre a democracia e o poder invisível, remete-se à leitura dos itens 2.1.2. Sobre o vínculo entre os meios de comunicação de massas e a visibilidade do poder, leia-se o item 3.1.2.

¹¹⁶ Ferrajoli utiliza a “liberdade de manifestação do pensamento” – *libertà di manifestazione del pensiero* – no mesmo sentido de “liberdade de expressão” entendido neste trabalho.

¹¹⁷ No original: “Sotto questo aspetto la libertà di manifestazione del pensiero è un diritto negativo al pari della libertà di coscienza e di tutti gli altri diritti di libertà [...]”.

¹¹⁸ Item 1.3.2.

¹¹⁹ Item 1.3.3.

1.3.2 Limitação da liberdade de expressão: *hate speeches*

O valor inquestionável da liberdade de expressão foi anteriormente estabelecido. Cumpre, agora, analisar uma das possibilidades de restrição legítima desse direito fundamental, em especial na sua perspectiva negativa e, por isso, limitado aos direitos fundamentais de terceiros. Não será abordado o antigo debate sobre a ponderação de valores ou o uso do “princípio da proporcionalidade” como guia no caso de aparente colisão entre liberdade de expressão e outros direitos fundamentais¹²⁰. Não se trata, aqui, de estabelecer *standards* pré-concebidos sobre qual direito fundamental deve “preponderar” no caso concreto, mas de contrapor fundamentações teóricas, especialmente as de Ronald Dworkin (2005) à possibilidade de limitação dos discursos de incitamento ao ódio – *hate speeches* – sob a luz do que foi elucidado anteriormente sobre a relação entre direitos fundamentais, igualdade e proibição de discriminação.

Nessa senda, Ronald Dworkin sustenta que a liberdade de expressão, numa postura constitutiva, colocaria o cidadão como agente moral responsável pelos rumos da política. Dessa forma, ao Estado não seria permitido impossibilitar que as minorias discutam temas polêmicos ou que essas pessoas sejam desqualificadas como se fossem de poucas virtudes. Para tanto, coloca a pergunta “*Why Must Speech be Free?*”, que será respondida por ele mesmo. Segundo o referido autor, uma das grandes decisões sobre a liberdade de expressão da *Supreme Court* dos EUA ocorreu no caso *New York Times Co v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Nela, foi garantida a liberdade de expressão para que jornalistas publicassem notícias sobre funcionários do governo, decisão cuja importância fez o autor questionar se o famoso caso *Watergate* teria ocorrido caso ela não tivesse sido tomada (DWORKIN, 2005, p. 195-196).

Para Dworkin, a liberdade de expressão é um conceito muito abstrato na constituição estadunidense. Ela não pode ser aplicada aos casos concretos a menos que lhe seja atribuída certa finalidade ou propósito. Afinal, não se tratava simplesmente de tentar decifrar o que pensavam os responsáveis pelo trecho da primeira emenda, que estabeleceu aquele direito fundamental, mas, antes de tudo, de buscar uma fundamentação política para a liberdade de expressão que fosse capaz de adequar-se aos precedentes da *Supreme Court* e que também pudesse “[...] oferecer um argumento convincente sobre os motivos que temos para dar à

¹²⁰ Para maiores detalhes sobre uma contundente crítica ao uso indiscriminado dos “princípios” no direito brasileiro, remete-se à leitura da obra de Lenio Streck (2004, 2010, 2011a, 2011b).

liberdade de expressão um lugar tão especial e privilegiado entre as nossas liberdades” (DWORKIN, 2005, p. 195-199)¹²¹.

Por muito tempo, foi adotado, naquele país, o entendimento de William Blackstone (1723-1780), que afirmava que o governo não poderia impedir os cidadãos de publicarem o que quisessem, mas estaria livre para punir, posteriormente, caso fossem expressas opiniões ofensivas ou perigosas (DWORKIN, 2005, p. 196-197). O sentido oposto seria aquele dos regimes ditatoriais com controle prévio de conteúdo – *previous restraint* – criticado até mesmo por Blackstone, cuja posição é similar a de John Milton e dos federalistas, como uma visão extremamente limitada da liberdade de expressão (DWORKIN, 2005, p. 197).

O posicionamento de Blackstone permaneceu pacífico até o voto do juiz Learned Hand no caso *Masses Publishing Co. v. Patten*, 244 F. 535 (*Southern District of New York*, 1917). A partir daquela decisão, passou a vigorar, nos EUA, a visão sobre a liberdade de expressão que afirmava que a constituição obrigaria os indivíduos ao experimento das opiniões, baseando-se na presunção de que o melhor teste para a verdade seria o poder de determinada ideia ser aceita na “competição do mercado de ideias” (DWORKIN, 2005, p. 198). Em suma, os estudiosos e advogados estadunidenses propuseram, durante a história, diversas fundamentações para a liberdade de expressão, mas a maioria delas pode ser enquadrada em dois grupos principais que, apesar de divergentes, possuem em comum o fato de não serem mutuamente excludentes e não pressuporem a liberdade de expressão absoluta (DWORKIN, 2005, p. 199).

O primeiro grupo trata a liberdade de expressão como importante do ponto de vista instrumental, ou seja, não se fundamenta no fato de que as pessoas possuem “[...] um direito moral de dizer o que quiserem [...]” (DWORKIN, 2005, p. 200)¹²², mas sim, no fato de que a permissão da expressão de suas ideias sem óbices pode ter efeitos positivos para o resto da sociedade. É o clássico caso da afirmação – como em John Milton e John Stuart Mill, demonstradas anteriormente – de que a liberdade de expressão é importante por permitir a descoberta da verdade e eliminar o erro ou por produzir boas leis. Para essa corrente, aquele direito fundamental seria parte de uma estratégia, uma aposta coletiva de que a livre expressão e divulgação de ideias traria, no geral, maior quantidade de resultados positivos do que negativos.

¹²¹ No original: “[...] provides a compelling reason why we should grant freedom of speech such a special and privileged place among our liberties.”

¹²² No original: “[...] a moral right to say what they wish [...]”.

O segundo grupo de fundamentações, denominado constitutivo, trata a liberdade de expressão como possuidora de um valor *per se*, já que sua virtude não estaria apenas nas suas consequências positivas para o pluralismo de ideias, mas também no fato de considerarem que ela é essencial para a constituição de uma sociedade política justa, ou seja, aquela em que o governo trata todos os cidadãos como adultos capazes, agentes morais responsáveis pelas próprias escolhas. Justificar-se-ia em razão de que as pessoas moralmente responsáveis seriam capazes de formar suas próprias opiniões sobre o que é bom ou mau nas suas vidas e na política, ou o que é verdadeiro ou falso em assuntos como justiça. O Estado, então, insultaria os cidadãos ao negar-lhes responsabilidade moral quando decide que eles não são capazes de analisar opiniões diversas e que podem ser persuadidos a adotarem posturas perigosas ou ofensivas. Assim, “somente somos capazes de manter nossa dignidade como indivíduos quando insistimos que ninguém – nenhum poder estatal e nenhuma maioria – tem o direito de esconder certa opinião de nós com o fundamento de que não somos capazes de ouvi-la e considerá-la” (DWORKIN, 2005, p. 200)¹²³.

Para algumas pessoas, essa responsabilidade moral possui outro aspecto mais ativo: o de não apenas formar convicções próprias, mas de expressá-las para outros pelo fato de desejar que a verdade seja conhecida, a justiça seja feita e o bem-estar garantido. O Estado frustraria esse aspecto da personalidade moral ao impedir determinadas pessoas de exercerem a livre comunicação de ideias com o fundamento de que suas convicções as desqualificam como cidadãos de poucas virtudes (DWORKIN, 2005, p. 200).

Levando-se em conta que o Estado exerce domínio político sobre as pessoas e demanda delas obediência, não pode negar-lhes nenhum desses aspectos da responsabilidade moral. Caso o faça, perde uma das bases da sua própria legitimidade. A limitação legal da expressão de determinada atitude ou preferência social é tão reprovável quanto a censura explícita do discurso. Os indivíduos têm tanto o direito de contribuir na formação moral dos outros quanto de participar na vida política.

Apesar de ter sido afirmado, anteriormente, que os grupos instrumental e substancial não são mutuamente excludentes e até compartilham elementos comuns, fica fácil perceber a maior fragilidade e limitação do primeiro, que é frágil, porque, em determinadas circunstâncias¹²⁴, seus objetivos acabam restringindo, em vez de proteger, a liberdade de

¹²³ No original: “We retain our dignity, as individuals, only by insisting that no one – no official and no majority – has de right to withhold an opinion from us on the ground that we are not fit to hear and consider it”.

¹²⁴ Os detalhes de quais são essas circunstâncias estão em Ronald Dworkin (2005, p. 202 e ss.).

expressão; limitada, pois sua fundamentação está centrada somente na proteção do discurso político. Na realidade, uma justificativa exclusivamente instrumental da liberdade de expressão é perigosa, uma vez que, além de possibilitar a tirania das majorias, não é capaz de explicar por que não se deve permitir que mesmo a maioria dos membros de uma sociedade seja capaz de impor censuras (DWORKIN, 2005, p. 201-202). Essa é a natureza contra-majoritária de uma democracia constitucional, já que “[...] em uma democracia, ninguém, seja poderoso ou impotente, tem o direito de não se sentir insultado ou ofendido” (DWORKIN, 2006, p. 44).¹²⁵ Mas, se toda expressão deve ser livre, quais os motivos para a proibição dos discursos de ódio?

Os discursos de incitamento ao ódio¹²⁶ – *hate speeches* – são representações simbólicas que expressam ódio, desprezo ou desrespeito a outra pessoa ou grupo. O uso de expressões degradantes contra determinados grupos étnicos é um claro exemplo. De maneira mais ampla, é possível incluir até mesmo os pontos de vista que sejam extremamente ofensivos aos outros, como, por exemplo, as afirmações sobre a suposta inferioridade da mulher em relação ao homem. Michel Rosenfeld (2001, p. 6) define os *hate speeches* como aqueles discursos elaborados com a finalidade de promover o ódio e que são fundamentados em diferenças de raça¹²⁷, religião, etnia ou nacionalidade. Trata-se de uma restrição à liberdade de expressão, cuja regulamentação foi fenômeno posterior à segunda grande guerra mundial e que nasceu pela ligação nítida entre a propaganda da Alemanha nazista e o holocausto.

Obviamente, os *hate speeches* da atualidade são bem mais sutis que no passado. Por exemplo, os antissemitas poderiam tentar “[...] negar o holocausto ou minimizá-lo considerando os atuais debates entre historiadores. Ou podem atacar o sionismo para ofuscar

¹²⁵ No original: “[...] in a democracy no one, however powerful or impotent, can have a right not to be insulted or offended”.

¹²⁶ Jeremy Waldron (2009, p. 1599-1600) prefere utilizar a expressão “group libel” em vez de “hate speech”, pois considera que o discurso – speech – só pode ocorrer através da fala, meio que seria incapaz de violar direitos fundamentais, especialmente se comparado com a publicação de material escrito. Também considera que o ódio – hate – sugere emoções, não atitudes, daquele que promove os atos e que, como pensamentos, não devem ser punidos. Tal distinção parece, na realidade, irrelevante para o fim a que se destina.

¹²⁷ No original: “Hate speech – that is, speech designed to promote hatred on the basis of race, religion, ethnicity or national origin – poses vexing and complex problems for contemporary constitutional rights to freedom of expression”.

as fronteiras entre o que pode ser considerado debate genuíno sobre ideologia política e o que é puro e simples antissemitismo” (ROSENFELD, 2001, p. 6)¹²⁸.

Seu tratamento varia entre os países. Ilustrativamente, negar que a existência do holocausto tenha ocorrido é considerado crime no Canadá – e em mais onze países da Europa – enquanto, nos Estados Unidos, essa conduta é protegida pela liberdade de expressão da primeira emenda (LEWIS, 2009, po. 2127). No entanto, durante o caso *Beauharnais v. Illinois*, 340 U.S. 250 (1952), a *Supreme Court* decidiu manter a legislação do *Illinois*, que criminalizava a publicação de material com conteúdo discriminatório contra determinados grupos sociais e manteve a punição aplicada a Joseph Beauharnais, indivíduo que havia sido condenado sob essa lei por distribuir panfletos convocando a população branca de Chicago para lutar contra a invasão dos negros.

Já Cass Sunstein (1995, po. 3550) afirma que os *hate speeches* com fundamento étnico ou racial são proibidos em diversas democracias com, aparentemente, poucos efeitos negativos para a liberdade de expressão. Conforme o autor, “[...] parece um pouco confuso ou mesmo arrogante insistir, como fazem muitos, que qualquer esforço regulatório da expressão nessas áreas coloque realmente em perigo o tipo de liberdade que é pré-requisito para o governo democrático [...]” (1995, po. 501)¹²⁹. A distinção entre crimes de ódio e discursos de ódio, adotada pela *Supreme Court*, ao colocar aqueles como condutas não protegidas por não possuírem intenção comunicativa, deixa de lado alguns casos em que os crimes têm a “*communicative intention or effect*” (1995, po. 3554), o que resulta numa proteção da liberdade de expressão que, em outros países, como no caso do Brasil, poderia ser considerada excessiva.

A aceitação dos *hate speeches* por parte do Estado impossibilita a igualdade daqueles que são alvos desses discursos ofensivos e viola direitos fundamentais dos cidadãos. Sob essa perspectiva, os artigos 19.3¹³⁰, 20.2¹³¹ e 26¹³² do pacto internacional sobre direitos civis e

¹²⁸ No original: “Holocaust denial or minimizing under the guise of weighing in on an on going historians’ debate. Or, they may attack Zionism in order to blur the boundaries between what might qualify as a genuine debate concerning political ideology and what is pure and simple anti-Semitism”.

¹²⁹ No original: “[...] it may seem a bit puzzling or even cavalier to insist, as many do, that any regulatory efforts in these areas will really endanger the kind of freedom that is a prerequisite for democratic government [...]”.

¹³⁰ Artigo 19º: 1. Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões. 2. Toda e qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão; este direito compreende a liberdade de procurar, receber e expandir informações e ideias de toda a espécie, sem consideração de fronteiras, sob forma oral ou escrita, impressa ou artística, ou por qualquer outro meio à sua escolha. 3. O exercício das liberdades previstas no parágrafo 2 do presente artigo comporta deveres e responsabilidades especiais. Pode, em consequência, ser submetido a certas restrições, que devem, todavia, ser expressamente fixadas na lei e

políticos de 1966, apesar de garantirem a livre manifestação do pensamento, asseguram a proibição de qualquer apologia ao ódio que constitua discriminação, hostilidade ou violência.

A título de exemplo, a legislação brasileira, democraticamente elaborada, além de atribuir caráter criminoso à prática, indução ou incitação de determinados discursos preconceituosos, prescreve pena mais grave quando ocorre veiculação através de meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza. Tal medida está de acordo com a dignidade humana, presente no art. 5º inciso XLII da constituição brasileira, que, ciosa do ódio e do sangue que maculou a história do país, tornou esses crimes imprescritíveis.

1.3.3 Apropriação privada da liberdade de expressão

Analisado um exemplo de limitação legítima da liberdade de expressão na perspectiva negativa tradicional, coloca-se o tema central da apropriação privada desse direito fundamental, ou seja, da ausência de garantias capazes de viabilizar o aspecto positivo da liberdade de expressão. Na atualidade, o sistema liberal, apesar de ainda ser amplamente utilizado, demonstra-se insuficiente para concretizar aquele direito fundamental, sendo necessário, portanto, o questionamento sobre o acesso dos indivíduos aos meios de comunicação de massas e sobre a formação e influência dos proprietários dessas empresas na elaboração e seleção do conteúdo divulgado.

As peculiaridades dos meios de comunicação de massas, explicam Peces-Barba Martínez *et al* (1977, p. 61), criaram novas situações-limite para a liberdade de expressão. “Hoje nos perguntamos pelo número de cidadãos que podem publicar seu próprio periódico; não representam um centésimo [...] nem um milionésimo” (PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, 1977, p. 44)¹³³. Para os autores, não se trata de anular a liberdade de expressão, mas de

que são necessárias: a) Ao respeito dos direitos ou da reputação de outrem; b) À salvaguarda da segurança nacional, da ordem pública, da saúde e da moralidade públicas.

¹³¹ Artigo 20º: [...] 2. Todo o apelo ao ódio nacional, racial e religioso que constitua uma incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência deve ser interdito pela lei.

¹³² Artigo 26º: Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deve proibir todas as discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra toda a espécie de discriminação, nomeadamente por motivos de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de propriedade, de nascimento ou de qualquer outra situação.

¹³³ No original: “Hoy nos preguntamos por el numero de ciudadanos que pueden publicar su propio periódico; no representan ni el uno por cien [...] ni por un millón”.

efetivá-la e dar transparência pública aos vínculos econômicos e políticos daqueles que difundem informações.

Sob essa ótica, as garantias tradicionais – liberais – da liberdade de expressão, ainda que importantes, demonstram-se insuficientes frente à excessiva patrimonialização das *media* (PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, 1977, p. 45). Os titulares dos meios econômicos necessários para estabelecer um veículo de comunicação de massas passam a ter direito efetivo de expressar suas opiniões e as daqueles por eles escolhidos, ou seja, indivíduos ideologicamente afins. Dessa maneira, os autores perguntam-se “o que acontece com a equipe de redação? São simples assalariados sem direitos na linha do periódico? Não parece justo que o titular do periódico possa [...] impor aos seus redatores as ideias que devam expressar [...]” (PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, 1977, p. 45)¹³⁴. Um determinado tipo de desvinculação da liberdade de expressão com a titularidade do capital ocorreria dentro da própria concepção liberal do direito de réplica, visto que mesmo aqueles que não são titulares do veículo de comunicação garantiriam o direito de publicar nele com base numa informação anterior incorreta.

Atualmente, o surgimento de novas técnicas de difusão de informação criou outra dimensão da liberdade de expressão, denominada pelos autores de “liberdade de informação” (PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, 1977, p. 31), conceito que seria capaz de abarcar a liberdade de expressão nas sociedades de massas e que teria uma tripla dimensão. A primeira delas seria relativa ao direito de expressar as próprias ideias através das *media* e pressupõe o acesso ao aparato técnico capaz de transmitir esse conteúdo. A segunda dimensão seria aquela relativa ao direito do público, como sujeito passivo, de receber a informação de maneira mais verdadeira e objetiva possível, associada aos direitos de réplica e de retificação no caso de inconsistências. Já a terceira seria o direito à igualdade de acesso às fontes de informação, especialmente em virtude da complexidade na organização das *media*, situação que não pode ser entendida dentro da perspectiva liberal-individualista dos direitos de liberdade (PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, p. 31).

No caso específico da radiodifusão, a física de propagação de ondas eletromagnéticas limita o espectro de ondas utilizáveis¹³⁵, o que fez com que os Estados passassem a regular o

¹³⁴ No original: “¿Qué pasa con el equipo de redacción? ¿Son simples asalariados sin derecho ninguno en la línea del periódico? No parece justo que el titular del periódico pueda [...] imponer a sus redactores las ideas que deban expresar [...]”.

¹³⁵ Na atualidade, essa restrição física tem sido desbancada através de técnicas mais eficientes de utilização dos espectros eletromagnéticos – compressão de dados e multiplicação do fluxo

setor através do estabelecimento de monopólio ou da concessão de autorização aos particulares para utilização das faixas de rádio. Além disso, explicam os autores, o monopólio estatal seria justificado no passado por outros três fatores: como garantia contra formação de oligopólios privados; como forma de evitar que o acesso aos meios de comunicação de massas, devido aos elevados investimentos necessários, fosse restrito aos detentores do poder econômico; pelo fato de serem instrumentos de estratégia política que, ao contrário das *media* escritas, possuem maior penetração social, especialmente nas classes menos favorecidas economicamente (PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, p. 64).

A crise desse monopólio surgiu quando se percebeu que não atingia sua melhor justificativa – a capacidade do Estado de garantir maior pluralismo das *media* se comparado ao mercado. Ao impedir que os particulares estabelecessem veículos de comunicação de massas por considerar que isso institucionalizaria uma situação de desigualdade entre os detentores dessas empresas e as demais pessoas, o Estado deveria aceitar sua própria argumentação e evitar que a televisão e o rádio se tornassem um privilégio daqueles que integram o poder político dominante, cuja representatividade não deve ser confundida com a pluralidade de interesses da sociedade. Como resultado dessa necessidade da liberdade de expressão, ocorreu o fim do monopólio e a transformação das *media* em serviço de relevância pública (PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, p. 64)¹³⁶.

Já Edilsom Farias (2004, p. 101) prefere utilizar o conceito de “liberdade de comunicação social”¹³⁷ para diferenciar o uso da liberdade de expressão pelo indivíduo isolado ou dentro das *media*. Para ele, os meios de comunicação de massas alteraram profundamente as relações sociais e o exercício a liberdade de expressão pelos indivíduos¹³⁸, que agora passam a depender delas tanto para receber informações como para expressar o

informativo (MIMO) – utilização de outras mídias de transmissão – cabos, fibra ótica etc. – e uso de frequências de micro-ondas.

¹³⁶ Deve-se considerar o período histórico em que a obra referenciada foi escrita. Ainda hoje, o monopólio estatal das *media* não é uma boa ideia. Contudo, a solução não está, pelos motivos que serão melhor vistos no decorrer deste trabalho e ao contrário do que parecia nos anos de 1970, na liberação dos meios de comunicação de massas ao alvitre do mercado.

¹³⁷ O autor justifica a escolha da expressão (FARIAS, 2004, p. 101-104). Para o presente trabalho, preferiu-se realizar a distinção não através dos conceitos, mas em virtude do tipo e do espaço em que ocorre a expressão, de modo que “liberdade de expressão” também é utilizada para designar a expressão que ocorre através das *media*.

¹³⁸ Assim como grande parte dos autores analisados, Farias (2004, p. 106) não distingue “cidadão” de “indivíduo”. Para a relevância dessa diferenciação, remete-se à leitura do item 1.1.3.

próprio pensamento¹³⁹. Há, assim, uma “[...] tendência hodierna de transferir a questão da liberdade de expressão e comunicação da esfera pública para a esfera econômica e do mercado” (FARIAS, 2004, p. 107).

Sobre a liberdade de expressão dos profissionais dentro das *media*, denominada por Farias de “liberdade interna de comunicação social”, o autor afirma que os comunicadores sociais necessitam de garantias específicas, de modo que as cláusulas normalmente encontradas no direito do trabalho seriam insuficientes para garantir a liberdade de expressão daqueles em relação aos patrões. Seu fundamento residiria no pressuposto de que a liberdade de expressão depende da “[...] existência de uma ampla e livre circulação de opiniões e informações pluralistas na sociedade e implica também reconhecer aos comunicadores a liberdade de defender e expor suas ideias no interior das empresas de comunicação em que desempenham seu ofício [...]” (FARIAS, 2004, p. 144). Existiriam, sob essa ótica, duas preocupações: a primeira seria assegurar ao profissional o direito de não exercer atividades contrárias à linha programática do veículo em que trabalha; a segunda seria a possibilidade de objeção de consciência do funcionário, ou seja, o direito de recusar a divulgar ideias contrárias aos seus “valores pessoais” (FARIAS, 2004, p. 145). Em sentido um pouco diverso, Peces-Barba Martínez *et al* (1977, p. 46) propõem apenas o direito de rescisão do contrato de trabalho com indenizações especiais para o trabalhador que deixar de concordar com a linha editorial assumida pela empresa em que trabalha.

Já Luigi Ferrajoli (2007b, p. 338) trabalha com a diferença entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, exposta anteriormente¹⁴⁰, para criticar a anulação das garantias de exercício da liberdade de expressão pelo poder econômico associado à propriedade das *media*, situação denominada por ele de apropriação privada da esfera pública. A confusão entre liberdade de informação, um direito de liberdade, liberdade de imprensa jornalística, um direito-poder de autonomia, e a propriedade dos meios de comunicação de massas, um direito patrimonial real, resultou na concepção proprietária da liberdade de expressão, situação em que uma pessoa jurídica de direito privado se torna titular de um direito fundamental que, como tal, só pode pertencer às pessoas naturais (FERRAJOLI, 2007b, p. 339).

Com isso, a liberdade de expressão torna-se um direito de livre manifestação nos limites da disponibilidade econômica do indivíduo, o que constitui uma assunção

¹³⁹ Ainda que seja possível receber informações e expressar opiniões sem o uso dos meios de comunicação de massas, sua magnitude é incontestável.

¹⁴⁰ Itens 1.2.3 e 1.3.1.

teoricamente insustentável, pois a ideia de que ela “[...] dependa da livre iniciativa econômica ou de autonomia civil ignora o fato de que este segundo direito é, na realidade, um poder, cujo exercício [...] não pode derogar nenhum dos direitos constitucionalmente estabelecidos” (FERRAJOLI, 2007b, p. 339)¹⁴¹. Além disso, conforme classificação demonstrada anteriormente¹⁴², os direitos fundamentais são atribuídos às pessoas naturais de maneira universal e independem da disponibilidade de meios econômicos pelos seus titulares, além de não poderem, como todos os direitos de liberdade ativa, ser exercidos por pessoas jurídicas.

No mesmo sentido é a crítica de C. Edwin Baker, para quem a liberdade de expressão pertence aos indivíduos, não às instituições e corporações orientadas pelo mercado. O direito individual está relacionado à utilização de oportunidades disponibilizadas pela sociedade por uma variedade de meios instrumentais, como a lei, não ao direito de que a sociedade seja estruturada de maneira que sejam promovidos os direitos de alguns poucos indivíduos economicamente influentes, de modo que é possível entender que “[...] as regulamentações sobre propriedade restringem o proprietário, não sua própria expressão, mas apenas no que concerne à instituição cuja existência é possibilitada pela lei” (BAKER, 1989, p. 271)¹⁴³.

A informação, segundo Luigi Ferrajoli (2007b, p. 340), é objeto de dois direitos fundamentais, nenhum deles relacionados à propriedade: de um lado, a liberdade de manifestação do pensamento; do outro, o direito à informação. O primeiro é um direito de liberdade que consiste na expectativa de não proibição, sendo sua garantia a proibição de limitar ou condicionar a informação; o segundo, conforme já demonstrado, além de ser, em parte, um direito social, é um dos aspectos da liberdade de consciência e de pensamento que deve ser protegido contra a manipulação das informações através da garantia de independência política e econômica e da pluralidade de opiniões expressadas pelas *media* (FERRAJOLI, 2007b, p. 341).

Nesse sentido, a liberdade de expressão passa a ser extremamente limitada, na atualidade, pelos meios de comunicação de massas, pois, ainda que seja permitido aos indivíduos se expressarem, isso só ocorre nos limites da sua compatibilidade com o pensamento daqueles que dispõem da propriedade das *media*, de forma que a censura, caso

¹⁴¹ No original: “[...] dipenda da quello di libera iniziativa economica o di autonomia civile ignora il fatto che questo secondo diritto è in realtà un potere, il cui esercizio [...] non può derogare a nessuno dei diritti costituzionalmente stabiliti”.

¹⁴² Item 1.1.3.

¹⁴³ No original: “[...] ownership regulations restrict the owner, but not in her own speech but only in respect to the institution that the law makes available”.

tenha deixado de ser estatal, passou a ocorrer através da propriedade privada. “Graças a isso, o pensamento, a opinião e a informação tornaram-se ‘mercadorias’, cuja ‘produção’ é determinada e administrada pela propriedade dos meios de informação e condicionada pela inserção publicitária [...]” (FERRAJOLI, 2007b, p. 341)¹⁴⁴, sendo necessário o desenvolvimento de novas técnicas de garantias da liberdade de expressão contra a crescente limitação e agressão por parte da propriedade privada.

Resta claro, portanto, que a privatização da liberdade de expressão tem como uma das suas origens a confusão teórica entre liberdade de expressão e propriedade dos meios de comunicação de massas, ou seja, entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, direitos de liberdade e direitos de autonomia, conforme tipologia previamente estabelecida. Essa confusão ignora a diferença estrutural entre liberdade de expressão – direito fundamental – e a propriedade das *media* que, enquanto direito patrimonial e manifestação de poder, deve ser limitada pelos direitos fundamentais no Estado democrático de direito (FERRAJOLI, 2007b, p. 341).

¹⁴⁴ No original: “Grazie ad essa, il pensiero, l’opinione e l’informazione sono divenute «merci», la cui «produzione» è decisa e gestita dalla proprietà del mezzo di informazione e condizionata dalle inserzioni pubblicitarie [...]”.

2 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E ESFERA PÚBLICA POLÍTICA

2.1 ELEMENTOS DA DEMOCRACIA

2.1.1 Democracia e liberalismo

Para John Rawls, “[...] o objetivo do liberalismo político é desvelar as condições de possibilidade de uma base de justificação pública razoável em questões políticas fundamentais” (1996, p. xix)¹⁴⁵. Se possível, o ideal liberal na política inclui, até mesmo, a indicação do conteúdo dessa base de justificação, além da explicação dos motivos necessários para considerá-la aceitável, o que pode ser feito através da distinção, imparcial e racional, entre a razão pública e as diversas razões não públicas que circulam no meio social.

Com fundamento semelhante, Norberto Bobbio afirma que o Estado liberal é pressuposto histórico e jurídico do Estado democrático, uma vez que são, ambos, de sistemas duplamente dependentes¹⁴⁶. Por um lado, a democracia necessita de certas liberdades para que seja exercido o poder democrático e, por outro, o liberalismo requer a existência do poder democrático como forma de garantir a manutenção das liberdades fundamentais. Com isso, torna-se “[...] pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e [...] que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais” (BOBBIO, 1997c, p. 18).

Tal relação entre liberalismo e democracia, contudo, só é pacífica quando verificada em face dos regimes liberal-democráticos ou das democracias liberais atuais, pois “[...] o problema das relações entre eles é extremamente complexo, e tudo menos linear” (BOBBIO, 2000, p. 7). Um Estado democrático não resulta, obrigatoriamente, num liberal, mas, muito pelo contrário, o modelo liberal clássico estatal entrou em declínio graças à democratização das suas instituições políticas, o que culminou na universalização do sufrágio.

Nesse sentido, uma importante ressalva é feita por Nicola Matteucci, para quem a palavra “liberalismo”, como fenômeno histórico, é de difícil definição, e “a razão da inexistência de consenso quanto a uma definição comum, quer entre os historiadores quer

¹⁴⁵ No original: “[...] the aim of political liberalism is to uncover the conditions of the possibility of a reasonable public basis of justification on fundamental political questions”.

¹⁴⁶ Para Norberto Bobbio (1997d, p. 13), “jamais será suficientemente advertido, contra toda tentação organicista recorrente (não estranha ao pensamento político de esquerda), que a doutrina democrática repousa sobre uma concepção individualista da sociedade”. Como será visto no item 2.2.2, a “degeneração” do termo “liberalismo”, na atualidade, tornou sua utilização incompatível com o que se entende por democracia constitucional, conceito que abarca os direitos fundamentais como limitação do exercício de poder das maiorias eventuais.

entre os estudiosos de política, é devida a uma tríplice ordem de motivos” (MATTEUCCI, 1998a, p. 686). O primeiro deles diz respeito à intrínseca relação entre as histórias do liberalismo e da democracia, a ponto de ser difícil distinguir entre as características liberais e democráticas nas atuais democracias liberais. Tal dificuldade, contudo, deve ser superada, pois “[...] o liberalismo é justamente o critério que distingue a democracia liberal das democracias não-liberais (plebiscitária, populista, totalitária)”.

O segundo motivo refere-se aos distintos espaços históricos de manifestação do liberalismo, que impossibilitam a “[...] individualização sincrônica de um momento liberal unificador” (CADEMARTORI, 2006, p. 27), visto que, na Europa anglo-saxônica, o liberalismo manifestou-se já na revolução gloriosa (1688-1689), enquanto, na Europa continental, foi um fenômeno amplo, com início no século XIX e no fim da revolução russa de 1905. Como decorrência imediata disso, o terceiro motivo relaciona-se às diferentes manifestações do liberalismo nos diversos países, tendo em vista que, apesar da influência inglesa, a diversidade de tradições culturais e de estruturas de poder fez surgir várias¹⁴⁷ formas de liberalismo (MATTEUCCI, 1998a, p. 687).

Ainda assim, Matteucci intenta uma definição parcial de liberalismo. Segundo o autor, a palavra “liberal” teria seu significado político originado nas cortes de Cádiz de 1812, como referência ao partido defensor das liberdades públicas fundamentadas em uma constituição, especialmente do maior controle do poder estatal, como ocorreu na França, e da extensão do sufrágio, no caso da Inglaterra. “Em outras palavras, o liberalismo [...] configurou-se [...] para garantir os direitos individuais do cidadão, a superioridade do direito e que – ao mesmo tempo – estava fundamentado no consenso” (MATTEUCCI, 1998c, p. 259)¹⁴⁸. Trata-se, assim, de um processo histórico que se manifestou na Europa da idade moderna, mas cujos reflexos se espalharam pelo mundo.

¹⁴⁷ Segundo Matteucci (1998c, p. 262), “el centro de gravedad del liberalismo – que se expande por Europa en la época de la Restauración – es distinto al del constitucionalismo o, si se quiere, es más continental y menos anglosajón. Mientras que Inglaterra y América continúan con la práctica de la libertad marcada por los grandes clásicos, desde Locke al Federalist, Europa, sobre todo en Francia y en Alemania, profundiza en sede historiográfica, política y filosófica en el moderno ideal de libertad. Las dos naciones se disputan una misión o primacía, pero el liberalismo francés y el alemán tienen un destino diferente, debido a la situación política de los dos países y a sus estructuras institucionales”. Para outra tipologia, que distingue três escolas – inglesa, francesa e alemã – de pensamento sobre a liberdade, remete-se à análise da obra de José Guilherme Merquior, feita por Daniela Cademartori (2006, p. 45 e ss.).

¹⁴⁸ No original: “En otras palabras, el liberalismo [...] se configuró [...] para garantizar los derechos individuales del ciudadano, la superioridad del derecho e que – al mismo tiempo – se fundamentaba en el consenso”.

Segundo Daniela Cademartori, uma visão liberal do fenômeno estatal possibilitou a nítida demarcação entre “[...] o Estado e o não-estado, entendendo-se este último como a sociedade religiosa em geral e a vida intelectual e moral dos indivíduos e grupos, além da sociedade civil ou as relações econômicas no sentido marxiano da palavra” (2006, p. 29). Com isso, pode-se chegar à conclusão de que o desenvolvimento do Estado liberal está relacionado tanto à dissolução dos laços entre poder político e poder religioso, quanto à emancipação do poder econômico em relação ao poder político. Com fundamento em Nicola Matteucci e Norberto Bobbio, a autora propõe que uma definição satisfatória do liberalismo exige a delimitação do seu maior valor, a liberdade, sendo esse viés de análise mais importante que o estudo dos movimentos e partidos políticos que surgiram durante o século XIX.

Nessa senda, afirma que a palavra “liberdade” pode ser compreendida de duas maneiras: “[...] como faculdade de realizar ou não, certas ações sem ser impedido por outrem (inclusive o poder estatal) e como poder de obedecer apenas às normas impostas pela própria pessoa” (CADEMARTORI, 2006, p. 31). A diferença entre liberalismo e democracia, para a autora, está relacionada ao modo de exercício do poder: enquanto o modelo liberal propõe a expansão da esfera não regulamentada da ação do indivíduo e a ingerência mínima do poder público na vida privada, o modelo democrático visa ao aumento da regulação das ações por meio do processo de autorregulamentação. A liberdade, com sólida proteção nos mecanismos constitucionais do Estado de direito, transforma-se no limite ao exercício do poder e com ele mantém uma relação inversamente proporcional. No mesmo sentido é a afirmação de Norberto Bobbio, para quem “[...] ‘liberdade’ e ‘poder’ são dois termos antitéticos, que denotam duas realidades em contraste entre si e são, portanto, incompatíveis: nas relações entre duas pessoas, à medida que se estende o poder [...] de uma, diminui a liberdade em sentido negativo da outra [...]” (2000, p. 20).

É possível diferenciar o significado de “liberdade” nas teorias liberal e democrática, uma vez que “[...] a primeira tende a restringir o poder coletivo e a dilatar a esfera de autodeterminação individual, enquanto a segunda dilata a esfera de autodeterminação coletiva, restringindo a regulação heterônoma” (CADEMARTORI, 2006, p. 32). Cada uma das propostas teóricas toma a liberdade em relação a um sujeito diferente: enquanto a teoria liberal busca a proteção da liberdade do indivíduo isoladamente, a democrática objetiva a liberdade do indivíduo enquanto membro de um grupo. Essa distinção entre as liberdades da teoria liberal – liberdades negativas – e da teoria democrática – liberdades positivas – não era

praticável em virtude de sua complementaridade, característica aproveitada pelos modelos atuais de Estado que acabaram por fundir esses dois conceitos de liberdade, pois “[...] sempre que possível privilegiava-se a liberdade como não impedimento ou autodeterminação individual. Em caso contrário tornava-se necessário introduzir a liberdade como autonomia ou como autodeterminação coletiva” (CADEMARTORI, 2006, p. 33).

O contraste entre liberdades negativas e positivas – denominadas por Benjamin Constant como “liberdade dos antigos” e “liberdade dos modernos” – demandou mais sua integração que distinção, pois passaram a ser necessárias como forma tanto de limitar – conforme o ideal liberal –, quanto de controlar – conforme o ideal democrático – o exercício do poder. Com isso, nas palavras de Norberto Bobbio, “[...] liberalismo e Democracia se transformam necessariamente de irmãos inimigos em aliados” (2000, p. 97). A partir do final do século XIX, surgiu uma variação do modelo liberal, a democrática, que, em vez de se restringir à luta pelos direitos individuais, reforçava a necessidade do controle democrático do exercício do poder político, situação que só se tornou possível ao considerar a democracia “[...] apenas como fórmula política, isto é, soberania popular, abandonando, assim, seu ideal igualitário” (CADEMARTORI, 2006, p. 51).

Até então, liberalismo e democracia eram considerados termos mutuamente excludentes, e a maioria das grandes conquistas democráticas, como, por exemplo, a universalização do sufrágio, não provieram de movimentos liberais, mas, muito pelo contrário, fragilizavam o elitismo do liberalismo conhecido, que buscava a restrição do voto por acreditar que a democracia formal possibilitaria a vitória das vontades da “massa ignorante” em detrimento das “elites politicamente educadas”¹⁴⁹ (CADEMARTORI, 2006, p. 53).

Ainda assim, liberalismo e democracia encontraram compatibilidades que permitiram seu desenvolvimento conjunto, uma vez que possuíam em comum a concepção individualista da sociedade, que, ao contrário da visão organicista, comum antes da idade moderna, compreende o Estado como uma formação de indivíduos que podem ser tomados independentemente da sociedade (BOBBIO, 2000, p. 45). Essa visão foi obtida pela congregação de três fatores. O contratualismo, o primeiro deles, destaca o indivíduo como ser

¹⁴⁹ Nesse sentido, Norberto Bobbio (2000, p. 51) afirma que “junto aos escritores conservadores tornou-se quase um lugar-comum, não sem reminiscências clássicas e em particular platônicas, a tese segundo a qual democracia e tirania são as duas faces da mesma moeda e o cesarismo nada mais tinha sido que a natural e terrível consequência da desordem provocada pelo advento da república e dos demagogos”.

independente que, por força das circunstâncias do estado de natureza, buscou associar-se aos seus pares com a finalidade de resguardar a própria vida. O nascimento da economia política, segundo fator, facilitou a abordagem individualista das relações sociais, pois compreendia que o indivíduo, sempre agindo conforme os próprios interesses, acabava promovendo também aqueles do seu grupo social. O desenvolvimento da filosofia utilitarista foi o terceiro fator para consolidação da concepção individualista da sociedade, de modo que, “[...] ao advogar em favor da consideração de Estados essencialmente individualistas, como único critério capaz de distinguir o bem do mal, contribui para a consolidação desta concepção de sociedade” (CADEMARTORI, 2006, p. 55). Isso tornou não só possível, mas necessária, a compatibilidade entre democracia e liberalismo.

Obviamente, as concepções individualistas da sociedade não ignoram que o homem é um ser social, mas partem sempre do indivíduo e da possibilidade de considerá-lo separadamente da coletividade. Tal compreensão decorre de um duplo processo: de um lado, associadas ao pensamento liberal, a corrosão gradual da totalidade e a conquista de espaços de ação individual tiveram como efeito a “redução aos mínimos termos do poder público”; de outro, a “dissolução interna da compacta unidade global” permitiu a formação de partes interdependentes que, embora agregáveis, não perderam a sua natureza divisível. Isso teve como resultado a possibilidade de reconstrução de uma coletividade, não como unidade, mas como soma dos diversos poderes particulares (BOBBIO, 2000, p. 47-48).

Sob esse aspecto, Norberto Bobbio afirma que o liberalismo e a democracia podem ser considerados de maneira triplamente distinta. A primeira compreensão é a de que são compatíveis e componíveis, visto que, apesar de ser possível existir um Estado liberal não democrático ou um Estado democrático não liberal, podem surgir também Estados liberais e democráticos.

A segunda concepção, dos liberais conservadores ou dos democratas radicais, considera liberalismo e democracia antagônicos e mutuamente excludentes. Para eles, “[...] a democracia levada às suas extremas conseqüências termina por destruir o Estado liberal [...] ou pode se realizar plenamente apenas num Estado social que tenha abandonado o ideal do Estado mínimo [...]” (BOBBIO, 2000, p. 53).

A terceira compreensão, aparentemente a mais compatível com a atualidade, entende que liberalismo e democracia possuem uma ligação intrínseca, pois apenas esta é capaz de realizar os ideais daquele, e apenas o liberalismo possibilita as condições de realização da democracia. Tal entendimento foi fruto, especialmente, do conflito entre essas duas correntes

na idade contemporânea, e da necessidade que o liberalismo teve de responder aos direitos colocados no debate público pelo socialismo. Como resposta, ampliou-se o leque de garantias e direitos fundamentais, conforme visto anteriormente¹⁵⁰, e passou-se a englobar, além das tradicionais liberdades negativas – “liberdades de” –, as liberdades positivas – “liberdade para” –, o que só foi possível através da renúncia ao dogma liberal de não intervenção estatal no âmbito econômico e social (CADEMARTORI, 2006, p. 59).

Ainda sobre a relação entre democracia e liberalismo, ressalte-se a interessante abordagem feita por Daniela Cademartori (2006, p. 60-87) a partir de quatro pensadores fundamentais para essas correntes teóricas – Jean-Jacques Rousseau, Alexis de Tocqueville, John Stuart Mill e Joseph Schumpeter. Pela sua concisão e clareza, torna-se necessário elucidar os principais pontos dessa análise.

A autora explica que o ideal de um governo do povo, pelo qual o poder passa a ser concebido exclusivamente como fruto da vontade humana, única capaz de legitimar a democracia, foi o fundamento da proposta de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), para quem a soberania absoluta foi o resultado do compromisso recíproco entre o público e o particular que possibilitou a associação de todos os particulares sem que disso resultasse a mitigação da liberdade individual. Com isso, “[...] cada indivíduo – contratando consigo mesmo – compromete-se numa dupla relação: enquanto membro soberano, em relação aos particulares, e, enquanto membro do Estado, em relação ao soberano. É desta maneira que a soberania evita afetar seus próprios elementos” (CADEMARTORI, 2006, p. 60). Rousseau combateu as vinculações do poder aos elementos alheios à soberania popular, como o direito divino e os privilégios hereditários. No entanto, o receio em relação à tirania das maiorias separou paulatinamente a soberania popular da defesa dos direitos do homem. Este, por se degenerar em mera defesa do direito de propriedade, o que justifica as limitações ao individualismo; aquele, por sua tendencial transformação na “tirania das maiorias”, pelo qual se demonstrava necessário o combate à concentração absoluta do poder.

Sobre a tirania das maiorias, Alexis de Tocqueville (1805-1859), considerado o maior sociólogo do liberalismo clássico e representante da ala mais conservadora do liberalismo europeu oitocentista (BOBBIO, 2000, p. 55), fez parte da reflexão surgida em decorrência dos problemas da revolução francesa e da guerra da independência dos EUA. Nesse último caso, a crítica estava direcionada à inexistência de mecanismos contramajoritários na democracia estadunidense, tornando os poderes legislativo e executivo

¹⁵⁰ Item 1.1.1.

– e, em alguns casos, até mesmo membros do judiciário são escolhidos pela maioria – submissos à indeterminada e cambiante opinião pública (CADEMARTORI, p. 65-70).

Para Tocqueville, a democracia foi uma exigência histórica, pois, “quando um poder social superior não encontra obstáculos que o façam moderar-se, a liberdade está em perigo” (CADEMARTORI, 2006, p. 70). Com base no seu conceito de democracia como sociedade igualitária, Tocqueville desprezou o individualismo, considerando-o “[...] uma patologia social, um autocentrismo difundido, oriundo de uma sociedade igualitária dominada pelo materialismo, competição e ressentimento” (CADEMARTORI, 2006, p. 68), de modo que é possível qualificá-lo como um democrata antirrevolucionário que acreditava na correlação entre a existência de uma ordem social correta e liberalismo.

Um dos fundadores do liberalismo moderno, John Stuart Mill (1806-1873), representou “[...] um fecundo encontro entre pensamento liberal e pensamento democrático” (BOBBIO, 2000, p. 72). Para ele, a democracia representativa é fruto natural da evolução do pensamento liberal, que, através de sucessivas mudanças políticas, foi capaz de solucionar os problemas dos governos. Em virtude da sua fundamentação teórica no utilitarismo benthamiano, rejeitou as teorias do direito natural como forma de justificar e controlar o poder estatal. Focou-se nas liberdades de índole negativa, ou seja, na construção de uma esfera privada do indivíduo que, independentemente da esfera pública, permanecesse protegida contra obrigações ou proibições de praticar atos fundamentados no poder estatal. Com isso, considerou que o Estado somente seria legitimado para interferir quando isso fosse necessário para a proteção dos outros (MILL, 2006, p. 12)¹⁵¹, o que fez Norberto Bobbio (2000, p. 66) denominá-lo como teórico de uma “doutrina antipaternalista por excelência”.

Defensor da maximização da liberdade e da democracia como soluções contra a opressão, Mill denunciou os efeitos negativos que uma cultura de massificação dos ideais de vida, através das manipulações dos debates públicos, poderia causar à liberdade. Valendo-se da analogia ao liberalismo econômico, ressaltou a necessidade da livre circulação de ideias e demonstrou que, em virtude da pressão e da seleção natural do mercado, seria possível diferenciar as boas das más opiniões. Nessa ótica, ele previu “[...] os efeitos desumanizadores da cultura de massa que implicam a destruição de projetos individuais e comuns, tratando os

¹⁵¹ Segundo Mill (2006, p. 12), “[...] the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinions of others, to do so would be wise, or even right”.

homens como criaturas irracionais suscetíveis de serem manipuladas pela publicidade e pelos meios de comunicação de massa” (CADEMARTORI, 2006, p. 73). Assim, ainda que a proteção contra diversos tipos de tirania fosse importante, Mill (2006, p. 7-8) considerou necessária a defesa contra a tirania da opinião majoritária, que, por meios diversos às sanções cívicas, busca impor seu pensamento e regras de conduta àqueles com visões dissonantes, situação que impede o desenvolvimento individual e obriga o homem a moldar-se conforme a vontade majoritária¹⁵².

O quarto e último teórico trazido por Daniela Cademartori como representante do liberalismo e da democracia é Joseph Schumpeter (1883-1950), com sua teoria da luta competitiva dos grupos pelo voto. “A partir do final do século XIX o liberalismo começou a formular uma crítica à democracia – entendida em seu sentido tradicional de soberania popular – que se pretendia científica e não ideológica” (CADEMARTORI, 2006, p. 78). Essa corrente recusou a compreensão da democracia como um ideal e expôs seu aspecto realístico, ou seja, como concentração de poder nas mãos de poucos membros da classe política, o que redefiniu o conceito de democracia para algo muito semelhante ao atual. Questionando-se a respeito das ideias sobre a natureza do homem na doutrina democrática clássica, Schumpeter ressaltou a importância da educação e criticou a ação política humana, capaz de ser modelada e controlada por determinadas elites sem que disso tenham percepção, pois “[...] os fatos que modelam o destino do povo são geralmente equacionados e decididos em seu nome, considerando-se não ser uma hipótese excepcional o fato de ele ser enganado e impelido a fazer o que não deseja” (CADEMARTORI, 2006, p. 83).

A democracia, para Schumpeter, é um sistema institucional para tomada de decisões políticas cujo poder de participação deve ser conquistado através da competição pelos votos do eleitor, o que possibilitaria a substituição da “vontade geral” por aquela dos responsáveis pelas funções políticas. O povo escolhe, mas não governa. O sucesso do regime democrático dependeria da existência de quatro fatores: alta qualificação do material humano da política; restrição do campo de tomada de decisões políticas através do aumento da discricionariedade

¹⁵² Assim, Mill (2006, p. 7-8) afirmou que “protection, therefore, against the tyranny of the magistrate is not enough; there needs protection also against the tyranny of the prevailing opinion and feeling; against the tendency of society to impose, by other means than civil penalties, its own ideas and practices as rules of conduct on those who dissent from them; to fetter the development, and, if possible, prevent the formation, of any individuality not in harmony with its ways, and compel all characters to fashion themselves upon the model of its own. There is a limit to the legitimate interference of collective opinion with individual independence; and to find that limit, and maintain it against encroachment, is as indispensable to a good condition of human affairs, as protection against political despotism”.

dos atos executivos; presença de um corpo burocrático bem treinado, capaz de assistir o grupo político; existência de autocontrole democrático, ou seja, da predisposição dos diversos grupos a aceitarem as decisões do governo (CADEMARTORI, 2006, p. 84-87).

2.1.2 Democracia e poder invisível

De acordo com Norberto Bobbio, a caracterização formal da democracia é a única capaz de estabelecer um acordo mínimo sobre sua definição¹⁵³. Portanto, o autor entende que ela deve ser analisada como um conjunto de regras fundamentais que definem os sujeitos autorizados a tomar decisões coletivas vinculantes – quem –, e quais os procedimentos adequados para que tais decisões sejam válidas – como. A coletividade, enquanto tal, é incapaz de decidir, sendo necessário estabelecer regras prévias para que as decisões dos indivíduos possam ser aceitas pelo agrupamento social. Tais regras determinam “[...] quais são os indivíduos autorizados a tomar decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos” (BOBBIO, 1997c, p. 18), de modo que o grau de democracia de um Estado está diretamente relacionado ao número de pessoas que fazem parte desse grupo capaz de tomar decisões vinculatórias e quais os procedimentos que devem ser seguidos.

O fundamento da democracia é a regra da maioria, “[...] ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas – e, portanto, vinculatórias para todo o grupo – as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão” (BOBBIO, 1997c, p. 19). A decisão majoritária, contudo, necessita de determinadas garantias para que os indivíduos possam escolher entre as opções disponíveis. Tais garantias estão relacionadas aos direitos de liberdade negativa do Estado liberal e são pressupostos para o

¹⁵³ Apesar disso, o conceito de “puramente formal”, adotado por Bobbio, é entendido por Luigi Ferrajoli como substancial. Conforme será visto posteriormente – item 2.2 –, o conceito de democracia constitucional, adotado por Ferrajoli, requer a existência de compatibilidade, não apenas formal, mas material, das decisões políticas. Nesse sentido, Ferrajoli lembra que Bobbio reconhece que suas seis regras, embora necessárias, não são suficientes para o estabelecimento de um verdadeiro Estado democrático. Mais que isso: nem todas as seis regras bobbianas são “puramente formais”. “No lo es la sexta regla (ni parte de la primera), la cual, estableciendo «qué» no es lícito decidir, impone un límite sustancial, si bien obvio y elemental, a las demás reglas del juego democrático. Entonces, sólo caben dos posibilidades: o excluimos la sexta regla de las condiciones necesarias para que haya democracia, o bien admitimos que la definición que la incluye es en realidad una definición que requiere reglas no sólo «puramente formales» sino también sustanciales. [...] si adoptamos la sexta regla, habremos de estar dispuestos a aceptar una definición de la democracia como democracia (no sólo formal, sino también, aunque sea mínimamente) sustancial en cuanto inclusiva de un elemento de sustancia o de contenido” (FERRAJOLI, 2009, p. 104-105).

correto desenvolvimento dos instrumentos do regime democrático, de modo que “as normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo” (BOBBIO, 1997c, p. 20).

Essa visão, contudo, colapsa ao encarar a realidade, capaz de vilificar os mais nobres ideais. O modelo de sociedade centrípeta e monista foi incapaz de prosperar no contexto da multiplicidade dos poderes, tornando-se fácil perceber a existência de promessas não cumpridas da democracia, que, para Bobbio, podem ser caracterizadas como as seis “esperanças mal respondidas” – a permanência do poder oligárquico, a supressão dos corpos intermediários, a revanche da representação dos interesses, a participação interrompida, a falta de educação do cidadão e a permanência de poderes invisíveis –, que, com exceção da última, não significam uma degeneração do modelo democrático, mas apenas sua adaptação à práxis (BOBBIO, 1997c, p. 21; 1997d, p. 10).

Sem ter conseguido derrotar o poder oligárquico e adentrar em todas as esferas da vida, a limitação do espaço de ação da democracia constitui uma das suas promessas não cumpridas, ainda que possa ser vagorosamente conquistada. Após a universalização do sufrágio, pouco resta a ser feito em direção à expansão democrática no seio político, o que não permanece verdadeiro quando o assunto é a democracia social. Nessa senda, Bobbio explica que não é mais a pergunta “Quem vota?”, mas “Onde se vota?” que deve ser levada em conta, uma vez que existem diversos espaços não políticos da vida cuja participação democrática ainda não logrou êxito. A expansão da democracia para a esfera privada é uma das direções necessárias para o seu crescimento (BOBBIO, 1997c, p. 28)¹⁵⁴.

A única promessa não cumprida que denota incompatibilidade total com a democracia é a manutenção e o fortalecimento de poderes invisíveis. “Pode-se definir a democracia das maneiras as mais diversas, mas não existe definição que possa deixar de incluir em seus conotativos a visibilidade ou transparência do poder” (BOBBIO, 1997d, p. 10). A grande proposta dos primeiros regimes democráticos foi desvelar o núcleo duro e oculto do poder exercido por pequenos grupos. Essa foi, inclusive, uma das razões da sua superioridade em relação ao Estado absoluto, em que eram defendidos os poderes ocultos – *arcana imperii*. O segredo fazia parte da prática política relativa ao Estado moderno, sendo sua presença inversamente proporcional ao grau de liberdade em determinado governo: tanto

¹⁵⁴ Para maiores detalhes sobre a expansão democrática na esfera privada, remete-se ao item 3.3.3 deste trabalho.

mais livres eram os súditos quanto mais acessíveis fossem os fundamentos de todos os atos de poder (CADEMARTORI, D.; CADEMARTORI, S., 2011, p. 333).

Ao contrário das outras promessas não cumpridas, esse tema é o único que Bobbio considera ter sido pouco abordado pelos cientistas políticos. Dentro do Estado visível, a tendência é que exista sempre um outro Estado, paralelo ou superior, invisível. No entanto, “[...] uma ação que sou forçado a manter secreta é certamente não apenas uma ação injusta, mas sobretudo uma ação que se fosse tornada pública suscitaria uma reação tão grande que tornaria impossível a sua execução [...]” (BOBBIO, 1997c, p. 29-30).

De acordo com Daniela Cademartori e Sergio Cademartori, o tema relativo à publicidade é muito importante no pensamento de Kant, por se tratar do ponto de imbricação entre moral, política e direito e, caso se aceite o estabelecimento da fundamentação moral “[...] para as ações relativas ao direito público (‘direito de outros homens’) como quer Kant, tal é somente possível na esfera da publicidade, dado que o que é ‘público’ (não privado) somente pode ser exercido em ‘público’ (não secreto)” (CADEMARTORI, D.; CADEMARTORI, S., 2011, p. 334).

É possível considerar, sob tal aspecto, que o poder é uma manifestação onipresente, difusa e com diversos graus de visibilidade e, portanto, sua correta análise não deve estar limitada apenas a sua amplitude, mas necessita incluir também sua profundidade. Para Bobbio, a distinção dos poderes conforme sua visibilidade possui especial relação com a democracia, que possui como ideal máximo, a visibilidade do poder, “[...] ou seja, do poder que se exerce ou deveria se exercer publicamente, como se tratasse de um espetáculo a que são chamados para assistir, para aclamar ou para silenciar, todos os cidadãos” (BOBBIO, 1999, p. 204).

A tipologia dos poderes invisíveis elaborada por Norberto Bobbio (1999, p. 210) distingue seus três tipos básicos. O primeiro deles é o poder invisível dirigido contra o Estado das quais fazem parte tanto as grandes associações criminosas quanto os grupos políticos secretos de natureza terrorista. O segundo tipo é aquele relacionado aos grupos que buscam não apenas combater o poder estatal, mas obter vantagens através de ações que não poderiam ser tomadas publicamente. Nesse caso, o exemplo de Bobbio inclui associações secretas envolvidas em escândalos econômicos e políticos¹⁵⁵. No terceiro tipo de poder invisível, é

¹⁵⁵ Aqui, indaga-se sobre a possibilidade de enquadrar os grandes conglomerados midiáticos nessa segunda categoria. Como bem ressalta Bobbio (1999, p. 210), “[...] o segredo se mantém não só escavando o solo, agindo clandestinamente, mas também se escondendo através de máscaras, podem ser tranquilamente consideradas formas de poder invisível as sociedades fictícias e de utilidades, atrás

possível enquadrar o próprio Estado, em virtude dos seus serviços secretos. Ainda que sejam considerados um mal necessário, só encontram compatibilidade com o Estado democrático quando controlados por um governo legitimamente estabelecido, ou seja, quando o poder invisível é controlado pelo visível (BOBBIO, 1999, p. 211).

A publicidade está diretamente relacionada ao Estado democrático, modelo no qual o controle do poder deve ser sempre realizado através da sua visibilidade. “O Estado democrático é aquele em que a opinião pública deve ter peso decisivo na formação e controle das decisões políticas, [...] que todos podem ter acesso às notícias [...] e os jornais são livres para se manifestarem a favor ou contra as ações do governo” (BOBBIO, 1985, p. 21)¹⁵⁶. Ao contrário das autocracias, em que os detentores do poder devem ver sem serem vistos, o regime democrático exige a publicidade e visibilidade dos atos relativos ao exercício potestativo. “O controle do poder, regra paradigmática das modernas democracias representativas, somente pode ter lugar quando os cidadãos têm acesso às práticas governamentais” (CADEMARTORI, CADEMARTORI, 2011, p. 339).

Essa publicidade, contudo, é invisível apenas no que diz respeito ao seu aspecto interno. Os detentores de poderes não democráticos utilizam-se de expedientes publicitários para tornar visível apenas aquilo que desejam mediante o uso da ideologia como forma de ocultação, especialmente porque “uma das funções da ideologia é a de ocultar a verdade como objeto de domínio: o interesse de uma classe é tido como interesse coletivo, a liberdade de uns poucos passa como liberdade sem limitações [...]” (BOBBIO, 1985, p. 23)¹⁵⁷.

A “vantagem do pequeno número”, da qual dispõem os pequenos grupos no poder, está relacionada, de acordo com Max Weber, à existência de uma minoria dominante capaz de comunicar-se internamente com maior agilidade, e cuja finalidade é dar origem às ações

das quais se escondem, como por detrás de máscaras, rostos que não querem ser reconhecidos para que possam praticar ações que, se não forem protegidas pelas máscaras, serão consideradas vergonhosas”. Com tal perspectiva, será visto no decorrer deste trabalho, o esforço empregado por alguns grupos controladores dos meios de comunicação de massas no sentido de garantir ainda mais poder econômico e político. Entretanto, a história demonstrou que “[...] a liberdade do indivíduo não se defende apenas contra o Estado, mas também dentro da sociedade, e que, onde quer que se constitua um poder, este mostrará cedo ou tarde o seu vulto ‘demoníaco’” (BOBBIO, 1999, p. 33-34).

¹⁵⁶ No original: “El estado democrático es el estado donde la opinión pública debería tener un peso decisivo para la formación y el control de las decisiones políticas, [...] que todos puedan tener noticia [...] y los periódicos son libres de manifestarse a favor o en contra de las acciones del gobierno”.

¹⁵⁷ No original: “Una de las funciones de la ideología es la de ocultar la verdad con objeto de dominio: el interés de una clase hecho pasar por el interés colectivo, la libertad de unos pocos hecha pasar por la libertad sin limitaciones [...]”.

coordenadas para conservação da sua posição e poder. A eficácia dessas medidas é plena quando os ocupantes das posições de poder mantêm em segredo suas intenções, fortalecendo-o ainda mais e dificultando a quebra do seu “núcleo duro”, de maneira que é possível concluir que “toda dominação que pretenda continuidade é, em algum ponto decisivo, dominação secreta” (WEBER, 2004, p. 196).

Com isso, é possível afirmar que “o tema mais interessante, com o qual é possível realmente colocar à prova a capacidade do poder visível debelar o poder invisível, é o da publicidade dos atos de poder que [...] representa o verdadeiro momento de reviravolta na transformação do estado moderno” (BOBBIO, 1997b, p. 103). Os fenômenos do subgoverno e do criptogoverno dividem o poder não mais vertical ou horizontalmente, mas em relação à profundidade da sua ocultação, de modo que os poderes podem ser classificados como emergentes, ou públicos, semissubmersos, ou semipúblicos, e submersos, ou ocultos. Isso exige, para Bobbio, a construção de uma teoria do subgoverno capaz de estudar essas manifestações potestativas, em especial do poder econômico, pois “à diferença do poder legislativo e do poder executivo tradicional, o governo da economia pertence em grande parte à esfera do poder invisível, na medida em que se subtrai (se não formalmente, ao menos substancialmente) ao controle democrático e ao controle jurisdicional” (BOBBIO, 1997b, p. 103).

Como será visto com mais detalhes adiante¹⁵⁸, a invisibilidade dos poderes não decorre somente da ocultação, mas, principalmente, da simulação ou dissimulação dos seus reais objetivos. Essa situação torna-se, no contexto de expansão dos meios de comunicação de massas, ainda mais problemática, já que, em vez de fugir da ubiquidade das *media*, os detentores dos poderes¹⁵⁹, assim como os grandes ilusionistas, que utilizam a distração nas suas performances, transformaram a esfera pública midiática em instrumentos aos seu serviço.

¹⁵⁸ Item 2.3.3.

¹⁵⁹ Apesar de o contexto em que estava situado ter levado o autor a falar sobre a possibilidade de abuso do poder de informação por parte do Estado e a necessidade de novas regra sobre os limites do poder estatal (BOBBIO, 1985, p. 24), não existem motivos para acreditar que o autor considerasse mais benéfico o controle e monopólio privado das *media*. Muito pelo contrário: o cenário atual fornece indícios de que os poderes político e econômico se utilizam do poder midiático – por meio da propriedade concentrada – para homogeneizar o discurso difundido pelos meios de comunicação de massas e, assim, diminuir o pluralismo de ideias. Nas palavras de Bobbio (1999, p. 19), “queremos romper o domínio inteiramente avassalador do poder público e caímos na ‘selvageria’ dos poderes privados, naquela privatização do público de que falou recentemente Pizzorno”. No mesmo sentido, veja-se a contundente crítica de Robert Dahl, para quem “[...] relatively autonomous organizations – or, more commonly, coalitions of organizations – may take on what are essentially public functions. However distasteful this must be to an advocate of monistic democracy like Rousseau, in itself it need not be particularly alarming. But it does alert us to some possibilities that must give concern even to

2.1.3 Democracia e pluralismo

O pluralismo¹⁶⁰ político, de acordo com Norberto Bobbio, é uma concepção que propõe a manutenção de um modelo de sociedade centrífuga, em que o poder esteja distribuído entre diversos pontos, ainda que conflitantes entre si, como forma de limitar, controlar e eliminar o centro do poder dominante, associado historicamente ao Estado. Trata-se de uma das correntes do pensamento político oposta à tendência centralizadora e unificadora do poder, capaz de propiciar a expansão democrática sem a necessidade de uma democracia direta (1997a, p. 64). Sua luta

[...] tem sempre duas frentes: uma contra a concentração de todo o poder no Estado, outra contra o atomismo. É uma luta travada em nome da concepção de uma sociedade articulada em grupos de poder que se situem, ao mesmo tempo, abaixo do Estado e acima dos indivíduos, e, como tais, constituam uma garantia do indivíduo contra o poder excessivo do Estado, por um lado, e, por outro, uma garantia do Estado contra a fragmentação individualista (BOBBIO, 1998b, p. 928).

Para Jürgen Habermas, o desafio do pluralismo encontra apoio no liberalismo político, cuja principal preocupação é “[...] o consenso político básico, que assegura, a todos os cidadãos iguais, liberdades com independência de origem cultural, convicções religiosas e formas de vida individuais” (1998, p. 151)¹⁶¹. Somente através do pluralismo, os cidadãos podem se tornar “[...] (i) mais gabaritados para avaliar assuntos em discussão na arena pública; (ii) mais instruídos para assumir as responsabilidades destinadas à soberania popular num regime constitucional” (FARIAS, 2004, p. 79).

one who accepts the inherent relation of organizational pluralism to large scale democracy. One such possibility is that control over some important public matters will be transferred to organizations that are not themselves controllable, as a practical matter, by the demos and its representatives in parliament and the executive. [...] The seminal work, published nearly twenty years ago, was an essay by Rokkan on Norway, the thesis of which may be summed up in his own words: ‘Numerical Democracy and Corporate Pluralism: Votes Count but Resources Decide’. [...] That systems combining numerical democracy with corporate pluralism have great advantages seems to me undeniable; but it is also undeniable that they raise perplexing problems for democratic theory and institutions. [...] Yet to the extent that it allows control over crucial public matters to be alienated, it would seem to violate democratic criteria.” (DAHL, 1984, p. 235-236).

¹⁶⁰ Ainda que trabalhando a questão do pluralismo jurídico, objeto distinto à análise deste trabalho, remete-se à obra de Antonio Carlos Wolkmer (2001, p. 241-260), especialmente ao item 4.4.3.

¹⁶¹ No original: “[...] el consenso político básico que asegura a todos los ciudadanos iguales libertades con independencia de su origen cultural, convicciones religiosas y formas de vida individuales”.

Apesar de alguma confusão entre pluralismo e democracia, não se deve considerá-las equivalentes, uma vez que não possuem a mesma extensão. Por isso, é possível encontrar, na história, sociedades pluralistas não democráticas e vice-versa. Como exemplo de sociedade pluralista, mas não democrática, veja-se, por exemplo, o modelo feudal, constituído por vários centros concorrentes e um poder central tão enfraquecido que seria difícil denominá-lo Estado, ficando claro que “a sociedade feudal é uma sociedade pluralista mas não é uma sociedade democrática: é um conjunto de várias oligarquias” (BOBBIO, 1997a, p. 58). Por outro lado, a democracia dos antigos é um exemplo de sociedade democrática, mas não pluralista, em decorrência da inexistência de corpos intermediários entre o indivíduo e a cidade-Estado. Da mesma maneira, de acordo com Bobbio, o ideal democrático de Rousseau considerava o pluralismo nocivo à sociedade, pois faria prevalecerem diversos juízos particulares em detrimento de um acordo coletivo¹⁶².

Também bastante associado à separação dos poderes e ao liberalismo clássico, o pluralismo, apesar da sua complementariedade e compatibilidade, com elas não pode ser confundido. Enquanto a primeira propõe a divisão vertical do poder estatal, a teoria pluralista divide horizontalmente o poder político; já, no caso da limitação da ingerência estatal da doutrina liberal, se trata de um objetivo capaz de contribuir, *per se*, para o desenvolvimento de outros grupos conflitantes de poder político (BOBBIO, 1998b, p. 928).

Antes de uma teoria política, Bobbio compreende o pluralismo como uma situação da vida social atual, na qual todos estamos imersos. Ainda que não sejam equivalentes, teorias pluralista e democrática compartilham diversas características. Utilizando a sociedade italiana como exemplo, o autor divide o pluralismo em três níveis: pluralismo econômico, relacionado

¹⁶² Para Rousseau (1999, p. 16) “il s’ensuit de ce qui précède que la volonté générale est toujours droite et tend toujours à l’utilité publique: mais il ne s’ensuit pas que les délibérations du peuple aient toujours la même rectitude. On veut toujours son bien, mais on ne le voit pas toujours: jamais on ne corrompt le peuple, mais souvent on le trompe, et c’est alors seulement qu’il paraît vouloir ce qui est mal. Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale; celle-ci ne regarde qu’à l’intérêt commun; l’autre regarde à l’intérêt privé, et n’est qu’une somme de volontés particulières: mais ôtez de ces mêmes volontés les plus et les moins qui s’entre-détruisent (a), reste pour somme des différences la volonté générale. Si, quand le peuple suffisamment informé délibère, les citoyens n’avaient aucune communication entre eux, du grand nombre de petites différences résulterait toujours la volonté générale, et la délibération serait toujours bonne. Mais quand il se fait des brigues, des associations partielles aux dépens de la grande, la volonté de chacune de ces associations devient générale par rapport à ses membres, et particulière par rapport à l’État: on peut dire alors qu’il n’y a plus autant de votants que d’hommes, mais seulement autant que d’associations. Les différences deviennent moins nombreuses et donnent un résultat moins général. Enfin quand une de ces associations est si grande qu’elle l’emporte sur toutes les autres, vous n’avez plus pour résultat une somme de petites différences, mais une différence unique; alors il n’y a plus de volonté générale, et l’avis qui l’emporte n’est qu’un avis particulier”.

à livre concorrência numa economia de mercado e à distinção entre setor público e privado; pluralismo político, que diz respeito à existência de diversos partidos políticos na disputa de poder através dos votos; pluralismo ideológico, associado à variedade de doutrinas de Estado, orientações de pensamento e visões de mundo capazes de gerar uma opinião pública não homogênea e não uniforme (BOBBIO, 1997a, p. 59).

A teoria dos “corpos intermédios”, simbolizada por Montesquieu, analisa positivamente – como elemento contra despotismos – a existência de ordens intermediárias de poder e, embora não esteja relacionada às “[...] várias formas associativas de que os fatores do Pluralismo moderno se fazem propugnadores, [sua] função [...] não é diferente, uma vez que essas ordens constituem uma ‘contraforça’ capaz de impedir que o príncipe governe a seu talante” (BOBBIO, 1998b, p. 929). Essa teoria contrapõe-se às doutrinas jusnaturalistas da sociedade e do Estado, nas quais os indivíduos são isolados, iguais e livres, sem a distinção de níveis entre o Estado e a sociedade civil. Da ideia dos corpos intermediários, descobre-se a importância dos grupos sociais situados entre o indivíduo e o Estado, pois “[...] tendem a considerar bem-organizada a sociedade em que os grupos sociais gozam de uma certa autonomia no que diz respeito ao poder central e têm o direito de participar, mesmo concorrendo entre si, da formação das deliberações coletivas” (BOBBIO, 1999, p. 30).

Bobbio relaciona o pluralismo e a democracia ao afirmar que a versão moderna desta somente pode ser pluralista, já que as teorias democrática e pluralista possuem em comum o fato de serem duas propostas, convergentes e complementares, contra o abuso e exercício exorbitante do poder. Enquanto a teoria democrática leva em conta o poder autocrático, que parte do alto, e estabelece que a solução para esse problema se encontra nas manifestações de poder que vêm de baixo, a teoria pluralista tem como problema o poder monocrático, concentrado, cuja solução se encontra na distribuição do poder. A diversidade dos “remédios” ocorre em virtude da diferença entre poderes autocrático e monocrático e da busca pelo fundamento da democracia dos modernos, ou seja, um Estado simultaneamente democrático e policrático.

Já que a democracia representativa é a única realidade possível na grande maioria dos Estados existentes, a garantia contra o abuso do poder não pode depender apenas do controle vindo de baixo – indireto –, mas também daquele controle recíproco entre os diversos grupos de interesses que lutam pela conquista temporária e pacífica do poder (BOBBIO, 1997a, p. 60-61). Nesse diapasão, o pluralismo permite que, através da livre circulação de ideias, sejam estabelecidas as condições para que aqueles chamados a decidir,

ou, no caso da democracia representativa, eleger, sejam colocados diante de alternativas reais e possam o poder de escolher entre elas (BOBBIO, 1997c, p. 20).

O pluralismo permite apreender uma diferença fundamental entre a democracia dos modernos e a dos antigos: a liberdade para o dissenso, que, “[...] desde que mantido dentro de certos limites (estabelecidos pelas denominadas regras do jogo), não é destruidor da sociedade mas solicitador, e uma sociedade em que o dissenso não seja admitido é uma sociedade morta ou destinada a morrer” (BOBBIO, 1997a, p. 61). Por óbvio, a democracia não é caracterizada apenas pelo dissenso absoluto, pois requer também a concordância – não apenas das regras do jogo – para o seu funcionamento. A existência de um regime democrático não depende de um consenso unânime, como ocorre nos regimes totalitários, que, em vez de aceitarem o pensamento divergente, buscam reeducar aqueles dissidentes e “compatibilizar” seu conteúdo com a ideologia oficial.

No mesmo sentido, Robert Dahl entende que o aumento do conflito, fruto do crescimento da diversidade de composição nas democracias representativas, é característica fundamental do modelo democrático moderno. Para ele, à medida que crescem as divisões políticas, o conflito passa a ser aspecto inevitável e normal da vida política. Como exemplo, Dahl salienta que James Madison, já na constituição estadunidense de 1787, afirmava que os conflitos de interesses faziam parte da natureza da sociedade e que sua expressão não poderia ser suprimida sem que a própria liberdade fosse eliminada. Assim, “[...] ao contrário do previsto pela visão tradicional, a vantagem do governo republicano no Estado-nação era que os conflitos políticos seriam muito menos capazes de produzir luta civil [...]” (DAHL, 1984, p. 226-227)¹⁶³.

Dentre as características da poliarquia¹⁶⁴, Robert Dahl define-a como um sistema de controle através da competição em que o pluralismo é indispensável. Para o autor, ela “[...] requer um considerável nível de pluralismo social – ou seja, uma diversidade da organização

¹⁶³ No original: “[...] contrary to the traditional view, a positive advantage of republican government in the nation state was that political conflicts would be much less likely to produce acute civil strife [...]”.

¹⁶⁴ A distinção dahlsiana entre democracia – um regime hipotético – e poliarquia – um regime de fato – pode ser vista na obra de Daniela Cademartori (2006, p. 225-229). A poliarquia é definida por Robert Dahl (1984, p. 237) como “a kind of regime for governing nation-states in which power and authority over public matters are distributed among a plurality of organizations and associations that are relatively autonomous in relation to one another and in many cases in relation to the government of the state as well. These relatively autonomous units include not only organizations that are, legally and sometimes constitutionally, components of the government of the state but also organizations that legally are – to use a term that in this connection may often seem singularly inapt – ‘private’: that is legally, and to an important extent realistically, they are independent, or mainly independent, of the state”. Para maiores detalhes sobre o conceito, remete-se à leitura de Robert Dahl (1971).

social com grande parcela de autonomia em relação às outras” (1984, p. 232)¹⁶⁵. Dessa maneira, o sistema poliárquico de Dahl pode ser compreendido como uma forma de controle político no qual os membros de mais alto escalão do governo, por necessitarem do apoio popular obtido através das eleições, modificam seu comportamento com a finalidade de garantirem maior chance de vencerem a competição política contra outros candidatos, partidos e grupos políticos.

Sob essa perspectiva, o autor afirma que a característica mais marcante da poliarquia é a aberta competição política entre as elites na busca pelo poder. “Essa competição ajuda a criar uma certa medida de influência mútua entre elites e massas, em vez da dominação unilateral pelas elites que a lei férrea da oligarquia de Michels nos levaria a esperar” (DAHL, 1984, p. 230)¹⁶⁶. Portanto, já que a existência de “organizações independentes pode ser suprimida apenas pela supressão das instituições da poliarquia, [...] não é acidente que pluralismo e poliarquia andem juntos” (DAHL, 1984, p. 234)¹⁶⁷.

Contudo, essa relação não é simples. A forma organizacional dos diversos grupos sociais é extremamente diferente nos diversos países democráticos e, mesmo que seja necessária e inevitável a existência do pluralismo, seus efeitos negativos não podem ser desconsiderados, como ocorre, por exemplo, quando alguns interesses de determinados grupos têm acesso privilegiado às organizações e aos seus recursos. Isso cria uma situação de desigualdade em que o pluralismo modifica e distorce o conteúdo da agenda pública ao possibilitar o controle do processo político e dar prioridade às “[...] alternativas que prometem benefícios visíveis de curto prazo a uma minoria bem-organizada de cidadãos [em vez] das alternativas que resultariam em benefícios significativos, no longo prazo, para um grande número de cidadãos não organizados” (DAHL, 1984, p. 235)¹⁶⁸.

Sobre o que fazer com o dissenso e com os dissidentes, Bobbio pergunta-se qual seria a finalidade de um consenso completo, que, por ser impossível de ocorrer naturalmente, só pode ser organizado, manipulado e manobrado. Nesse contexto, “[...] a prova de fogo de

¹⁶⁵ No original: “Polyarchy requires a considerable degree of social pluralism – that is, a diversity of social organization with a large measure of autonomy with respect to one another”.

¹⁶⁶ No original: “This competition helps to create a certain measure of mutual influence between elites and masses, rather than the unilateral dominance by elites that Michels’ iron law of oligarchy would lead one to expect”.

¹⁶⁷ No original: “Independent organizations can be suppressed only by suppressing the institutions of polyarchy [...] it is no accident that pluralism and polyarchy go together [...]”.

¹⁶⁸ No original: “[...] alternatives that promise visible short-run benefits to a small minority of well organized citizens rather than on alternatives that would provide significant long-run benefits to a larger number of unorganized citizens”.

um regime democrático está no tipo de resposta que consegue dar a estas perguntas” (BOBBIO, 1997a, p. 62). Isso não significa que o fundamento da democracia seja o dissenso, mas, conforme afirmado anteriormente, que ele é inevitável num sistema em que a opinião pública não seja manipulada. Ainda que possa parecer paradoxal, Bobbio entende que o consenso apenas é real quando existe espaço para a discordância, em virtude de que “[...] apenas numa sociedade pluralista o dissenso é possível: mais ainda, não apenas é possível mas necessário” (BOBBIO, 1997a, p. 63). A possibilidade de divergir, contudo, não é ilimitado, pois admitir a diversidade das formas de organização política não impede que sejam excluídas algumas outras consideradas subversivas por não respeitarem as regras do jogo,

Com o intuito de determinar as três principais correntes que se autodenominam pluralistas, Norberto Bobbio coloca em questão o entendimento comum sobre o significado do “pluralismo”. Cada uma delas, explica o autor, é fruto de um sistema ideológico de grande importância: socialismo, cristianismo social e liberalismo democrático. A primeira corrente, o socialismo pluralista, corresponde ao pensamento do *guild-socialism*, de fundamentação proudhoniana, que defendia a democracia através dos diversos grupos menores fora do Estado. Para seus adeptos, “[...] a descentralização territorial de onde deriva a distinção entre governo central e governo local deve ser complementada pela descentralização funcional, através da qual o indivíduo é protegido não mais como mero cidadão, mas como produtor e consumidor” (BOBBIO, 1999, p. 16-17). Na mesma direção situa-se a afirmação de Robert Dahl (2012, p. 473), para quem os *guild-socialists* dos anos de 1920 foram os precursores dos movimentos pluralistas associados à esquerda numa época em que prevaleciam a visão monista da ordem econômica e a política socialista, centralizada num único partido.

No entanto, a análise da relação entre pluralismo e socialismo é um tema de muitas faces e que passa, obrigatoriamente, por quatro pontos principais: a relação entre pluralismo e marxismo; a possibilidade de conexão entre o pluralismo, a teoria e a prática dos partidos marxistas; o pluralismo e o compromisso histórico; o pluralismo e a sociedade socialista futura.

Sobre o primeiro ponto, pluralismo e marxismo divergem tanto em suas compreensões gerais de sociedade, quanto em relação às suas concepções de partidos políticos. Para a teoria pluralista, a sociedade é composta por múltiplos grupos portadores de interesses distintos, ainda que incompatíveis, e os partidos políticos são representantes e mediadores desses interesses. Já, para a teoria marxista, a sociedade é formada por classes antagônicas inconciliáveis, e a função do partido político é apenas representativa, não

podendo ser um mediador, pelo simples fato de representar os interesses de apenas uma classe. Sob tal fundamento, pluralismo e marxismo não podem ser considerados compatíveis sem que ocorra um trabalho de revisão da doutrina marxista.

O segundo ponto, a conciliação entre pluralismo, teoria e prática dos partidos comunistas, demonstra-se de difícil realização. Em relação à compatibilidade entre pluralismo e compromisso histórico, Bobbio é categórico ao afirmar que este, “[...] se destinado a ser verdadeiramente histórico, terminaria por bloquear o desenvolvimento de uma sociedade pluralista [...]” (BOBBIO, 1999, p. 27). Sobre o último aspecto – o pluralismo e a futura sociedade socialista –, Bobbio afirma que pouco há para falar, dado que uma sociedade, ao mesmo tempo democrática e socialista ainda não existiu e, apesar de desejável, talvez não seja possível. A democracia exige a negação do poder autocrático – através da expansão da participação política – e a negação do poder monocrático – por meio do pluralismo –, o que ainda não foi visto nos Estados socialistas até hoje. Assim, o referido autor parece acreditar na possibilidade de uma sociedade pluralista e socialista, mas reconhece que isso demandaria esforços que, até o momento, ainda não foram reunidos.

A segunda corrente trazida por Bobbio, a doutrina cristã-social, parte da valorização dos vários desdobramentos da vida humana em diversas sociedades que vão além do Estado, como a família, as associações profissionais e a igreja. Essa diversidade social do homem, argumentam, seria suficiente para evidenciar o problema do individualismo, que dá importância excessiva ao indivíduo, e do coletivismo, que deifica o Estado. A doutrina cristã-social faz parte de um modelo organicista e funcionalista, em que existem vários entes dispostos num sistema hierarquicamente organizado e finalístico, pois cada parte teria uma função no desenvolvimento do todo (BOBBIO, 1999, p. 21).

O pluralismo liberal-democrático é a corrente mais representativa nos Estados Unidos da América e tem Robert Dahl como expoente. Fundamenta-se na ideia de que a constituição daquele país foi criada com base em três princípios – autoridade limitada, autoridade equilibrada e pluralismo político –, sendo este último associado à proibição de atribuição desproporcional de poder a alguns cidadãos, o que deve ser sempre controlado pelos poderes em potencial dos outros grupos. Dessa forma, devem existir vários centros de poder, nenhum inteiramente soberano. Nem mesmo o povo, o único soberano legítimo na perspectiva pluralista estadunidense, deve ser capaz de concentrar todo o poder.

Dessarte, a multiplicidade de centros de poder, constantemente contrabalanceados por outros, é capaz de realizar um controle mútuo e constante, garantindo o consentimento

social na solução pacífica de conflitos (BOBBIO, 1999, p. 17-18). Essa doutrina tem inspiração mecanicista e conflitualista, visto que entende que a ordem social é fruto do constante movimento e renovação dos seus membros, porque “[...] a sociedade americana é interpretada como um viveiro de grupos sociais interpenetrados que permitem a manifestação dos diversos interesses e cujo antagonismo é regulado pelo grupo universal [...] cujo objetivo principal é não permitir a alteração das regras do jogo” (BOBBIO, 1999, p. 21).

Entretanto, é preciso atenção para evitar que esses diversos pluralismos acabem por resultar numa espécie de retorno à idade média e que se torne impossível satisfazer qualquer interesse coletivo. “Queremos destruir o universo concentracionista das grandes cidades e achamos o burgo. Queremos romper o domínio inteiramente avassalador do poder público e caímos na ‘selvageria’ dos poderes privados [...]” (BOBBIO, 1999, p. 19). Assim, de acordo com a concepção da história – catastrófica ou pragmática – que fundamenta cada corrente, é possível distinguir o pluralismo reacionário e antigo daquele crítico e moderno. Se, no passado, todos se diziam democratas, hoje, “todos somos pluralistas”.

Com essa crítica, Bobbio quer colocar o problema da utilização vazia da palavra e denunciar que, na realidade, parte desses que se intitulam de pluralistas deveriam ser colocados no lado oposto. Demonstra-se, pois, a inexistência de um acordo sobre o que é realmente o pluralismo, utilizando-o mais como palavra de efeito do que como teoria contra a concentração do poder (BOBBIO, 1999, p. 22). Junto aos benefícios que podem derivar da fragmentação do poder, existe o malefício da desagregação política, especialmente quando se ignora que “[...] o pluralismo é uma interpretação e também um projeto de reforma do Estado moderno: nunca foi uma negação radical de toda a forma possível de Estado” (BOBBIO, 1999, p. 32).

Apesar de ter nascido contra o Estado-totalidade e ter combatido os diversos totalitarismos do século XX, a teoria pluralista não é evasiva e, apesar de reconhecer a importância dos grupos e das sociedades parciais, não nega a importância decisiva do grupo universal composto pelos cidadãos e que constitui o Estado-sociedade. É por isso que Bobbio reafirma aquela ideia, exposta inicialmente, a respeito da existência de duas frentes na luta pluralista: uma contra o estatismo totalizante; outra contra o individualismo atomizante. Isso significa que nem mesmo o pluralismo admite a formação de grupos que não concordem com as regras básicas do jogo democrático, pois deve existir um mínimo de concordância mesmo na divergência. “A realidade não conhece tipos ideais, mas apenas diversas aproximações a um ou outro tipo” (BOBBIO, 1997a, p. 63), e, da mesma forma que os sistemas

uniformizadores não conseguem se livrar do dissenso, inexistente, conforme visto anteriormente¹⁶⁹, um sistema em que ele não seja limitado, apesar da liberdade de expressão.

De igual sorte, John Rawls entende que as sociedades democráticas modernas são caracterizadas pela pluralidade até mesmo de doutrinas que sejam incompatíveis entre si, contanto que obedeçam a determinados critérios de razoabilidade. Para o referido autor, “[...] uma pluralidade de doutrinas razoáveis, ainda que incompatíveis, é o resultado normal do exercício da razão humana no contexto das instituições livres de um regime constitucional democrático” (1996, p. xvi)¹⁷⁰. Desse modo, propõe a diferenciação entre pluralismo simples – *pluralism as such* – e o pluralismo razoável – *reasonable pluralism* –, somente este último identificado com as sociedades democráticas.

Para o referido autor, a cultura política de uma sociedade democrática é composta por três fatores: a possibilidade de dissenso, a inexistência de uma doutrina única amparada pela força estatal e a necessidade de suporte da democracia pela maioria dos seus cidadãos politicamente ativos. Sob essa ótica, uma das chaves daquele tipo de sociedade é a diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, cuja existência “[...] é uma característica permanente da cultura pública da democracia” (RAWLS, 1996, p. 36)¹⁷¹. Sob a proteção de condições políticas e sociais que permitam a liberdade para dissentir, existirão doutrinas irreconciliáveis e conflitantes, ainda que razoáveis.

Nessa perspectiva, a manutenção de uma única doutrina – religiosa, filosófica ou moral – “[...] apenas pode ser mantida pelo uso opressivo do poder estatal. Se considerarmos uma sociedade política como uma comunidade unida na afirmação de uma única doutrina, então o uso opressivo do poder estatal será necessário para a comunidade política” (RAWLS, 1996, p. 37)¹⁷². Veja-se, por exemplo, o caso da fé católica na idade média e o esforço que a inquisição teve para manter a coerência religiosa dos membros daquela comunidade, situação que poderia ocorrer com a imposição de qualquer corrente de pensamento, religiosa ou não, sendo denominada “o fato da opressão” – *the fact of oppression*.

¹⁶⁹ Item 1.3.2.

¹⁷⁰ No original: “[...] a plurality of reasonable yet incompatible comprehensive doctrines is the normal result of the exercise of human reason within the framework of the free institutions of a constitutional democratic regime”.

¹⁷¹ No original: “[...] it is a permanent feature of the public culture of democracy”.

¹⁷² No original: “[...] can be maintained only by the oppressive use of state power. If we think of political society as a community united in affirming one and the same comprehensive doctrine, then the oppressive use of state power is necessary for political community”.

Essa diversidade, que ocorre naturalmente fora da opressão estatal, deve, com fundamento na ideia de pluralismo razoável, ser capaz de apoiar um mínimo de consenso a respeito daquilo que Bobbio denominaria “regras do jogo” ou, nas palavras de Rawls, “[...] para servir como fundamento público de justificação de um regime constitucional, uma concepção política de justiça deve poder ser endossada por doutrinas razoáveis, ainda que diferentes e opostas” (1996, p. 38)¹⁷³. Tal situação, designada por ele como “consenso sobreposto” – *overlapping consensus* –, confunde-se com aquelas “regras do jogo” de Norberto Bobbio. Sob esse aspecto, significa a existência de consenso social em determinadas questões fundamentais – igualdade política, oportunidade, tolerância, respeito mútuo e garantia de reciprocidade econômica – por pessoas com concepções completamente divergentes de mundo (RAWLS, 1996, p. 39-40; 1998, p. 131).

Ao introduzir o tema da relação entre poliarquia, pluralismo e bem comum, Robert Dahl estabelece um diálogo hipotético entre pluralistas, modernistas e tradicionalistas. Naquele debate, o pluralista defende que o bem público pode não ser um objetivo monolítico, capaz de ser idealizado por um único e soberano governo, sendo mais provável que “[...] ‘o público’ consista em muitos públicos diferentes, cada um dos quais pode ter um bem ou conjunto de interesses um tanto diferente” (DAHL, 2012, p. 469). Numa democracia de grande escala, como é o caso da maioria dos sistemas democráticos atuais, o pluralismo associativo e a descentralização das decisões para os governos locais garantem que os diversos interesses públicos sejam levados em consideração. Sob uma perspectiva otimista, uma democracia pluralista seria capaz de proporcionar o “bem público”.

Para Dahl, o “pluralismo”, assim como a palavra “poliarquia”, é um neologismo na ciência política de uso inicialmente eclesiástico no século XIV e que adquiriu vida própria, culminando na utilização da expressão “teoria pluralista” para designar aquilo que considera uma estranha e pouco razoável mistura de ideias. Independentemente disso, o conceito de pluralismo é necessário para descrever os países governados por regimes poliárquicos, além de ser importante para compreensão da mudança de escala da cidade-Estado para o Estado-nação (DAHL, 1984, p. 232). Este último, como é sabido, necessitou de um novo modelo de democracia, especialmente em virtude do aumento territorial e daqueles legitimados a participarem das decisões coletivas.

¹⁷³ No original: “[...] to serve as a public basis of justification for a constitutional regime a political conception of justice must be one that can be endorsed by widely different and opposing though reasonable comprehensive doctrines”.

Essa não foi, contudo, a única modificação necessária, pois, com o Estado-nação, ocorreu aumento da diversidade de grupos e interesses que, apesar da sua diferenciação interna, tinham como objetivo a vida coletiva e pacífica. “Ainda que a relação entre escala e diversidade seja menos definida, conforme a unidade política aumenta de tamanho, seus habitantes tendem a exibir maior diversidade em formas relevantes para a vida política [...]” (DAHL, 1984, p. 226)¹⁷⁴. O novo modelo democrático tornou impraticável a homogeneidade populacional dos indivíduos unidos por vínculos comuns, uma vez que esse sistema “[...] não somente tolerava, mas também estimulava a formação de associações relativamente autônomas de todos os tipos: políticas, sociais, econômicas, culturais, [...] o conflito político era claramente inevitável [...]” (DAHL, 2012, p. 507).

A mudança de perspectiva proporcionada pelas democracias de massas resultou na aceitação do pluralismo como aspecto inerente, inescapável e desejável dos regimes democráticos. Por exemplo, a ideia de que os cidadãos pudessem organizar-se em grupos competitivos como os partidos políticos era impensável no modelo democrático clássico. Como símbolo dessa mudança, Robert Dahl contrapõe Rousseau a Tocqueville e a ideia deste de que a liberdade de associação era uma das maiores garantias contra a tirania das majorias (DAHL, 1984, p. 232-234).

O conflito, mais que o consenso, passou a ser considerado como característica desejável nos regimes “MDP”¹⁷⁵ (DAHL, 2012, p. 396). Apesar disso, o referido autor não acredita que tenha sido encontrada uma forma satisfatória de resolução das tensões que existem entre pluralismo e democracia. Isso acontece especialmente no que diz respeito à principal anomalia, fruto da confusão entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, do

¹⁷⁴ No original: “Although the relation between scale and diversity is less clear-cut, as a political unit increases in size, its inhabitants will tend to exhibit greater diversity, in ways relevant to political life [...]”.

¹⁷⁵ A sociedade “moderna, dinâmica e pluralista” (MDP), definida por Dahl (2012, p. 396), “[...] pode ser resumida em duas características gerais: (1) uma sociedade MDP dispersa o poder, a influência, a autoridade e o controle para além de um único centro e os aproxima de uma variedade de indivíduos, grupos, associações e organizações. E (2) ela promove atitudes e convicções favoráveis às ideias democráticas. Embora essas duas características sejam geradas independentemente, elas também se reforçam mutuamente. O que é crucial numa sociedade MDP é que, por um lado, ela inibe a concentração de poder num só conjunto unificado de atores e, por outro, ela dispersa o poder entre uma série de atores relativamente independentes. Devido a seu poder e autonomia, esses atores podem resistir à dominação unilateral, competir entre si por certas vantagens, envolver-se em conflitos e negociações e buscar ações independentes por si mesmos. São características de uma sociedade MDP: a dispersão dos recursos políticos, tais quais o dinheiro, o conhecimento, o status e o acesso às organizações; a dispersão das localizações estratégicas, particularmente em assuntos econômicos, científicos, educacionais e culturais; e a dispersão das posições de negociação, tanto manifestas quanto latentes, nos assuntos econômicos, na ciência, nas comunicações, na educação e em outras áreas”.

pluralismo democrático, em que o voto popular conta, mas a decisão final fica a cargo daqueles com recursos organizacionais, ou seja, com capacidade de coordenação de interesses (DAHL, 1984, p. 238).

2.2 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

2.2.1 Delimitação conceitual

A teoria da democracia constitucional, aqui apresentada, tem como fundamento teórico os ensinamentos de Luigi Ferrajoli. Trata-se de uma concepção distinta, em parte, daquela exposta no fragmento anterior deste trabalho, ou seja, da teoria formal ou procedimental, para a qual “[...] a democracia consiste num método de formação da decisão pública: precisamente, no conjunto de regras que atribuem ao povo, ou melhor, à maioria dos seus membros, o poder, direto ou através de representantes, para tomar tais decisões” (FERRAJOLI, 2007b, p. 5)¹⁷⁶. A concepção formal, além de etimologicamente adequada, é amplamente difundida e aceita como predominante tanto na teoria quanto na filosofia política.

A fonte de legitimação do poder democrático, para a teoria formal, reside na autonomia, entendida como liberdade positiva de governar a si mesmo, ou seja, “[...] no fato, em outras palavras, de que as decisões são tomadas, direta ou indiretamente, pelos seus destinatários, ou, mais precisamente, por sua maioria e são, portanto, expressão da ‘vontade’ e da ‘soberania popular’” (FERRAJOLI, 2007b, p. 5)¹⁷⁷. Ela identifica a democracia com base na forma e no procedimento idôneo para garantir que as decisões políticas sejam expressão da vontade geral, identificando “quem” decide – habitualmente o povo e/ou seus representantes – e “como” essas decisões são tomadas – comumente pelo método majoritário – independentemente de quais sejam seus conteúdos – “sobre o que” decidem.

Sob essa ótica, pode-se considerar, *stricto sensu*, democrático um sistema em que seja permitido à maioria restringir os direitos das minorias (FERRAJOLI, 2007b, p. 5-6). O referido autor qualifica esse modelo como democracia plebiscitária ou majoritária, já que identifica a democracia à onipotência da maioria. Esse sistema está fundamentado em uma série de premissas que Ferrajoli julga problemáticas, como a diminuição dos limites do poder

¹⁷⁶ No original: “[...] la democrazia consiste in un metodo di formazione delle decisioni pubbliche: precisamente, nell’insieme delle regole che attribuiscono al popolo, o meglio alla maggioranza dei suoi membri, il potere, diretto o tramite rappresentanti, di assumere tali decisioni”.

¹⁷⁷ No original: “[...] nel fatto, in altre parole, che le decisioni siano prese, direttamente o indirettamente, dai loro stessi destinatari, o più esattamente dalla loro maggioranza, e siano perciò espressione della «volontà» e della «sovranità popolare»”.

executivo, considerado expressão da maioria, e o conseqüente enfraquecimento da separação dos poderes e das funções de controle e garantia do legislativo e do judiciário. Portanto, vigora, nas democracias “puramente formais”, a ideia de que a formação de um consenso majoritário seria capaz de legitimar qualquer abuso e rechaçar os sistemas mediadores, limitadores e controladores do que constitui a democracia constitucional (FERRAJOLI, 2008, p. 25).

Nessa visão, a teoria substancial da democracia de Ferrajoli não é uma proposta meramente formal – no sentido epistemológico ou metateórico da palavra – ou formalizada. A caracterização formal, embora seja importante, é insuficiente para definir adequadamente o fenômeno democrático moderno e, portanto, para limitar e vincular seu conteúdo. Trata-se, pois, de uma “[...] teoria normativa que faz uso de todo o aparato conceitual desenvolvido pela teoria do direito, da qual representa uma interpretação semântica do tipo axiológico ou normativo, embora amparada pela experiência constitucional das atuais democracias avançadas” (FERRAJOLI, 2007b, p. 6)¹⁷⁸ e que se desenvolve a partir da análise de quatro atributos distintos da democracia: sua dimensão – formal e substancial – sua forma – política e civil –, seu conteúdo – liberal e social – e seus níveis – estatal, supraestatal e infraestatal.

Ferrajoli elenca quatro motivos para demonstrar a imprescindibilidade da integração do caráter material ao conceito de democracia¹⁷⁹. O primeiro consiste na incompatibilidade entre um conceito puramente formal e a realidade, o que limita sua capacidade explicativa e validade empírica. “Uma definição dessas não é, de fato, capaz de dar conta das democracias constitucionais atuais, que seriam, para ela, não-democracias” (FERRAJOLI, 2007b, p. 6)¹⁸⁰. A supremacia absoluta da vontade pública ignora a mudança de paradigma¹⁸¹ proporcionada

¹⁷⁸ No original: “[...] teoria normativa, la quale fa uso dell’intero apparato concettuale elaborato dalla teoria formale del diritto, della quale rappresenta un’interpretazione semantica di tipo assiologico o normativo, pur se ancorata all’esperienza costituzionale delle odierne democrazie avanzate”.

¹⁷⁹ Em sentido contrário, Norberto Bobbio (1999, p. 187-188) afirma que “[...] uma Constituição, mesmo quando perfeita, tem a função de estabelecer as regras do jogo. Não pode e não deve estabelecer como se deve jogar. Se o fizesse, não seria mais uma Constituição democrática. [...] Todos sabem ou deveriam saber que as normas de uma Constituição são, na sua maioria, no que toca à organização dos poderes públicos, normas de procedimento. Essa é uma parte necessária em todas as Constituições. As demais, como a que proclama os direitos civis, poderiam até faltar. Isso significa que as normas de procedimento servem para fixar o caminho (iter) de uma decisão, mas não para sugerir o conteúdo do caminho dessa decisão. Dito de outra maneira, elas estabelecem o como e não o que de uma decisão a tomar”.

¹⁸⁰ No original: “Una simile definizione non è infatti in grado di dar conto delle odierne democrazie costituzionali che risulterebbero, alla sua stregua, non-democrazie”.

¹⁸¹ A opção da palavra “paradigma” é feita por Ferrajoli. Apesar de não tratar exatamente sobre o direito, para detalhes sobre os diversos significados desse termo e das suas mudanças, remete-se à leitura de Thomas Kuhn (1998).

tanto pelo Estado de direito, com sua exigência de submissão de todos os poderes à lei, como no Estado constitucional de direito, com sua limitação do exercício do poder popular, especialmente através dos direitos fundamentais.

Enquanto a teoria meramente formal poderia considerar antidemocrática a presença dos direitos fundamentais nas constituições rígidas, como limitadores do exercício do poder da maioria, a teoria da democracia constitucional, ao contrário, considera essas mudanças como inerentes ao modelo democrático atual (FERRAJOLI, 2007b, p. 7). Com isso, é possível concluir que uma definição de democracia meramente formal é insuficiente para dar conta das atuais democracias constitucionais e, até mesmo, da própria democracia formal, cujo funcionamento e manutenção requerem, pelo menos, a impossibilidade de a maioria suprimir as minorias e a inviolabilidade das “regras do jogo” (FERRAJOLI, 2009, p. 103).

O segundo motivo resulta da inconsistência teórica de uma noção puramente formal que se pretende posterior a si mesma, dado que existe sempre a possibilidade de que o método democrático exclusivamente formal suprima ele próprio. “Algum limite substancial é, na realidade, necessário à sobrevivência de qualquer democracia. Na ausência de tais limites, referentes ao conteúdo das decisões legítimas, uma democracia não pode – ou, pelo menos, pode não – sobreviver [...]” (FERRAJOLI, 2007b, p. 7)¹⁸². As evidências históricas são suficientes – basta lembrar os regimes totalitários que, na primeira metade do século passado, foram apoiados pela maioria da população – para demonstrar que as maiorias eventuais podem suprimir os direitos de liberdade, o pluralismo político, a divisão dos poderes e, conseqüentemente, a própria democracia política. Sob tal aspecto, os sistemas democráticos atuais entendem os direitos fundamentais como condição de possibilidade do regime democrático, o que obriga sua inclusão na definição de democracia para que ela seja compatível com a realidade atual (FERRAJOLI, 2007b, p. 7).

O terceiro motivo é a relação, incapaz de ser abordada sob uma perspectiva apenas formal da democracia, entre a soberania popular e os direitos classificados por Ferrajoli como “primários” ou “substanciais”¹⁸³. Uma compreensão puramente formal do sistema democrático ignora a relação entre democracia política e direitos de liberdade, já que a vontade popular só é legítima quando pode ser livremente exercida através dos direitos de liberdade, como a liberdade de expressão. Dessa maneira, não é possível falar em soberania

¹⁸² No original: “Un qualche limite sostanziale, infatti, è necessario alla sopravvivenza di qualunque democrazia. In assenza di tali limiti, relativi ai contenuti delle decisioni legittime, una democrazia non può – o, quanto meno, può non – sopravvivere [...]”.

¹⁸³ Vide a tipologia presente no item 1.1.3.

popular ou democracia sem direitos de liberdade, pois “[...] não só a democracia política e a própria soberania popular são ameaçadas pela onipotência da maioria, mas se realizam e alimentam somente através do exercício constante dos direitos de liberdade” (FERRAJOLI, 2007b, p. 8)¹⁸⁴. A efetividade dos direitos de liberdade, contudo, não depende apenas da abstenção estatal, mas, especialmente, de prestações positivas ínsitas aos direitos sociais, sendo impossível falar em democracia política sem que os indivíduos possuam condições básicas de vida – saúde e subsistência – ou de participação política – educação, informação e expressão.

O quarto e último motivo de insuficiência das concepções meramente formais da democracia está relacionado a um problema de natureza filosófico-política. Essas teorias compreendem a democracia como sistema caracterizado pela ausência de limites e vínculos externos à vontade popular, que seria autônoma e capaz de autodeterminar-se. No entanto, o “povo” é um ente indeterminado e incapaz de tomar decisões, de modo que deve ser, na atualidade, sempre representado. Nessa perspectiva, a maioria – ou mesmo a totalidade – política não pode deliberar sobre o que não lhe pertence, ou seja, sobre as normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais.

Como visto anteriormente, os indivíduos não são apenas destinatários, mas titulares dos direitos fundamentais, e qualquer tentativa de tornar a autonomia pessoal equivalente à tomada de decisão pelos representantes da maioria é fruto de uma concepção organicista da democracia, fundamentada numa série de pressupostos ideológicos inaceitáveis, como, por exemplo,

[...] a ideia de que o povo seja um ‘corpo político’, um tipo de organismo, um macro-sujeito dotado de uma vontade própria homogênea; que os princípios da representação e da maioria, em vez de simples convenções mais idôneas que todas as outras para determinar os sujeitos mais ‘representativos’, sejam, na realidade, as formas pelas quais a maioria exprime a vontade geral do povo como sujeito unitário orgânico; que, portanto, não se deve perguntar ‘se a lei pode ser injusta, porque ninguém é injusto consigo mesmo, nem como podemos ser livres e submetidos às leis, dado que elas não são mais que o registro das nossas vontades’ (FERRAJOLI, 2007b, p. 9)¹⁸⁵.

¹⁸⁴ No original: “[...] non solo la democrazia politica e la stessa sovranità popolare sono minacciate [...] dall’onnipotenza della maggioranza, ma l’una e l’altra si realizzano e si alimentano solo attraverso l’esercizio costante dei diritti di libertà”.

¹⁸⁵ No original: “[...] l’idea che il popolo sia un «corpo politico», una sorta di organismo, un macro-soggetto, dotato di una propria volontà omogenea; che i principi della rappresentanza e della maggioranza, anziché semplici convenzioni più d’ogni altra idonee a determinare i soggetti maggiormente «rappresentativi», siano realmente le forme tramite cui si esprime la volontà generale

Atualmente, um sistema político só pode ser compreendido como democrático se possuir, além das suas características formais, os direitos fundamentais, vistos como poder de resistência das minorias contra os representantes das maiorias eventuais. Toda democracia constitucional, é, pois, contramajoritária.

Como já visto¹⁸⁶, liberalismo e democracia estão inevitavelmente imbricados. Contudo, a concepção formal de democracia como onipotência das maiorias está relacionada ao conceito hoje dominante de liberalismo. Se, anteriormente, “democracia liberal” era uma expressão que se referia a um sistema oposto ao absolutismo, em que se protegiam as liberdades individuais, o pluralismo político e as minorias, o uso corrente da expressão passou a designar um sistema em que não há limites “[...] tanto para a liberdade de mercado, como para os poderes da maioria e, como consequência, [ocorre] a convergência de dois absolutismos: o absolutismo da política e o absolutismo do mercado; [...] o desdém pelas regras e controles tanto na esfera pública quanto na econômica [...]” (FERRAJOLI, 2008, p. 26-27)¹⁸⁷.

Dessa forma, tanto a ideia de democracia – caso seja considerada somente sob a perspectiva formal – como a de liberalismo – entendido como ausência de limites aos poderes privados – são incompatíveis com o constitucionalismo e, portanto, com a democracia constitucional, visto que essa pode ser caracterizada, especialmente, pelas limitações impostas através das cartas constitucionais ao exercício de todo poder, público ou privado. Ao contrário do que se possa supor, tanto a regra da maioria como a do mercado permanecem válidas na democracia constitucional, mas, em vez de absolutas, restringem-se àquilo que Ferrajoli entende por “esfera do decidível”.

Política e mercado configuram-se, desse modo, como a esfera do decidível, rigidamente delimitada pelos direitos fundamentais, os quais, justamente por estarem garantidos a todos e subtraídos da disponibilidade do mercado e da

del popolo quale soggetto unitario ed organico; che quindi [...] non ci si deve chiedere «se la legge possa essere ingiusta, poiché nessuno è ingiusto verso se stesso; né come si possa essere liberi e sottomessi alle leggi, poiché esse non sono che registrazioni delle nostre volontà»”.

¹⁸⁶ Para mais detalhes sobre a relação entre o significado “nobre” (FERRAJOLI, 2008, p. 26) de liberalismo e sua relação com a democracia, remete-se ao item 2.1.1.

¹⁸⁷ No original: “[...] tanto a la libertad de mercado como a los poderes de la mayoría, y en consecuencia la convergencia de dos absolutismos: el absolutismo de la política y el absolutismo del mercado; [...] el desdén por las reglas y por los controles tanto en la esfera pública como en la esfera económica”.

política, determinam a esfera do que deve ou não deve ser decidido, sem que nenhuma maioria – nem mesmo a unanimidade – possa decidir legitimamente violá-los ou não satisfazê-los (FERRAJOLI, 2008, p. 32)¹⁸⁸.

Historicamente, o paradigma da democracia constitucional nasceu no quinquênio 1945-1949, período posterior à derrota dos regimes nazifascistas. Ainda que tenham tido maior influência na Alemanha e na Itália, as circunstâncias culturais e políticas protegidas na carta das Nações Unidas de 1945 e na declaração universal dos direitos humanos de 1948 expandiram-se como modelo de grande parte dos regimes democráticos contemporâneos graças ao novo conteúdo das constituições escritas. Após aquele período, elas passaram a incluir, em seu texto, a garantia da divisão dos poderes, dos direitos fundamentais e daquilo que Ferrajoli caracteriza como a verdadeira invenção do século XX: a garantia de rigidez constitucional.

Essa novidade impossibilitou – ou dificultou – que os poderes estabelecidos pudessem dispor do texto da constituição e significou o reconhecimento de que “[...] as constituições são normas supra-ordenadas à legislação ordinária, através da previsão, por um lado, de procedimentos especiais para sua reforma e, por outro, da instituição do controle constitucional das leis por parte dos tribunais constitucionais” (FERRAJOLI, 2008, p. 29)¹⁸⁹. Ao contrário do modelo “paleopositivista” de Estado, em que a lei, independentemente do seu conteúdo, era a fonte suprema e ilimitada do direito, o paradigma da democracia constitucional estabeleceu um novo *standard* jurídico: o da compatibilidade com os direitos fundamentais, que, “[...] se estabelecidos constitucionalmente, são normas de produção supra-ordenada a todas as outras normas produzidas” (FERRAJOLI, 2007b, p. 19)¹⁹⁰.

Obviamente, a novidade não era a constituição, mas o novo papel que passou a assumir com sua rigidez e superioridade hierárquica. A ideia de uma lei superior às leis não fazia parte do imaginário juspositivista moderno. Modificou-se, assim, a natureza da legalidade, que, além de condicionar e disciplinar o mundo jurídico, passou, ela mesma, a ser

¹⁸⁸ No original: “Política y mercado quedan configurados de tal manera como la esfera de lo decidible, rígidamente delimitada por los derechos fundamentales, los cuales, justamente por estar garantizados a todos y sustraídos de la disponibilidad del mercado y de la política, determinan la esfera de lo que debe o no debe ser decidido, sin que ninguna mayoría – ni siquiera la unanimidad – pueda decidir legitimamente violarlos o no satisfacerlos”.

¹⁸⁹ No original: “[...] las constituciones son normas supraordenadas a la legislación ordinaria, a través de la previsión, por un lado, de procedimientos especiales para su reforma y, por otro, de la institución del control constitucional de las leyes por parte de tribunales constitucionales”.

¹⁹⁰ No original: “[...] se stabiliti costituzionalmente, sono norme sulla produzione di grado sopraordinato a tutte le altre norme prodotte”.

“[...] condicionada e disciplinada por vínculos jurídicos não só formais, mas também substanciais; já não é simplesmente um produto do legislador, mas também projeção jurídica do próprio direito e, portanto, limite e vínculo para o legislador” (FERRAJOLI, 2008, p. 30)¹⁹¹. Como resultado disso, modificaram-se, também, as condições de validade do direito, que, além do respeito aos procedimentos – “quem” e “como” –, passou a sujeitar seu conteúdo – “o que” – à compatibilidade – de omissão ou ação – aos direitos fundamentais estabelecidos na constituição, considerados uma “[...] convenção democrática acerca do que é indecível para qualquer maioria, seja porque certas coisas não podem ser decididas, seja porque outras não podem não ser decididas” (FERRAJOLI, 2008, p. 31)¹⁹².

Dentre as mudanças proporcionadas pelo paradigma do Estado democrático de direito, é necessário mencionar, também, o novo papel assumido pela ciência jurídica, que, além da função descritiva, adquiriu natureza crítica em relação aos problemas do sistema vigente e assumiu uma função prescritiva, no sentido de elaborar técnicas de garantias necessárias à superação daqueles problemas. Por meio disso, a política transforma-se em instrumento de atuação do direito, devendo ser submetida aos limites impostos pelos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos (FERRAJOLI, 2008, p. 32).

Essas mudanças permitem a compreensão da democracia através do modelo “quadridimensional” – democracia política, democracia civil, democracia liberal e democracia social –, que relaciona cada um dos aspectos do sistema democrático aos quatro tipos de direitos fundamentais da tipologia ferrajoliana¹⁹³ – direitos políticos, direitos civis, direitos de liberdade e direitos sociais – conforme sintetizado no seguinte quadro:

<i>Democrazia Stato di diritto Diritti fondamentali</i>	<i>Stato liberale di diritto</i>	<i>Stato sociale di diritto</i>
---	----------------------------------	---------------------------------

¹⁹¹ No original: “[...] condicionada y disciplinada por vínculos jurídicos no sólo formales, sino también sustanciales; ya no es simplemente un producto del legislador, sino que también es proyección jurídica del derecho mismo y por ende límite y vínculo para el legislador”.

¹⁹² No original: “[...] se trata de la convención democrática acerca de lo que es indecible para cualquier mayoría, o bien por qué ciertas cosas no pueden ser decididas, y por qué otras no pueden no ser decididas”. Veja-se, nesse sentido, a definição D12.23 (FERRAJOLI, 2007c, p. 1172): “‘Democrazia costituzionale’ è l’istituzione politica il cui statuto è una costituzione democratica”, ou

seja: (z) (w) (DCOzw ≡ (∃y) (ISPzw·STTwz·CSTwzy·DEMw)).

¹⁹³ Item 1.1.3.

<i>Democrazia formale</i> <i>St. legislativo di dir.</i> <i>Diritti primari</i>	<i>Democrazia politica</i> <i>Diritti politici</i> <i>Autonomia politica</i>	<i>Democrazia civile</i> <i>Diritti civili</i> <i>Autonomia privata</i>
<i>Democrazia sostanziale</i> <i>St. costituzionale di dir.</i> <i>Diritti primari</i>	<i>Democrazia liberale</i> <i>(Liberal-democrazia)</i> <i>Diritti di libertà</i>	<i>Democrazia Sociale</i> <i>(Social-democrazia)</i> <i>Diritti sociali</i>

Fonte: FERRAJOLI (2007b, p. 21).

Apesar da conjunta relevância dessas quatro dimensões e da sua importância para caracterizar a maioria dos sistemas democráticos em vigor, as teorias meramente formais atribuem valor superior à dimensão política. Dessarte, embora considerem indesejável, caracterizam um sistema como “democrático” caso ele possua somente a dimensão política da democracia, não sendo isso possível caso as outras dimensões existam isoladamente.

Por outro lado, somente com a presença de todas as dimensões da democracia, torna-se possível falar em democracia constitucional, cuja principal característica é a “blindagem” dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos contra todo exercício de poder, sejam eles públicos ou privados. A correlação entre esses quatro aspectos e o estabelecimento e concretização dos respectivos direitos fundamentais permite criar um modelo capaz de determinar o nível de desenvolvimento de todas as democracias existentes (FERRAJOLI, 2007c, p. 1336)¹⁹⁴.

2.2.2 Democracia e constituições democráticas

Para Luigi Ferrajoli, democracia e constitucionalismo são conceitos que tendem à confusão, o que não é equivocado, desde que, na ausência de adjetivos, sejam compreendidos, respectivamente, como “democracia constitucional” e “constitucionalismo democrático” (2009, p. 106).

Dessa forma, o autor propõe uma definição de constituição que é, simultaneamente, estrutural – no que diz respeito a sua posição como norma de superioridade hierárquica e, portanto, válida para todas as constituições – e axiológica – relacionada ao conteúdo

¹⁹⁴ O teorema 12.184 estabelece que “la democrazia costituzionale consiste nella congiunzione della democrazia politica, della democrazia civile, della democrazia liberale e della democrazia sociale”, ou seja: (w) (z) (DCOzw → (DCPzw·DCCzw·DCLzw·DCSzw)). Para maiores detalhes e demonstração completa do teorema, remete-se à leitura de Ferrajoli (2007c, p. 1336-1337).

normativo, formal e substancial, necessário para qualificá-la como democrática, o que resulta na sua definição D12.22, que estabelece:

‘Constituição’ é o estatuto de uma instituição política consistente em um conjunto de regras de produção dotadas de algum grau de efetividade e cujo ato institutivo é o ato constituinte e que, numa democracia, possui: a) como regras de reconhecimento da esfera pública, a divisão de poderes, a representatividade política das funções de governo, através do exercício dos direitos políticos e da sua separação das funções de garantia; b) como normas de reconhecimento da esfera privada, a produção pelo exercício dos direitos civis disponíveis a eles pertencentes; c) como razão social, a garantia dos direitos de liberdade e dos direitos sociais estipulados como vitais pelas suas normas substanciais (FERRAJOLI, 2007a, p. 891)¹⁹⁵.

A primeira parte desse conceito é a noção estrutural, ou seja, da constituição como estatuto de uma entidade política que tem, como ato institutivo, o ato constituinte, exercido, por sua vez, pelo poder constituinte e cujo conteúdo consiste no conjunto de normas sobre produção, seja formal ou substancial, dos próprios atos estabelecidos. A constituição, portanto, é condição de validade de todo o sistema jurídico e subordina todas as outras normas. Disso resulta sua rigidez, ou seja, a impossibilidade de sua modificação fora dos procedimentos estabelecidos por ela mesma (FERRAJOLI, 2007a, 891-893).

Esse fragmento inicial do conceito de Ferrajoli – de natureza puramente estrutural – é incapaz de definir quais as normas de reconhecimento e a razão social estipuladas pela constituição. Tal objetivo somente pode ser alcançado através de uma teoria normativa da democracia, relativa à parte axiológica da definição, capaz de estipular conteúdos tanto para a norma de reconhecimento quanto para a razão social e, assim, qualificar a constituição como democrática. Esses conteúdos são aqueles estabelecidos pelo artigo 16 da *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*¹⁹⁶, ou seja, são direitos fundamentais, compreendidos como limitadores da forma e do conteúdo no exercício do poder, expressos através de normas

¹⁹⁵ No original: “‘Costituzione’ è lo statuto di un’istituzione politica consistente in un insieme di norme sulla produzione dotate di un qualche grado di effettività, il cui atto istitutivo è l’atto costituyente e che, in democrazia, ha: a) come norme di riconoscimento della sfera pubblica la divisione dei poteri, la rappresentatività politica delle funzioni di governo per il tramite dell’esercizio dei diritti politici e la separazione da esse delle funzioni di garanzia, b) come norme di riconoscimento della sfera privata la produzione ad opera dell’esercizio dei diritti civili delle situazioni disponibili ad essa appartenenti e c) come ragione sociale la garanzia dei diritti di libertà e dei diritti sociali stipulati come vitali dalle sue norme sostanziali”. Em virtude da complexidade do conceito, omite-se, aqui, o conteúdo do seu teorema. Para maiores detalhes, remete-se à análise de Ferrajoli (2007c, p. 1172-1173; 1240-1266).

¹⁹⁶ Art. 16 – A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição.

téticas substanciais que possuem, simultaneamente, como destinatários e titulares, todas as pessoas naturais e/ou cidadãos, conforme o tipo de direito fundamental.

Nesse sentido, a constituição democrática é uma situação ideal, um modelo-limite que serve para determinar o nível de democracia dos ordenamentos concretos. O conceito de “constituição” estabelecido por Ferrajoli é válido para qualquer sistema de direito positivo que possua uma constituição rígida – e que, portanto, satisfaça às condições básicas da primeira parte da definição – e não apenas aos regimes democráticos – ou seja, aos sistemas que, em maior ou menor grau, satisfazem à segunda metade (FERRAJOLI, 2007a, p. 894).

As constituições democráticas, contudo, não representam apenas a configuração do Estado de direito e dos seus caracterizadores, mas são, especialmente, um compromisso político com o futuro. Esse compromisso é estabelecido através da “[...] imposição a todos os poderes de imperativos negativos e positivos como fonte para a sua legitimação, mas também [...] deslegitimação [...] das perspectivas de transformação do direito em direção à igualdade nos direitos fundamentais” (FERRAJOLI, 2008, p. 33)¹⁹⁷. Elas internalizam os princípios ético-políticos externos ao direito vigente, ou seja, transformam-lhes em *principia iuris et in Iuri*, capazes de vincular a coerência e a compatibilidade na produção, interpretação e aplicação de toda a legislação infraconstitucional. Todas essas características culminam na “blindagem” da constituição contra as investidas das majorias eventuais, pois, recuperando a metáfora bobbiana, através da visão substancial de Ferrajoli, os direitos fundamentais presentes nas constituições democráticas são o conjunto daquelas regras que possibilitam a participação de todos, ainda que minorias ou oposição, no jogo democrático, de modo que não podem ser diminuídos ou eliminados, mas somente ampliados e reforçados.

O fenômeno das constituições democráticas permitiu, como em parte já analisado, a constitucionalização dos direitos fundamentais, elevando-os ao *status* de direito supra-ordenado a todo exercício de poder, público ou privado, uma vez que estão vinculados às garantias estabelecidas pelos textos das cartas políticas. A titularidade comum dos direitos fundamentais nas constituições democráticas identifica-se à soberania popular, o que reforça o caráter político da democracia constitucional, dado que o “poder do povo” passa a ser entendido sobretudo no sentido de que o povo compõe um conjunto de “[...] poderes ativos que são os direitos constitucionais secundários, dos quais todo poder constituído é derivado, e de todos os contra-poderes passivos que são os direitos constitucionais primários, dos quais

¹⁹⁷ No original: “[...] la imposición a todos los poderes de imperativos negativos y positivos como fuente para su legitimación, pero además [...] para su deslegitimación [...] las perspectivas de transformación de l derecho mismo en dirección de la igualdad en los derechos fundamentales”.

todos os poderes constituídos são subordinados e funcionalizados” (FERRAJOLI, 2007b, p. 47)¹⁹⁸.

Tanto sob a perspectiva filosófica quanto histórica, o pensamento contratualista é intrínseco à noção política de uma constituição democrática. Com início em Hobbes e, posteriormente, com o pensamento iluminista, desenvolveu-se uma concepção de Estado contrária ao pensamento clássico. Assim, o Estado passa a ser entendido não como fato natural da condição humana, mas como uma criação artificial, fruto do pacto entre homens que buscavam a proteção das suas necessidades e direitos “naturais” – vida, propriedade, liberdade, direitos políticos e sociais. Para essa concepção, o estado natural do homem é o de ausência de leis, e a organização política estatal somente se justifica enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, de maneira que “[...] as cartas constitucionais e as declarações de direitos configuram-se como pactos ou convenções democráticas cujas cláusulas são os princípios e os direitos fundamentais que, de ‘naturais’, tornaram-se, graças a sua estipulação, em ‘positivos’ e ‘constitucionais’ [...]” (FERRAJOLI, 2007b, p. 48)¹⁹⁹. Como consequência, tanto lógica quanto histórica, o Estado de direito precede à democracia política, especialmente em virtude de ter desenvolvido um conjunto de limitações e vinculações ao próprio regime democrático de caráter majoritário.

A natureza contratual das constituições democráticas deve-se, sobretudo, às circunstâncias históricas dos seus textos, pois “todas as constituições dignas deste nome nasceram como ruptura com o passado e, também, como projeto de futuro” (FERRAJOLI, 2007b, p. 49)²⁰⁰. O conceito de “contrato social” está fortemente associado à ideia de liberação da opressão e refundação do pacto de convivência civil, que, nas constituições modernas, estabeleceram a ruptura com os regimes absolutistas. Tanto as constituições do segundo pós-guerra como a *Déclaration* de 1948 foram respostas ao estado de natureza em que se encontravam os direito interno e internacional. Isso permite afirmar que o antitotalitarismo é um componente intrínseco às constituições democráticas e às democracias constitucionais, mesmo nos países que não experimentaram diretamente o fascismo. As

¹⁹⁸ No original: “[...] poteri attivi, che sono i diritti costituzionali secondari dai quali ogni potere costituito è derivato, e di tutti quei contro-poteri passivi, che sono i diritti costituzionali primari ai quali i poteri costituiti sono subordinati e funzionalizzati”.

¹⁹⁹ No original: “[...] le carte costituzionali e le dichiarazioni dei diritti si configurano come patti o convenzioni democratiche, le cui clausole sono i principi e i diritti fondamentali che da «naturali» divengono, grazie alla loro stipulazione, «positivi» e «costituzionali» [...]”.

²⁰⁰ No original: “Tutte le costituzioni degne di questo nome sono nate come rotture con il passato e, insieme, come progetti di futuro”.

constituições surgiram tanto como projeto jurídico quanto como programa político, com obrigações de fazer e não fazer como condições de legitimidade ao exercício de qualquer poder (FERRAJOLI, 2007b, p. 50).

Essa limitação dos poderes está amparada naquilo que Ferrajoli denomina a “esfera do indecidível”. A teoria liberal, contudo, sempre defendeu a limitação de determinados poderes públicos, inclusive o poder da maioria, o que torna necessário esclarecer quatro diferenças – ou, como se prefere aqui, evoluções – do conceito ferrajoliano de “esfera do indecidível”, fundamentado no surgimento de constituições democráticas.

A primeira distinção está relacionada à natureza, em vez de categoria filosófico-política, de elemento da teoria do direito que Ferrajoli atribui ao seu conceito. As constituições democráticas permitiram especial relevância da esfera do indecidível ao criarem mecanismos de vinculação das maiorias, seja através da indecidibilidade absoluta – como no caso das cláusulas pétreas –, seja por meio da indecidibilidade relativa – quando a constituição exige um procedimento diferenciado, nitidamente mais complexo, para modificação do seu texto. Não se trata, pois, de uma simples categoria da filosofia política, mas de um componente fundamental dos textos das constituições democráticas atuais capaz de limitar inclusive o exercício de todos os poderes públicos. “Esses limites e esses vínculos, portanto, não são princípios de legitimação política externos ao ordenamento, mas princípios jurídicos que estão no seu interior” (FERRAJOLI, 2008, p. 103)²⁰¹.

A segunda evolução do conceito ferrajoliano em relação aos demais é que aquele possui não somente uma esfera do indecidível, mas, especialmente, uma esfera em que há obrigação de decidir, ou seja, a concepção ferrajoliana permite a compreensão de que, sobre determinados assuntos, não se pode deixar de decidir. Enquanto a esfera do indecidível trata dos limites negativos para proteção dos direitos de liberdade contra as investidas dos poderes públicos, a esfera do que deve ser decidido está relacionada aos vínculos positivos, igualmente obrigatórios, para garantia dos direitos sociais. A associação entre essas duas limitações constitui o garantismo e materializa o constitucionalismo (FERRAJOLI, 2008, p. 103).

A terceira diferença está relacionada ao tipo de poder que limitam. De maneira geral, as concepções clássicas, vide, por exemplo, os autores iluministas, entendiam como submetidos somente os poderes públicos – o Estado. Nisso resultou, em parte, o problema da

²⁰¹ No original: “Esos límites y esos vínculos, en suma, no son principios de legitimación política externos al ordenamiento, sino principios jurídicos que están en su interior”.

confusão entre direitos de liberdade e direito de propriedade, conforme demonstrado anteriormente²⁰². Na evolução do conceito de Ferrajoli, estão igualmente vinculados os poderes de natureza privada – mercado –, que “[...] devem ser, portanto, no Estado de direito, que não admite poderes absolutos, submetidos aos limites e vínculos para garantir os direitos fundamentais, como ocorre com os poderes públicos oriundos do exercício dos direitos políticos” (FERRAJOLI, 2008, p. 103-104)²⁰³. Nesse sentido, o autor defende um “constitucionalismo de direito privado”, capaz de controlar os poderes privados, que, na ausência de limitação, se tornam absolutos e selvagens²⁰⁴.

A quarta diferença é caracterizada pelas constituições democráticas modernas, sendo o maior traço distintivo da democracia constitucional. Uma vez que os direitos fundamentais de liberdade e sociais são pré-requisitos da própria democracia constitucional, Luigi Ferrajoli acredita serem igualmente essenciais para a elaboração de um conceito de democracia que pretenda, como visto no item anterior, ir além da proposta meramente formal. Em virtude do desgaste da expressão “democracia substancial” – que foi utilizada pelas denominadas “democracias populares” para designar as experiências antidemocráticas do socialismo real (FERRAJOLI, 2011a, p. 29) –, alguns autores, como Norberto Bobbio²⁰⁵, resistem em utilizá-la. No entanto, Ferrajoli acredita que “não devemos ter medo das palavras uma vez que tenham sido claramente redefinidas” (2008, p. 104)²⁰⁶ e que, com as constituições democráticas hodiernas, se torna imprescindível que o adjetivo “substancial” faça parte, além dos textos constitucionais, do próprio conceito de democracia.

Cumprido, por fim, ressaltar que a existência de uma esfera do indecidível, nos moldes propostos por Ferrajoli e em harmonia com o estabelecido nas constituições democráticas,

²⁰² Em especial, remete-se ao item 1.2.3.

²⁰³ No original: “[...] deben ser por tanto, en el Estado de derecho que no admite poderes absolutos, sometidos a límites y a vínculos en garantía de los derechos fundamentales, como sucede con los poderes públicos generados por el ejercicio de los derechos políticos”.

²⁰⁴ Sobre o conceito de “poderes selvagens”, remete-se ao item 3.2.2.

²⁰⁵ Veja-se, por exemplo, a seguinte distinção entre democracia formal e democracia substancial: “juntamente com a noção comportamental de democracia, que prevalece na teoria política ocidental e no âmbito da ‘political science’, foi-se difundindo, na linguagem política contemporânea, um outro significado de democracia que compreende formas de regime político como as dos países socialistas ou dos países do terceiro mundo, especialmente, dos países africanos, onde não vigoram ou não são respeitadas mesmo quando vigoram algumas ou todas as regras que fazem que sejam democráticos, já depois de longa tradição, os regimes liberais-democráticos e os regimes sociais-democráticos. Para evitar a confusão entre dois significados tão diversos do mesmo termo prevaleceu o uso de especificar o conceito genérico de democracia como um atributo qualificante e, assim, se chama de ‘formal’ a primeira e de ‘substancial’ a segunda” (BOBBIO, 1998a, p. 328).

²⁰⁶ No original: “Pero creo que no debemos tenerle miedo a las palabras, una vez que han sido claramente redefinidas”.

não extinguiu o papel da política, mas, pelo contrário, criou novos fundamentos e possibilitou sua proteção contra o exercício arbitrário dos poderes. Legislativo e executivo tornaram-se responsáveis pela esfera do decidível, ou seja, pela inovação legal, pelo estabelecimento de agenda política e, especialmente, “[...] pela implementação das funções e das instituições de garantia, ou seja, sua criação e regulação em obediência ao mandamento constitucional: na obediência, precisamente, da obrigação de produzir uma legislação de atuação dos direitos e de suas garantias” (FERRAJOLI, 2008, p. 108)²⁰⁷. Os direitos fundamentais, inclusive os mais básicos, exigem elaboração de legislação infraconstitucional, de competência da política, para que sejam concretizados. É possível concluir, com isso, que as constituições democráticas, em vez de “imobilizarem” a política, enobreceram essa atividade que, amparada nos direitos fundamentais, tem, como única finalidade, o aprimoramento da vida humana.

2.2.3 Democracia constitucional e poder

A democracia constitucional consiste numa evolução do Estado de direito, que lhe adicionou, por meio dos direitos fundamentais, uma dimensão substancial, de modo que a maior luta daquele modelo estatal, a limitação do poder, foi aperfeiçoada na democracia constitucional. Enquanto, anteriormente, os limites ao exercício do poder público tinham como fundamento a lei ordinária – modificável conforme o alvitre das maiorias eventuais –, as constituições democráticas estabeleceram um novo *standard* de legitimidade para qualquer poder, inclusive o privado. Seu exercício torna-se importante, nesse novo paradigma, sob uma perspectiva quádrupla: a divisão do poder estatal; a separação dos poderes públicos e privados; a divisão entre funções de governo e funções de garantia e, não menos importante, o problema da confusão de poderes e a “privatização” da atividade estatal.

Apesar da importância da clássica teoria de tripartição dos poderes, ela é inadequada para lidar com o aumento das funções estatais e a multiplicação dos *loci* de poder típicos das democracias contemporâneas (FERRAJOLI, 2008, p. 105-106). A complexidade do Estado engloba um conjunto abrangente e multiforme de funções e instituições públicas, de modo que “a fragmentação e articulação do poder numa longa série de funções públicas, distribuídas em múltiplas instituições, órgãos e funções, não é apenas fruto de uma divisão do trabalho

²⁰⁷ No original: “[...] la implementación de las funciones y de las instituciones de garantía, es decir, su creación y su regulación en acatamiento del mandato constitucional: en acatamiento, precisamente, de la obligación, de producir una legislación de actuación de los derechos y de sus garantías”.

necessária por razões óbvias de eficiência, organização e diferenciação de competência” (FERRAJOLI, 2007b, p. 194)²⁰⁸, mas, especialmente, constitui uma proteção contra o acúmulo excessivo de poder, pois “[...] trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites [...], para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder” (MONTESQUIEU, 2000, p. 166).

Figura típica do Estado de direito, essa separação de poderes é ampliada, na democracia constitucional, em virtude do desenvolvimento de estruturas estatais mais complexas, fruto da expansão dos direitos sociais, de modo que “[...] esse aumento da complexidade da esfera pública exigiria [...] um crescimento paralelo, dentro de um sistema racional e unitário, da diferenciação e distribuição dos poderes, com todos os seus problemas inerentes de eficiência, funcionalidade e garantia” (FERRAJOLI, 2007b, p. 194-195)²⁰⁹.

Ferrajoli distingue duas figuras de desconcentração do poder que entende como normas de reconhecimento da esfera pública: a divisão de um mesmo poder entre sujeitos diversos e a separação dos poderes (2007c, p. 1270). A primeira é aplicável a todas as funções públicas, sejam de governo ou de garantia, como forma de possibilitar, por força da exigência de que todos os atos de poder possam ser impugnados, revisados ou revogados, o mútuo controle e cooperação entre os poderes estabelecidos. A separação dos poderes²¹⁰ entre diversos sujeitos tem como finalidade sua independência e está relacionada à diversidade das suas fontes legitimadoras (FERRAJOLI, 2007b, p. 195).

²⁰⁸ No original: “La frammentazione e l’articolazione del potere in una lunga serie di funzioni pubbliche, distribuite tra molteplici istituzioni, organi e funzionari, non è soltanto il frutto di una divisione del lavoro richiesta da ovvie esigenze di efficienza, di organizzazione e differenziazione delle competenze”.

²⁰⁹ No original: “[...] questa crescita della complessità della sfera pubblica richiederebbe [...] una crescita parallela, entro un sistema razionale e unitario, della differenziazione e distribuzione dei poteri, con tutti i conseguenti problemi di efficienza, di funzionalità e di garanzia”. Cumpre ressaltar que os conceitos de esfera pública e esfera privada trabalhados por Ferrajoli são distintos – ainda que comunicáveis – daqueles desenvolvidos por Jürgen Habermas (2003) e que serão abordados no próximo item deste trabalho. Para Ferrajoli (2007a, p. 805), “[...] ‘sfera pubblica’ è l’insieme delle situazioni di cui tutti sono titolari, o che sono stabilite a garanzia dell’interesse di tutti e/o che non sono prodotte dall’esercizio dei diritti civili di autonomia” e, inversamente, “[...] ‘sfera privata’ è l’insieme delle situazioni di cui non tutti sono titolari, o che non sono conferite a garanzia degli interessi di tutti e che sono, le une e le altre, prodotte dall’esercizio dei diritti civili di autonomia”. No entanto, a necessidade de distinção entre as funções exercidas nessas esferas é comum a ambos os autores.

²¹⁰ A definição (D12.8) completa é “la ‘separazione dei poteri’ è una norma di competenza relativa alle funzioni di un’istituzione, in forza della quale gli atti con cui sono esercitate le funzioni da parte dei funzionari che ne sono investiti suppongono la non designazione di questi e/o la non commissione di atti ad essi strumentali da parte di funzionari di istituzioni diverse” (FERRAJOLI, 2007c, p. 1168).

A divisão do poder é uma das mais importantes normas de reconhecimento da democracia constitucional e, apesar do objetivo comum – o controle formal e substancial do exercício de poder –, possui duas manifestações distintas, podendo ser orgânica²¹¹ ou funcional²¹². Na democracia constitucional, todos os poderes públicos estão sujeitos, pelo menos, à segunda modalidade de divisão em virtude dos diferentes tipos de procedimentos – executivos, legislativos ou judiciários – adotados eles (FERRAJOLI, 2007b, p. 195-196).

Estabelecem-se três formas de divisão funcional de um mesmo poder: intraorgânica, interorgânica e de níveis organizacionais. A primeira pode ser identificada na composição colegiada de alguns órgãos públicos – como, por exemplo, os tribunais –, permitindo o controle mútuo e a pluralidade de pensamentos dentro da instituição. Já a divisão interorgânica está relacionada ao aprimoramento ou correção das decisões através da separação de competências entre os sujeitos responsáveis pela elaboração e aplicação dos atos públicos, de forma que estes podem revisar o conteúdo das ações daqueles. A terceira, e mais importante, forma de divisão funcional do poder é aquela que ocorre entre os diversos níveis de organização do poder estatal, por meio de uma divisão flexível, sem o estabelecimento de uma hierarquia rígida, o que permite a interferência subsidiária do poder central com a finalidade de contribuir com as decisões dos diversos poderes locais. A subsidiariedade quebra a ideia verticalizada do poder e, como ocorre nos modelos federalistas, estabelece certa horizontalidade e cooperação mútua entre seus distintos níveis (FERRAJOLI, 2007b, p. 196-199).

A separação dos poderes – orgânica ou funcional –, diferentemente da divisão, que é alicerçada na interdependência entre os diversos componentes de um mesmo poder, fundamenta-se na distinção entre suas fontes legitimadoras. Na definição de Ferrajoli, “a ‘separação orgânica do poder’ é uma norma de competência relativa às funções de uma instituição que estabelece que os funcionários autores dos atos com que essas funções são exercidas não são designados por funcionários de outras instituições” (2007c, p. 867)²¹³.

²¹¹ A definição (D12.6) completa é “la ‘divisione organica del potere’ è una norma di competenza relativa alle funzioni di un’istituzione, in forza della quale i funzionari autori degli atti con cui sono esercitate tali funzioni sono designati da altri funzionari” (FERRAJOLI, 2007c, p. 1167).

²¹² A definição (D12.7) completa é “la ‘divisione funzionale del potere’ è una norma di competenza relativa alle funzioni di un’istituzione, in forza della quale gli atti con cui sono esercitate le funzioni da parte dei funzionari che ne sono investiti richiedono la commissione di atti ad essi strumentali da parte di altri funzionari” (FERRAJOLI, 2007c, p. 1168).

²¹³ No original: “La ‘separazione organica dei poteri’ è una norma di competenza relativa alle funzioni di un’istituzione, in forza della quale i funzionari autori degli atti con cui tali funzioni sono esercitate non sono designati da funzionari di istituzioni diverse”.

Nesse aspecto, impede-se que um poder estatal interfira na composição de outro, como ocorre, por exemplo, na impossibilidade de que um membro do legislativo possa ser destituído pelo chefe do executivo. Já através da separação funcional, se estabelece a impossibilidade de que um poder modifique os atos praticados por outro, como ocorre, por exemplo, na proibição de que uma sentença emanada do judiciário seja alterada por um ato administrativo (FERRAJOLI, 2007b, p. 200).

Não existe uma instituição unitária da administração pública, visto que, dentro de outra separação relativa aos poderes feita por Ferrajoli, ela é constituída pelas funções de garantia e pelas funções de governo. Estas são definidas como “[...] as funções legislativas e executivas cujo exercício é válido se substancialmente de acordo com as normas substanciais sobre a sua produção”; aquelas são as funções públicas que consistem em “[...] garantias primárias ou em garantias secundárias produzidas pelo exercício da função legislativa e aplicadas através de atos cuja validade substancial depende da aplicação substancial das normas substanciais relativas à sua produção” (FERRAJOLI, 2007c, p. 1169)²¹⁴. Em virtude da sua legitimação política representativa, as instituições de governo possuem certa flexibilidade e discricionariedade, não estando rigidamente vinculadas à lei – o que, por óbvio, não diminui seu vínculo aos direitos fundamentais – e, nesse sentido, confundem-se com a “esfera do decidível”. Por outro lado, as instituições de garantia são legitimadas em virtude do seu vínculo com a aplicação substancial da lei na tutela dos direitos de todos. Assim, constituem aquela “esfera do indecidível”, da qual fala Ferrajoli, o que impossibilita que sejam fundamentadas na representação política, uma vez que tal situação resultaria na possibilidade da “tirania das maiorias” (FERRAJOLI, 2007b, p. 203-206).

A separação mais importante do Estado de direito – e da democracia constitucional – é aquela entre as esferas – também funções e poderes – pública e privada que surgiu junto com a própria concepção de esfera pública e da sua emancipação em relação à esfera privada. Enquanto esta corresponde ao conjunto de interesses particulares, que são operacionalizados pelos direitos civis de autonomia e pelos direitos patrimoniais, a esfera pública está intimamente relacionada aos direitos fundamentais e, como eles, possui a indisponibilidade e a universalidade como características fundamentais.

²¹⁴ No original: “[...] le funzioni legislative e quelle amministrative, il cui esercizio è valido sostanzialmente se rispetta le norme sostanziali sulla sua produzione.” e “[...] consistenti in garanzie primarie o in garanzie secondarie prodotte dall'esercizio della funzione legislativa ed attuate da atti la cui validità sostanziale dipende dall'applicazione sostanziale delle norme sostanziali sulla loro produzione”.

A confusão entre esferas pública e privada também é fruto de outro equívoco teórico, já exposto anteriormente²¹⁵, entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais. Nessa ótica, “é evidente a total diversidade das fontes de legitimação dos poderes pertencentes às duas esferas [...]” (FERRAJOLI, 2007b, p. 201). Enquanto os poderes privados se fundamentam na autonomia negocial, sempre em conflito com a autonomia dos outros indivíduos, o poder público está constituído sob a tutela dos interesses de todos – no caso das funções de governo – ou na sujeição às leis compatíveis com os direitos fundamentais – funções de garantia.

Como visto no decorrer do presente trabalho, a confusão entre poder público e poder privado, seja através da privatização de instituições da esfera pública ou pela concentração de diversos poderes numa só pessoa – pública, privada, natural ou jurídica –, coloca a democracia constitucional em risco. A separação e independência da esfera pública em relação ao poder econômico é condição de possibilidade para a manutenção do regime democrático (FERRAJOLI, 2007b, p. 201-202).

2.3 DESINTEGRAÇÃO DA ESFERA PÚBLICA POLÍTICA INFILTRADA PELO PODER

2.3.1 Esfera pública: formação e delimitação conceitual

Ainda que Jürgen Habermas seja a matriz teórica para este item do trabalho, a definição de esfera pública colocada por Charles Taylor, compatível com a habermasiana, é capaz de ilustrar bem o conceito. Para ele, a esfera pública é uma das características centrais das sociedades modernas, podendo ser entendida como uma das dimensões da sociedade civil que é independente da organização política (TAYLOR, 2010, p. 227). Trata-se, pois, de um espaço comum, regulamentado pelo Estado, mas, simultaneamente, contrário à autoridade estabelecida, que se utiliza dos diversos meios de comunicação para colocar em discussão questões de interesse comum, ou seja, públicas. As *media* – e até mesmo o próprio Estado – são órgãos da esfera pública cujo objetivo é evitar a concentração do poder através da constante busca pela mudança da base de legitimação da dominação.

A importância desse conceito para a teoria do Estado dá-se pela centralidade do papel do sujeito dessa esfera pública como portador da opinião pública. Jürgen Habermas reconstruiu a história da transformação do Estado moderno e da ascensão da denominada “esfera privada do público” na Europa do século XVIII, ou seja, da relevância pública da esfera privada. Ao contrário do que ocorria na concepção da Grécia clássica, os indivíduos da

²¹⁵ Item 1.2.3.

esfera pública burguesa são compreendidos nas suas esferas privada e familiar, que deveriam ser defendidas contra a dominação do Estado (HABERMAS, 2003, p. 42-43).

Importante ressaltar, contudo, que a investigação realizada por Habermas (2003, p. 9 e ss.) é restrita ao modelo liberal da esfera pública burguesa²¹⁶, considerada por ele uma categoria histórica típica de uma época específica. Para a determinação do conceito de esfera pública, o autor reconstrói os múltiplos significados da palavra “público”, capaz de designar desde algo acessível a qualquer um até os assuntos relativos às instituições do Estado.

Inspirado no conceito kantiano de publicidade, Habermas entende a esfera pública burguesa como a esfera de pessoas privadas reunidas em um público que buscava regulamentação estatal para que pudessem discutir os assuntos publicamente relevantes das esferas privadas. As reivindicações burguesas “[...] contra o poder público não se dirigem (somente) contra a concentração do poder que deveria ‘compartilhado’; muito mais eles atacam o próprio princípio da dominação vigente” (2003, p. 43). Dessarte, é uma tentativa de controle, por parte da burguesia, com a finalidade de modificar a situação dessa dominação, através da livre reunião e expressão de todos sobre os assuntos de interesse comum. É a linha divisória entre o setor privado e a esfera do poder público, sintetizada no seguinte quadro:

Setor privado		Esfera do poder público
---------------	--	-------------------------

²¹⁶ Com a inevitável limitação do objeto de estudo, o autor desconsidera as diversas outras manifestações significativas, como a feminista ou a proletária, pelo que foi duramente criticado. No prefácio da edição alemã de 1990 do seu “Strukturwandel der Öffentlichkeit”, Habermas retoma a justificativa, já exposta na introdução da primeira edição (1961), de que o cerne da obra era o estudo da esfera pública burguesa do contexto histórico da Grã-Bretanha, França e Alemanha dos séculos XVIII e XIX. Assim, excluiu, conscientemente, da primeira edição da obra, a análise das esferas públicas coexistentes, que competiam com aquela burguesa, como, por exemplo, a esfera pública plebeia. Ainda que, por um lado, Habermas a considerasse como variante da esfera pública burguesa, por outro, reconheceu que a esfera pública plebeia poderia ser entendida, de maneira mais ampla, como esfera autônoma, uma vez que desenvolveu o potencial emancipatório da esfera pública burguesa em um novo contexto social. A esfera pública plebeia seria, assim, similar à burguesa, mas cujas condições sociais foram anuladas no decorrer da história. Essa exclusão cultural e política das camadas mais baixas resultou no ocultamento do pluralismo da esfera pública desde o seu surgimento, pois ignorou que a esfera pública plebeia coexistia e influenciava a burguesa. Contudo, Habermas reconheceu, posteriormente, que a esfera pública plebeia não era apenas um eco passivo da cultura dominante, mas que seu erro de julgamento em relação à importância de certos aspectos da esfera pública não invalidou o processo de transformação por ele apresentado (HABERMAS, 1992, p. 425-430).

Sociedade civil (setor de troca de mercadorias e de trabalho social)	Esfera pública política	Estado (setor da “polícia”)
	Esfera pública literária (clubes, imprensa)	
Espaço íntimo da pequena família (intelectualidade burguesa)	(mercado de bens culturais) “cidade” ²¹⁷	Corte (sociedade da aristocracia da corte)

Fonte: HABERMAS (2003, p. 45).

Em obra posterior, Habermas conceitua a esfera pública como fenômeno social elementar, incapaz de ser descrito através de conceitos tradicionais e que, portanto, não deve ser entendida como instituição, organização ou sistema, pois não possui estrutura normativa diferenciadora e reguladora dos papéis nela exercidos nem delimitação do seu horizonte. Assim, “a esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posições e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos” (HABERMAS, 1997, p. 92).

A esfera pública não se detém em nenhum sistema de saber específico e, ao decidir sobre questões políticas, deixa que o sistema político elabore o resultado especializado. Os atores da esfera pública liberal não seriam capazes de exercer poder político, mas apenas influência (HABERMAS, 1997, p. 105). Dessarte, “[...] constitui principalmente uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social geral no agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana” (HABERMAS, 1997, p. 92). Nela, ocorre a luta e a formação da influência, pois o público de sujeitos privados deve ser convencido através das contribuições que considerarem relevantes. “O público possui esta autoridade, uma vez que é constitutivo para a estrutura interna da esfera pública, na qual atores podem aparecer” (HABERMAS, 1997, p. 96).

Habermas entende que o limiar entre a esfera privada e a esfera pública é fluido²¹⁸ e dependente de “condições de comunicação modificadas”, que alteram o acesso e canalizam o

²¹⁷ A designação da cidade como mercado de bens culturais é omitida apenas na tradução em português. Aparece, no original, como “Stadt” (1990, p. 89) e, na tradução inglesa, como “Town” (1993, p. 30).

²¹⁸ Em sentido oposto, em virtude de utilizar a expressão “esfera pública” para designar realidade um pouco diversa, Luigi Ferrajoli demonstra que a democracia constitucional retira essa fluidez da divisão entre esferas pública e privada, de forma que “sfera pubblica e sfere private sono tra loro

fluxo de informações de maneira a assegurar a intimidade da esfera privada e a publicidade da esfera pública, uma vez que esta retira suas problemáticas daquela. Sua importância está associada ao seu potencial de integrar diversos – ainda que seletos – membros através do discurso público e da ação comunicativa (HABERMAS, 1997, p. 98).

De maneira similar, Charles Taylor lembra que a esfera pública foi uma mutação do imaginário social fundamental para o desenvolvimento da sociedade moderna. Sua condição de existência foi a autoconsciência por parte dos integrantes, uma vez que, “a menos que todas as discussões dispersas sejam vistas pelos participantes como conectadas num grande intercâmbio, não pode haver nenhum sentido de resultado como ‘opinião pública’” (2010, p. 229).

Não bastavam a autoconsciência ou a imaginação, porque também eram importantes as condições objetivas internas e externas. Dentre as primeiras, pode-se mencionar a necessidade de que os debates locais fossem inter-referenciados; nas segundas, a imprescindibilidade da circulação de “materiais impressos” a partir de uma pluralidade de fontes independentes, de modo que fossem estabelecidas as bases para o debate comum. Para Taylor (2010, p. 230), a esfera pública surgiu no século XVIII como espaço metatópico num contexto em que a teoria política passou a atribuir grande importância à ideia de que a sociedade política fosse fundada no “consentimento” dos indivíduos, sendo por eles limitada. No entanto, a metatopicalidade não foi uma novidade em si, visto que igreja e Estado também eram espaços metatópicos. A modificação introduzida pela noção de esfera pública estava relacionada à ideia moderna de ordem e, nesse sentido, duas características são destacadas pelo referido autor: uma identidade independente do político e sua força legitimadora.

As reuniões da sociedade francesa, no século XVIII, eram presenciadas tanto pela aristocracia quanto pelos representantes da alta burguesia. A situação mudou, e a corte perdeu sua posição de esfera pública quando Filipe d’Orléans (1773-1850) deslocou a residência real de Versalhes para Paris, o que resultou na mudança do *locus* das funções culturais da cidade e da própria natureza da representação real, que passou a preterir as sociedades fechadas e o círculo familiar. Situação semelhante ocorreu na Inglaterra pós-revolução, onde as “cortes no

incompatibili” (2007c, p. 1133). Sua maleabilidade, antes de ser uma característica natural, é um fator indicativo da existência de crise da democracia constitucional, manifestada na “[...] negación de otras tantas separaciones entre esferas o niveles del poder – entre Estado y pueblo, entre esfera pública y esfera privada, entre fuerzas políticas e instituciones públicas, entre poderes mediáticos y libertad de la cultura y de la información – caracterizadores de la modernidad jurídica” (2011a, p. 45).

estilo elizabetino” foram abandonadas e a corte passou a ser residência da família real, retirada do olhar público. As cidades assumiram papel preponderante através das novas instituições que, tendo iniciado como centros de crítica literária, passaram a exercer crítica política aberta aos influxos tanto dos membros da aristocracia como dos burgueses (HABERMAS, 2003, p. 46).

Os salões passaram a ser ponto de encontro igualitário numa sociedade extremamente diferenciada entre detentores do poder econômico – a grande burguesia – e beneficiados pelos privilégios da realeza – a aristocracia. Naquele contexto, apesar da diversidade dos frequentadores, a autoridade era, supostamente, estabelecida somente em virtude dos argumentos apresentados, o que permitiu o desenvolvimento de uma espécie de igualdade por “suspender”, temporariamente, a hierarquia social e o poder econômico. Para que as palavras transcendessem o espaço físico dos cafés e pudessem ser coerentemente articuladas diante dos incontáveis centros de debate, as correspondências manuscritas foram convertidas em periódicos impressos a serviço das críticas artística e literária.

A refuncionalização – *Umfunktionierung* – da esfera pública literária dos salões permitiu que o público tomasse para si a esfera pública controlada pelo poder estatal. O objetivo da nova função era desenvolver uma racionalidade contrária à política de segredo de Estado, praticada pelas monarquias absolutistas, e reafirmar a opinião pública como única fonte legitimadora da lei geral, abstrata e racional. Do mesmo modo que, na sua evolução em esfera pública política, a esfera pública literária formou um público de pessoas privadas “[...] em que a autonomia, baseando-se na propriedade privada, busca representar-se, enquanto tal, na esfera da família burguesa realizar-se interiormente no amor, na liberdade, na cultura – em suma: enquanto ‘humanidade’” (HABERMAS, 2003, p. 72). A partir das categorias da esfera pública literária, foi possível unir os interesses dos proprietários privados às liberdades individuais, sendo fácil, naquele tempo, identificar a emancipação política com a própria emancipação “humana”.

2.3.2 Mudanças na função política da esfera pública

De acordo com Habermas, “a esfera pública política provém da literária; ela intermedia, através da opinião pública, o Estado e as necessidades da sociedade” (2003, p. 46) ao mesmo tempo em que preserva certa continuidade em relação à representatividade pública da corte. Uma funcionalidade política da esfera pública surgiu na Inglaterra, durante o século XVIII, através da manifestação de forças burguesas que desejavam ter influência sobre as

decisões do poder estatal e, para tanto, recorriam ao público pensante dos *cafés* e dos clubes de livros a fim de conseguir o apoio político e ideológico por meio da formação do consenso para que, assim, pudessem legitimar suas reivindicações perante esse novo fórum.

As transformações estruturais da esfera pública estão diretamente relacionadas àquelas do Estado e da economia. A análise habermasiana fundamentou-se no potencial de autorregulação da esfera pública política e das suas repercussões no Estado de bem-estar social. Em particular, concentrou-se em três aspectos: “[...] nas repercussões sobre a esfera privada e sobre a base social da autonomia privada [...], na estrutura da esfera pública, na composição e no comportamento do público [...] e, por fim, no processo de legitimação das democracias de massas [...]” (HABERMAS, 1992, p. 433)²¹⁹.

Na dicotomia entre setor privado – composto pela sociedade civil e pelo espaço íntimo da pequena família – *versus* esfera do poder público – composto pelo Estado e pela aristocracia da corte –, a esfera pública política colocava-se como integrante de ambos, uma vez que intermedeia, “[...] através da opinião pública, o Estado e as necessidades da sociedade” (HABERMAS, 2003, p. 46). Sua configuração só foi possível em virtude da busca pelo imperativo kantiano “*der Öffentlichen Gebrauch*” – o uso público da própria razão em todos os cantos –, ou seja, de uma opinião pública legitimamente fundada (KANT, 2006, p. 22).

Habermas utiliza o caso inglês como exemplo do desenvolvimento de uma esfera pública política, pois, naquele país, forças populares passaram a ter influência sobre o poder estatal bem mais cedo do que no restante da Europa. Esta “[...] só se torna politicamente ativa quando, graças ao mercantilismo, a imposição do modo de produção capitalista já avançou tanto quanto na Inglaterra após a Revolução Gloriosa” (HABERMAS, 2003, p. 75). No ano de 1695, através do *Licensing Act*, as censuras prévias em cafés foram proibidas e começaram a aparecer jornais de cunho político, capazes de formar uma opinião pública, sendo a revista *Craftsman* um marco no estabelecimento da imprensa²²⁰ como órgão crítico do público politicamente pensante ou, nas palavras de Habermas, como um “quarto estado”. As intrigas

²¹⁹ No original: “[...] the repercussions on the private sphere and the social bases of private autonomy [...], the structure of the public sphere as well as the composition and behavior of the public [...], and finally, the legitimation process of mass democracy itself [...]”.

²²⁰ Utiliza-se aqui o vocábulo “imprensa” para diferenciar o fenômeno descrito por Habermas – protagonizado por jornais impressos e com circulação limitada no período anterior à utilização da radiodifusão – das *mass media* posteriores a Guglielmo Marconi e que serão melhor analisadas no item 3.1. No mesmo sentido dessa distinção, John B. Thompson (2006, p. 384) afirma que “[...] the development of the mass media has shaped, in a profound and irreversible way, the nature of social and cultural experience in the modern world”.

políticas do alto escalão do poder britânico passaram a ser denunciadas publicamente através da imprensa crítica, e as deliberações parlamentares e reais levadas para análise do fórum público, situação que transformou a esfera pública política e deu publicidade ao poder (HABERMAS, 2003, p. 78).

Os problemas colocados na esfera pública política apareceram, inicialmente, como resultado da pressão social exercida pelas experiências pessoais de vida dos seus membros. Na medida em que essas experiências encontraram sua expressão nas linguagens da religião, da arte e da literatura, a esfera pública literária, especializada na articulação e na descoberta do mundo, tornou-se entrelaçada com a política. Para cumprir sua função de canalizar e tematizar os problemas da sociedade como um todo, a esfera pública política teve que ser formada pelos contextos comunicacionais daquelas pessoas atingidas pelos assuntos que abordava. Seus integrantes, o público que lhe serve de suporte, eram recrutados dentre as pessoas privadas que reclamavam pelos “custos externalizados” dos sistemas funcionalmente especializados (HABERMAS, 1997, p. 98).

Sobre essa visão política da esfera pública, coloca-se a denúncia marxista segundo a qual a opinião pública é uma máscara que esconde os interesses da burguesia, porque “a esfera pública, com a qual Marx se vê confrontado, contradiz o seu próprio princípio de acessibilidade universal – o público não pode mais pretender ser idêntico à nação, nem a sociedade civil burguesa ser idêntica à sociedade de modo geral” (HABERMAS, 2003, p. 150). A divisão entre a esfera pública e a esfera privada corresponde, para a doutrina marxista, à cisão do próprio homem, uma vez que considera que as pessoas privadas reunidas em um público não seriam capazes de formar uma opinião racionalmente pública. Dessarte, entendem que, enquanto as “[...] relações de poder não tiverem sido efetivamente neutralizadas e a própria sociedade civil ainda basear-se em poder, nenhum Estado de direito pode ser construído sobre a sua base, substituindo a autoridade política por autoridade racional” (HABERMAS, 2003, p. 151). O fim das relações potestativas de caráter feudal entre os integrantes do público pensante significou apenas a mudança na forma de dominação política, não o seu fim. Para os marxistas, o Estado de direito burguês, inclusive a esfera pública como o princípio central de sua organização, pode ser considerado mera ideologia. Consideram, assim, prejudicados os ideais da esfera pública civil em virtude da separação entre público e privado por ela própria operada.

Em virtude das transformações que sofreu, a esfera pública abriu, cada vez mais, espaço para a publicidade em detrimento do debate racional. A comercialização da imprensa

permitiu, além da equiparação entre circulação de mercadorias e de ideias, a atenuação dos limites entre as duas esferas, até o ponto de apagar “[...] a nítida delimitação entre esfera pública e esfera privada” (HABERMAS, 2003, p. 213)²²¹. No entanto, a imprensa não deveria ser exclusivamente parte do setor privado, uma vez que as instituições da esfera pública somente podem ser asseguradas através de garantias políticas viabilizadas pelo setor público.

Os jornais passaram por transformações, e a imprensa de informação evoluiu para a imprensa de opinião, adquirindo imenso poder sobre a opinião pública. O sistema de correspondências produzidas por empresas artesanais, em que o interesse do editor era exclusivamente o lucro, foi substituído pelo modelo de jornal porta-voz e condutor da opinião pública. Isso atribuiu-lhe vital importância para o debate político-partidário, situação em que o editor passou a assumir a função de “vendedor de notícias e comerciante da opinião pública”.

O interesse na obtenção do lucro através dos periódicos passou a ser secundário e começou-se a priorizar o resultado político que poderia ser obtido pela sua influência. A imprensa se desenvolvia com base na politização do público e a discussão proporcionada por ela passou a ser, por inteiro, uma instituição desse mesmo público, pois adquiriu uma postura “[...] ativa como uma espécie de mediador e potencializador, não mais um mero órgão de transporte de informações [...]” (HABERMAS, 2003, p. 216).

A pressão política exercida contra a liberdade de expressão foi modificada em virtude da legalização da esfera pública politicamente ativa no Estado de direito burguês. Com essa mudança, o lucro voltou a ser um dos objetivos dos jornais sem que, contudo, tenha sido necessário abandonar a busca pelos resultados políticos. Com isso,

não só os interesses econômicos privados passaram a ter maior peso: o jornal acaba entrando numa situação em que ele evolui para um empreendimento capitalista, caindo no campo de interesses estranhos à empresa jornalística e que procuram influenciá-la. A história dos grandes jornais na segunda metade do século XIX demonstra que a própria imprensa se torna manipulável à medida em que se comercializa (HABERMAS, 2003, p. 217).

Tal situação foi possível através da venda de espaço publicitário, que adicionou ao papel da imprensa aquele de criadora de desejos de consumo no público. No entanto, a

²²¹ Luigi Ferrajoli (2011a, p. 62) descreve um fenômeno similar na atualidade. Para ele, “gracias a la sinergia cada vez más estrecha entre poder económico, poder político y poder mediático, una parte esencial de la esfera pública se ha convertido, de este modo, en objeto de apropiación privada. Ya no son la información y la opinión pública quienes controlan el poder político, sino el poder político y al mismo tiempo económico el que controla la información y la formación de la opinión pública”.

inevitável relação entre a venda da parte redacional e do segmento publicitário dos jornais fez com que a imprensa fosse transformada em uma “[...] instituição de determinados membros do público enquanto pessoas privadas – ou seja, pórtico de entrada de privilegiados interesses privados na esfera pública” (HABERMAS, 2003, p. 218).

O grau de concentração na indústria midiática foi impulsionado pelos avanços tecnológicos na transmissão de informações. No século XX, o crescimento ameaçador do poder jornalístico-publicitário fez com a organização desses meios de comunicação de massas fosse colocada sob o controle estatal. Converteram-se, assim, de instituições privadas de um público de pessoas privadas para instituições públicas, sendo possível afirmar que a participação do poder público na organização das novas *media* foi necessária, pois, caso contrário, “[...] sua função pública-jornalística não poderia ter sido suficientemente protegida frente à função capitalista privada” (HABERMAS, 2003, p. 220).

Com o desenvolvimento dos meios de comunicação de massas atuais, a esfera pública expandiu-se e passou a agregar, também, o intercâmbio de mercadorias, fato que aumentou, ainda mais, a influência dos interesses privados. “Enquanto antigamente a imprensa só podia intermediar e reforçar o raciocínio das pessoas privadas reunidas em um público, este passa agora, pelo contrário, a ser cunhado primeiro através dos meios de comunicação de massa” (HABERMAS, 2003, p. 221).

A antiga separação entre a esfera pública e esfera privada permitiu que a disputa de interesses privados permanecesse na esfera do mercado. Isso modificou quando a esfera pública foi tomada pelo mercado publicitário e as “[...] pessoas privadas passaram imediatamente a atuar enquanto proprietários privados sobre pessoas privadas enquanto público [submetendo a população] à doce coação do contínuo treinamento para o consumo” (HABERMAS, 2003, p. 225)²²². Aproveitando-se dessa nova realidade, agentes públicos e privados passaram a utilizar a propaganda e a imprensa como forma de aumentar seu prestígio e aceitação sem, contudo, introduzirem suas reais intenções no debate público. Essa nova maneira de utilizar a imprensa contribuiu para o retorno a uma versão plebiscitária da publicidade, em que o público responde aos questionamentos a ele lançados – *feedback* – através da aclamação ou abstenção, situação contrária ao debate racional, que deveria reger a esfera pública.

²²² Como os marxistas de modo geral, Habermas parte de uma avaliação negativa do impacto gerado pelos meios de comunicação de massas. A publicidade, como princípio crítico associado à abertura das questões públicas ao debate por cidadãos interessados, deu lugar a uma opinião pública manipulada.

2.3.3 Opinião pública e fabricação do consenso na esfera pública infiltrada pelo poder

Para Nicola Matteucci (1998b, p. 842), a opinião pública²²³ é uma expressão que carrega duplo sentido: na sua formação, é “pública” por ter origem fora da esfera privada, ou seja, no debate público de ideias; no seu objeto, é pública por tratar de assuntos de interesse de uma determinada comunidade. É “[...] a opinião relativa aos atos públicos, isto é, aos atos próprios do poder público” (BOBBIO, 1997b, p. 90), o conjunto de discussões públicas depois que o público, por formação e informação, se torna apto a elaborar uma opinião bem fundamentada sobre assuntos de relevância coletiva (HABERMAS, 2003, p. 85).

Como “opinião”, é expressão de juízo de valor, sempre discutível e cambiante, permitindo, portanto, a discordância e o dissenso. Como “pública”, isto é, relativa ao caráter político do homem, é plural, tendo em vista a impossibilidade de existir espaço para apenas uma única verdade política. Por ser mera opinião – *doxa* –, afirma Matteucci (1998, p. 842), não corresponde, necessariamente, à verdade – *episteme* –, mas ao pensamento racionalmente, forjado no debate crítico e bem-informado. No mesmo sentido, Giovanni Sartori afirma que uma determinada opinião pode ser considerada pública não apenas em razão da sua origem – no público –, mas por estar relacionada aos assuntos da *res publica*, de modo que considera correto falar em “opinião”, já que esta “[...] é *doxa*, não *episteme*, não é saber ou ciência; é, simplesmente, um ‘parecer’, uma opinião subjetiva para a qual não se requer prova” (SARTORI, 1998, p. 71-72)²²⁴.

A opinião pública pode ser considerada como o resultado da participação ativa dos indivíduos na esfera pública política e da manifestação e divulgação das próprias ideias sendo, portanto, intimamente ligada ao pluralismo e à liberdade de expressão. No mesmo sentido, Luigi Ferrajoli entende que o exercício dos direitos políticos – logo, no âmbito da esfera pública política – pressupõe que “[...] a formação da opinião política e de uma opinião pública

²²³ Ainda que não utilizem esse conceito, Gregorio Peces-Barba Martínez *et al* (1977, p. 47) consideram a opinião pública como o verdadeiro quarto poder, ao contrário da grande maioria dos teóricos, que utilizam essa expressão para caracterizar as *media*. Também sobre o conceito de “opinião pública”, C. Edwin Baker (2007, p. 205) afirma que “the classic conception of ‘public opinion’ is opinion expressed in public in the context of informed public discussion or debate that often generates reflection. As such, public opinion contrasts to the ‘private opinion’ or aggregated individual opinion – expressed privately and often with no thoughtful consideration – measured by modern opinion polls. However, this contrast only scratches the surface of the concept. Both the classical and modern notions of public opinion are relevant to arguments about media ownership, but I will not undertake the task of sorting between them; however, the importance of both opinion’s publicness and its informed quality should be kept in mind”.

²²⁴ No original: “[...] Opinión es *doxa*, no es *episteme*, no es saber y ciencia; es simplemente un «parecer», una opinión subjetiva para la cual no se requiere una prueba”.

só pode vir da livre expressão do pensamento, do debate público, da informação independente [...] e do desenvolvimento dos movimentos de opinião e oposição” (2007b, p. 337)²²⁵.

Seu surgimento coincidiu com o do Estado moderno, já que dependeu, como visto, de uma sociedade burguesa distinta, mas, simultaneamente, dentro do Estado e organizada numa esfera pública política, que permitiu a formação de opiniões não individuais de grupos interessados em exercer o controle do poder estatal (HABERMAS, 2003, p. 46). Foi condenada pelos teóricos do absolutismo, pois se demonstrou contrária à tendência absolutista dos *arcana imperii* e da censura. Essas críticas reapareceram com Hegel, que considerava a opinião pública como um conjunto de opiniões individuais, cuja soma não seria capaz de expressar a opinião comum do grupo. Outras críticas feitas diziam respeito aos conhecidos perigos, tanto da tirania das maioria, como do conformismo de massa, que têm como resultado a crise da opinião pública, o colapso do diálogo racional e a impossibilidade de estabelecer as condições do “diálogo ideal do iluminista com seu público pretendido por Kant” (MATTEUCCI, 1998, p. 845).

A estratégia das *public relations*, cujo ápice ocorreu após a segunda guerra mundial, consistia em “trabalhar a opinião pública” – *Deffenlichkeisarbeit* – (HABERMAS, 2003, p. 226, 235) de maneira diversa do *modus operandi* da propaganda tradicional. Enquanto esta se voltou para as pessoas privadas como consumidoras, aquela tinha como destinatária a “opinião pública”, ou seja, pessoas privadas consideradas como público não imediatamente consumidor. Dessa maneira, escolhe-se aquilo que se deseja exibir e oculta-se a real intenção do emissor, de modo que “a manipulação dos consumidores empresta as suas conotações à figura clássica de um público culto de pessoas privadas e se aproveita de sua legitimação: as funções tradicionais da esfera pública são integradas à concorrência de interesses privados organizados” (HABERMAS, 2003, p. 226-227).

Na evolução da sua forma clássica, a “nova” publicidade passou a utilizar técnicas de psicologia para, através de representações de fatos meticulosamente manipulados ou criados, reorientar a opinião pública, tornando-a compatível com os desejos dos “engenheiros do consenso”. O público precisa acreditar que forma livremente sua opinião, sendo necessário criar um clima artificial de consenso para que os consumidores – agora de produtos e ideias²²⁶

²²⁵ No original: “[...] la formazione di opinioni politiche e di una pubblica opinione solo può provenire dalla libera espressione del pensiero, dal dibattito pubblico e da un'informazione indipendente [...] e lo sviluppo di movimenti di opinione e di opposizione”.

²²⁶ Sobre o consumo de ideias, remete-se ao conceito de “indústria cultural”, trabalhado por Theodor Adorno e Max Horkheimer (1994, p. 165 e ss.).

– tenham a falsa percepção de que “[...] pensam, contribuem de um modo responsável na formação da opinião pública” (HABERMAS, 2003, p. 228). A opinião pública passa a ser encenada e adquire, para Habermas, traços feudais, uma vez que “[...] os ‘ofertantes’ ostentam roupagens e gestos de representação perante clientes dispostos a segui-los. A publicidade imita aquela aura de prestígio pessoal e de autoridade supra-natural que antigamente era conferida pela esfera pública representativa” (2003, p. 229).

A esfera pública refeudalizada²²⁷, fruto das modificações ocorridas nos meios de comunicação de massas, tornou-se palco para que os poderes estatais e privados busquem garantir o apoio popular. Para tanto, necessitam inserir motivações coerentes com as necessidades dos indivíduos, dando à publicidade um caráter quase político, visto que passou a interferir no imaginário e nas demandas dos indivíduos enquanto membros do Estado. A interpenetração entre Estado e sociedade teve como consequências a perda de funções de intermediação da esfera pública política e o enfraquecimento da posição do parlamento enquanto órgão estatal da esfera pública, convertida em “[...] uma corte, perante cujo público o prestígio é encenado – ao invés de nele desenvolver-se a crítica” (HABERMAS, 2003, p. 235).

A “nova” publicidade inverteu sua finalidade: se, anteriormente, era oposta à política do segredo das cortes, posteriormente, passou a dominar a opinião pública através da ajuda de uma secreta política dos interesses. Como exemplo, os partidos políticos, a partir do século XIX, transformaram-se, de grupos organizados de eleitores, em organizações cujo objetivo era motivar e atrair a identificação popular. Desejavam, sem contribuir para a educação do eleitorado, a aclamação através do voto, de maneira que sua atenção passou a ser direcionada para atrair eleitores que aprovassem interesses partidários. O plebiscito substituiu o discurso

²²⁷ Em sentido diametralmente oposto, conforme será visto no item 3.1, a tradição hermenêutica dos teóricos dos meios de comunicação de massas, aqui representadas por John Brookshire Thompson, compreende o fenômeno de recepção dos produtos midiáticos de maneira menos simplista. Assim, Thompson considera exagerada a ideia de “refeudalização”, pois as novidades oriundas das *media* eletrônicas, especialmente da televisão, são completamente diferentes de tudo o que ocorreu anteriormente. Para o referido autor, é questionável o pressuposto habermasiano – e, de modo geral, de toda escola de Frankfurt – segundo o qual os receptores dos produtos midiáticos são indivíduos passivos, que podem ser facilmente manipulados (THOMPSON, 1998, p. 107). Logo, “[...] sería completamente erróneo sugerir que la práctica de la política en la era de la televisión es parecida al tipo de práctica teatral propia de las cortes feudales. La espectacularidad característica de muchos acontecimientos políticos que aparecen en nuestras pantallas de televisión poseen un parecido superficial con las prácticas jurídicas del pasado. Sin embargo, las condiciones bajo las que los líderes políticos hoy deben tratar de presentarse y dirigir su visibilidad son radicalmente diferentes de cualesquiera de las utilizadas por los reyes, señores y príncipes de la Edad Media” (THOMPSON, 1998, p. 174).

público racional, e a barganha subjugou o debate crítico como meio de obtenção do apoio parlamentar. “Perante a esfera pública ampliada, os próprios debates [políticos] são estilizados num show. A ‘publicidade’ perde a sua função crítica em favor da função demonstrativa [...]” (HABERMAS, 2003, p. 241).

Com a dominação da política pelos partidos e a confusão entre público e privado, desapareceram as condições de existência da esfera pública moderna. A expansão do eleitorado desenhou um novo tipo de representatividade, que não permitiu o retorno à antiga esfera pública burguesa. A solução, para Habermas, está relacionada à democratização²²⁸ interna dos partidos e órgãos paraestatais, de maneira que, com o aumento da transparência, fossem submetidos à crítica pública. No caso dos meios de comunicação de massas – grupos privados exercendo funções da esfera pública –, por exemplo, tornou-se necessária a implantação de mecanismos capazes de garantir o acesso democrático “[...] de acordo com o princípio da ‘publicidade’ e de possibilitar, institucionalmente, uma democracia intrapartidária ou intrínseca à associação: permitir uma comunicação sem perturbações e um uso público da razão” (HABERMAS, 2003, p. 244)²²⁹.

Coloca-se, com isso, a questão sobre a desintegração²³⁰ (HABERMAS, 2003, p. 253, 258, 276) da opinião pública e da esfera pública política. Elas são tão importantes que, na impossibilidade de existirem, precisam ser simuladas. Como será visto²³¹, a crise da

²²⁸ Nesse sentido, remete-se ao item 3.3.3.

²²⁹ Aqui, mostra-se necessária a distinção entre “Publizität” e “Öffentlich”. Dessarte, Habermas (2003, p. 15) afirma que, “em alemão, só no século XVIII é que, por analogia a publicit  e publicity, o substantivo   formado a partir do antigo adjetivo ‘ ffentlich’ (público); ainda ao final do século a palavra   tão inusitada que p de ser contestada por Heynatz. Se ‘ ffentlichkeit’ (esfera pública) somente neste período exige o seu nome, devemos admitir que esta esfera, ao menos na Alemanha, apenas então   que se constituiu, assumindo a sua fun o; ela pertence especificamente   ‘sociedade burguesa’ que, na mesma época, estabelece-se como setor da troca de mercadorias e de um trabalho social conforme leis próprias. Não obstante, muito antes já se falava de ‘público’ e daquilo que não   público, daquilo que   ‘privado’”.

²³⁰ A op o pela palavra “desintegra o”, apesar de parecer fatalista, condiz com a terminologia utilizada por Habermas no original em alemão, como ocorre nos seguintes exemplos: “Die Desintegration der W hlerschaft als Publikum”; “[...] ein als Publikum desintegriertes Publikum [...]”; “[...] iner desintegrierten  ffentlichkeit die Kommunikation [...]” (1990, p. 320, 325, 345). No mesmo sentido, a tradu o inglesa utiliza frequentemente a palavra “disintegration” como ocorre na expressão “disintegration of the Bourgeois Public Sphere” (1993, p. viii, xi, 14, 142, 175, 217). A edi o em português mant m as tradu oes do original como “desintegra o”, apesar de traduzir “der Zerfall” como “decadência”, palavra que, na versão em inglês, foi traduzida como “disintegration”. Em sentido similar, Luigi Ferrajoli (2007b, p. 201) opta por “processo generale di smantellamento della sfera pubblica” para designar uma série de fen menos que submetem as fun es da esfera pública   esfera privada. Já Nicola Matteucci (1998, p. 845) refere-se   “crise”, “desaparecimento” e “declínio” da opinião pública.

²³¹ Item 3.2.

democracia constitucional é acentuada pela existência de uma opinião pública débil e artificial, porque, na medida em que as funções políticas da esfera pública forem fragilizadas, os poderes privados tornam-se “blindados” contra os direitos fundamentais.

Dentre os problemas causadores da decadência da esfera pública, é possível destacar o surgimento dos meios eletrônicos de comunicação de massas, o crescimento da venda de espaço publicitário e o aumento da fusão entre entretenimento e informação. A ampliação da interferência do poder econômico nas redes de comunicação tornou esses canais paulatinamente mais restritos, o que possibilitou o surgimento de um novo tipo de influência – o poder midiático –, que, com intuito manipulativo, subverteu o princípio da publicidade. A esfera pública, estruturada e dominada pelas *media*, possui imenso poder para ocultar as intenções dos seus proprietários e, simultaneamente, influenciar e controlar o fluxo de informações capazes de determinar comportamentos nas massas²³².

Em decorrência disso, a ampliação da esfera pública pelas técnicas dos novos meios de comunicação de massas resultou, paradoxalmente, na desintegração da opinião pública, pois “o mundo criado pelos meios de comunicação de massas só na aparência ainda é esfera pública [...]” (HABERMAS, 2003, p. 202). O público das *media* é “[...] incomparavelmente mais citado de diversos modos e com maior frequência para fins de aclamação pública, mas, ao mesmo tempo, ele está distante dos processos de exercício do poder [...]” (HABERMAS, 2003, p. 212).

Ainda que isso faça com que os indivíduos tenham a falsa consciência de que contribuem responsabilmente para a formação da opinião pública, a realidade é que as *media* passam a servir apenas para possibilitar “[...] um entretenimento ao mesmo tempo agradável e facilmente digerível, que tende a substituir a captação totalizadora do real por aquilo que está pronto para o consumo e que mais desvia para o consumo impessoal de estímulos destinados a distrair do que leva para o uso público da razão” (HABERMAS, 2003, p. 202).

Na esfera pública ampliada, também o público-alvo é diferenciado. Enquanto os meios de comunicação tradicionais da esfera pública literária atingiam, geralmente, as camadas sociais com maior poder econômico, na atualidade, a situação inverte-se, e a

²³² Essa situação, denominada por Habermas de “esfera pública infiltrada pelo poder” (1998, p. 437), dificulta a inserção de pontos de vista discordantes no debate político. Todavia, a partir das pesquisas da sociologia da comunicação e do comportamento de massas realizadas entre 1969 e 1990, o autor relativizou a tese de decadência linear do público politicamente ativo em uma massa amorfa e apolítica, “de uma cultura de debate para uma cultura de consumo” (HABERMAS, 1992, p. 438). Na ocasião da primeira edição da referida obra, ainda em 1969, dominava o pessimismo do autor sobre a possibilidade de resistência contra o poder e sobre o potencial crítico de um público internamente muito diferenciado (HABERMAS, 1992, p. 439).

penetração e influência das *media* torna-se mais forte nos círculos menos favorecidos, especialmente em virtude do barateamento da tecnologia necessária para recepção de conteúdo e do menor tempo de escolaridade associado a determinados públicos.

A *engineering of consent* (CHOMSKY, 2006, p. 366; HABERMAS, 2003, p. 228), que pode ser aqui traduzida como a arte de manipular²³³ o público, permite a inserção e a multiplicação de ideias convenientes ao *establishment* no imaginário social, além de arriscar a racionalidade do debate político, agora fundamentado em informações produzidas com a finalidade específica de desinformar. A formação artificial do consenso não leva a sério o ideal de opinião pública iluminista, já que o interesse geral desaparece à medida que determinados interesses privados, privilegiados com o acesso ao aparato técnico dos meios de comunicação de massas, ignoram a concorrência aberta de ideias (HABERMAS, 2003, p. 228). A esfera pública subvertida pelo poder midiático possibilita a despolitização e a deseducação massiva, a desintegração da opinião pública e a primazia dos interesses privados através do enfraquecimento da relevância política da opinião pública, pressuposto necessário da democracia (FERRAJOLI, 2011a, p. 69).

A opinião pública é conduzida (SARTORI, 1998, p. 69), fabricada (CHOMSKY, 2006) ou engehada (HABERMAS, 2006, p. 228) para obtenção do consenso na “cultura global pasteurizada”. Ela é moldada, domesticada, controlada, infantilizada e incapacitada para distinguir os próprios interesses dos alheios, defendendo-os como se fossem seus e tendo a capacidade crítica minada pelas *media* (BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2010, p. 193). Desde o início do século XX, a indústria das relações públicas dedicou incansáveis esforços com a finalidade de controlar aquilo que considera o único perigo ao poder: o imaginário

²³³ A manipulação, segundo Mario Stoppino (1998, p. 727), “[...] é uma relação em que A determina um certo comportamento de B, sem que, ao mesmo tempo, A solicite abertamente esse comportamento a B, mas antes que esconda sua intenção de obtê-lo (ou então a natureza da sua ação para o conseguir), e sem que, por outro lado, B note que o seu comportamento é querido por A (ou então que é provocado pela intervenção de A), mas acredite que é ele que o escolhe livremente (ou mediante uma decisão consciente). São dois os requisitos essenciais da manipulação social. Antes de tudo, seu caráter oculto ou invisível. O sujeito manipulado não sabe que o é e crê tomar a sua decisão de modo livre, enquanto que o seu comportamento é, na realidade, manobrado pelo manipulador como o são os movimentos de um títere nas mãos do operador. A natureza oculta da manipulação pode referir-se à própria existência da ação do manipulador [...] ou então[...] pode dizer respeito ao caráter da intervenção do manipulador. O segundo requisito reside no caráter intencional do exercício da manipulação. O manipulador não procura só provocar intencionalmente o comportamento que deseja do manipulado; procura também, de modo igualmente intencional, esconder a existência e natureza da ação que provoca o comportamento do manipulado”. No mesmo sentido, Max Weber (2004, p. 196-197) afirma que, nos diversos tipos de dominação, o segredo presente nas intenções dos dominadores é essencial para a manutenção do poder e, assim, “toda dominação que pretenda continuidade é, em algum ponto decisivo, dominação secreta”.

popular. De acordo com Noam Chomsky (2006, p. 366), um importante figura da indústria das relações públicas dos EUA, Edward Bernays, chegou, inclusive, a escrever, em um manual de relações públicas de 1928, que “a manipulação consciente e inteligente dos hábitos e opiniões organizados das massas é um componente importante da sociedade democrática. [...] São as minorias inteligentes que necessitam fazer uso da propaganda continua e sistemática”²³⁴. Essa colonização da opinião pública é mais importante para governos livres e populares do que para os Estados despóticos e militarizados; afinal, enquanto nestes ocorre o controle da opinião pública pela coação, naqueles há diminuição do uso da força física e, por isso, é necessário “colocar o público em seu lugar” através de outros mecanismos (CHOMSKY, 2006, p. 367).

Para Habermas, apesar de o cidadão ser essencialmente apolítico, suas pretensões em relação aos serviços prestados pelo Estado social são inúmeras. O estabelecimento da esfera pública através da publicidade dos partidos políticos tem como consequência o esfacelamento da esfera pública política e da sua função participativa no debate racional relativo ao poder público. Nesse sentido, é vital a importância dos meios de comunicação de massas, pois o pensamento dos *opinion leaders* partidários não se propaga sem a presença dos canais autorizados de comunicação, cujo fluxo ocorre, unidirecionalmente, em direção às camadas populares. A grande maioria dos cidadãos – apáticos, desinformados e desinteressados – compõe os eleitores influenciáveis pelas *media*, e cujos votos são conquistados, não através do esclarecimento, mas pela adequação do discurso partidário aos interesses daqueles consumidores apolíticos de ideias (HABERMAS, 2003, p. 249).

Com isso, a participação política dos indivíduos é anulada, do ponto de vista de uma opinião pública fundamentada no debate e, conseqüentemente, as eleições tornam-se simulacros periódicos de uma esfera pública política, que apenas se assemelha à esfera pública burguesa moderna. Como consequência, o resultado das eleições na democracia representativa torna-se incapaz de demonstrar a formação de uma opinião pública coesa, tendo em vista que as opiniões informais dos eleitores são viciadas desde o início. A influência perversa dos meios de comunicação de massas cria a massa de cidadãos desintegrados enquanto público, que, incapaz de participar das decisões políticas, é, paradoxalmente, convocada para legitimá-las, através da aclamação, numa esfera pública manipulada e sem formação discursiva da vontade. A publicidade, como princípio

²³⁴ No original: “The conscious and intelligent manipulation of the organized habits and opinions of the masses is an important element in democratic society. ... It is the intelligent minorities which need to make use of propaganda continuously and systematically”.

democrático, não pode ser concretizada através da mera possibilidade de que qualquer cidadão tenha permissão para divulgar suas opiniões igualmente, mas somente quando elas podem ser colocadas no debate racional pelo público e transformadas em opinião pública.

Com a finalidade de possibilitar a existência de uma esfera pública politicamente ativa na democracia constitucional, é necessário garantir os direitos fundamentais, especialmente a liberdade de expressão, que não deve ser interpretada apenas sob o viés negativo, mas, especialmente, como garantia de participação dos indivíduos na esfera pública política. A subversão da opinião pública pelas *media* é capaz de incentivar ou dificultar a circulação de interesses privados na esfera pública. Conclui-se, então, que a livre formação da opinião pública não pode ser assegurada sem que existam garantias para a liberdade de expressão.

Nesse diapasão, além do seu sentido clássico, como “liberdade de”, a heterogeneidade do público exige garantias de igualdade de chances no processo de comunicação pública. “A liberdade de exprimir a opinião através da imprensa não pode mais ser considerada como parte das tradicionais manifestações dos indivíduos enquanto pessoas privadas” (HABERMAS, 2003, p. 264)²³⁵. Consequentemente, a igualdade de acesso à esfera pública através dos meios de comunicação de massas deve ser garantida pelo Estado. Mostra-se redundante o questionamento sobre qual seria a opção compatível com a democracia constitucional: de um lado, a sujeição da esfera pública ao controle privado de poucos membros da sociedade que dispõem do aparato técnico das *media*; do outro, a retirada do arbítrio do poder econômico na disposição e no planejamento da “[...] vida social, submetendo-o ao controle coletivo de todos os membros da sociedade participantes no processo comunitário de produção e cuja unidade decisória superior é o Estado” (HABERMAS, 2003, p. 267).

A pluralidade de participação na esfera pública política deve ser ampliada caso se deseje evitar sua refeudalização, caracterizada pelas frequentes relações entre interesses econômicos e políticos, cujo objetivo é eliminar o espaço público por meio da manipulação da opinião pública. Tal situação demonstra-se diametralmente oposta à mudança da função estatal proposta pela teoria garantista. A publicidade deve ser exigida não apenas do Estado, mas de todos aqueles que exercitem poder na esfera pública. A transformação das instituições

²³⁵ Nesse aspecto, os conceitos de esfera pública e privada de Habermas e Ferrajoli tornam-se mais próximos, especialmente no que diz respeito aos problemas do exercício de funções públicas por poderes privados.

para recuperação da esfera pública passa pela conversão da publicidade em fonte de formação do consenso racional, abandonando seu uso como forma de manipulação da opinião pública.

O cerne do debate atual sobre as mudanças estruturais da esfera pública passa por aquilo que Habermas intitula como “o redescobrimento da sociedade civil” – *die Wiederentdeckung der Zivilgesellschaft* –, ou seja, da constatação de que, apesar de uma cultura política de índole liberal ser propícia para a ocorrência espontânea da comunicação pública, são ainda mais importantes as formas de difusão e organização do poder comunicativo. Demonstra-se, portanto, a necessidade de apoio institucionalizado ao desenvolvimento de uma esfera pública política não subvertida ao poder – *nichtvermachteten politischen Öffentlichkeit*. Por isso, o referido autor considerou que as associações formadoras de opinião deveriam se tornar objeto de estudos posteriores, visto que, ao contrário dos partidos políticos – de maneira geral, foram agregados ao Estado –, as *media* estão fora do âmbito do poder estatal, ainda que sejam capazes de gerar impactos políticos através da manipulação da opinião pública (HABERMAS, 1992, p. 452-454; 1990, p. 45-47).

Percebe-se, pois, que o ideal da esfera pública necessita de que a integração social esteja fundamentada numa opinião pública livre das distorções inseridas pelo poder econômico – ou, por que não, midiático. Em outras palavras, ela deve ser baseada não na dominação, mas na comunicação, que, nesse contexto, significa não apenas a determinação do que as pessoas devem saber ou pensar, mas um processo de transformação em que a razão fundamenta o debate. Esse objetivo que não pode ser concretizado sem que sejam levadas em consideração as implicações da presença oculta do poder econômico na esfera pública e a falta de percepção, por ele produzida, de que a opinião pública é formada somente por indivíduos autônomos, sem fortes influências externas.

3 CONCENTRAÇÃO PROPRIETÁRIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSAS

3.1 OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSAS

3.1.1 Teorias das *media* e peculiaridades do meio televisivo

Os meios de comunicação de massas são formas de reprodução e difusão da realidade (BOBBIO, 1991, p. 109). Para John Brookshire Thompson (2005, p. 13), não são apenas instrumentos técnicos para transmissão de informação entre indivíduos, mas revoluções capazes de alterar toda a dinâmica social.

Seu desenvolvimento, como visto na análise das obras de Jürgen Habermas (1990, 1992, 2003), constituiu elemento fundamental para o surgimento das sociedades modernas²³⁶ e para aquilo que John Thompson (1998, p. 15) denomina “a organização social do poder simbólico”. Dessa maneira, o estudo sobre o exercício do poder, na atualidade, exige a compreensão do impacto causado pela expansão das redes de comunicação e pelos novos fluxos de informação, especialmente porque “[...] essas redes estão entrelaçadas com outras formas de poder – econômico, político e militar – e foram utilizadas por atores, tanto individuais como coletivos, para lograr seus propósitos” (THOMPSON, 1998, p. 17)²³⁷.

É possível distinguir três tradições principais na análise das funções e problemas relativos à expansão e importância das *media*. A primeira delas é a teoria social crítica, oriunda da escola de Frankfurt, que procede a uma análise sobre a “indústria cultural”, como ocorre, por exemplo, na obra de Theodor Adorno e Max Horkheimer (1994, p. 165). No entanto, Thompson questiona a possibilidade de aproveitar os conceitos dessa corrente, uma

²³⁶ Sobre a tendência de associar as *media* aos “pós-modernismos”, John Thompson (1998, p. 22-23) prefere negar a literatura assim caracterizada por acreditar que “[...] a pesar de toda la retórica del posmodernismo y la posmodernidad, hay muy pocos signos de que los habitantes del mundo de finales del siglo XX hayan entrado recientemente en una nueva era, y que las puertas abiertas por el advenimiento de las sociedades modernas se hayan cerrado en la actualidad a sus espaldas. Si los debates provocados por el posmodernismo nos han enseñado alguna cosa, no es precisamente que los procesos de desarrollo característicos de las sociedades modernas nos hayan impulsado, más allá de la modernidad, hacia una nueva y, de momento, indefinida era, sino que nuestras estructuras teóricas tradicionales para la comprensión de estos procesos son, en muchos aspectos, tristemente inadecuadas. Lo que nosotros necesitamos en la actualidad no es la teoría de una nueva era, sino la nueva teoría de una era cuyos amplios contornos fueron establecidos años atrás, y cuyas consecuencias aún tenemos que esclarecer plenamente. Si dejamos a un lado la moda retórica y centramos nuestra atención en las transformaciones sociales profundamente arraigadas que configuran nuestras vidas, podríamos descubrir que tenemos mucho más en común con nuestros predecesores [...] de lo que algunos de los teóricos contemporáneos les agradecería hacernos creer”.

²³⁷ No original: “[...] estas redes están entrelazadas con otras formas de poder – económico, político y militar – y [...] han sido utilizadas por actores, tanto individuales como colectivos, para lograr sus propósitos”.

vez que acredita que ela “[...] era demasiado negativa e estava fundada numa duvidosa concepção das sociedades modernas e suas tendências de desenvolvimento” (1998, p. 20)²³⁸. Como exceção, o referido autor ressalta as teorias de Habermas, filiado à escola de Frankfurt, que, apesar dos seus problemas, merecem atenção e, com alguns ajustes, continuam condizentes com a realidade.

A segunda tradição no estudo dos meios de comunicação de massas, analisada por John Thompson, é aquela dos “teóricos das *media*”, também conhecida como “*Toronto School of communication theory*”, capitaneada por Harold Innis e Herbert Marshall McLuhan. Em sua obra “*Empire and Communications*”, cuja primeira versão foi publicada em 1950, Innis analisou diversos impérios da antiguidade e relacionou sua ascensão aos instrumentos de comunicação que possuíam. Além disso, demonstrou o conceito de *bias* – que, aqui, pode ser traduzido como “tendência” – e argumentou que diferentes meios de comunicação seriam capazes de moldar a forma de construção e organização do poder político a partir da sua “tendência” de privilegiar certas características em detrimento de outras. Em determinados meios, pode ser que prevaleça o tempo – como nos casos da escrita entalhada em pedras –, traço característico das pequenas e pouco mutáveis sociedades da antiguidade; em outros, como no exemplo do “*the bias of the paper*” (INNIS, 1986, p. 136; 2008, po. 1843), pode ser que se privilegie a expansão do espaço físico, situação ocorrida no império romano, que, ao utilizar a portabilidade e a efemeridade do conteúdo do papiro, se caracterizou tanto por sua vasta expansão territorial quanto pela sua maior instabilidade social (INNIS, 1986, p. 87; 2008, po. 469).

Esse tipo de análise possibilita a compreensão de que diferentes meios técnicos possuem distintos potenciais de controle. Nessa esteira, uma mídia “escassa ou que requeira habilidades muito especiais de codificação ou decodificação está mais sujeita à exploração por uma elite que tem tempo e recursos para obter acesso a ela” (MEYROWITZ, 1986, po. 515)²³⁹. Contrariamente, um meio que é muito acessível às pessoas comuns tende a democratizar a cultura.

Dessa maneira, especialmente em virtude do tempo em que foi produzida, embora a obra de Harold Innis tenha sido “[...] muito rudimentar para responder às complexidades das relações entre comunicação e poder [...], destacou corretamente o fato de que os meios de

²³⁸ No original: “[...] era demasiado negativa y estaba fundada en una dudosa concepción de las sociedades modernas y sus tendencias de desarrollo”.

²³⁹ No original: “[...] in short supply or that requires a very special encoding or decoding skill is more likely to be exploited by an elite class that has the time and the resources”.

comunicação eram importantes para a organização do poder, independentemente do conteúdo das mensagens que transmitiam” (THOMPSON, 1998, p. 21)²⁴⁰.

Claramente apoiado nessa ideia de Innis, Marshall McLuhan (1996, p. 29) criou a célebre afirmação de que “o meio é a mensagem”²⁴¹. Nesse sentido, considera que os diversos tipos de meios de comunicação de massas, especialmente os eletrônicos, são extensões dos sentidos humanos, de modo que a introdução de novas *media* altera a cultura e a consciência das pessoas através da mudança dos seus papéis sociais (MCLUHAN; POWERS, 1993, p. 135; MCLUHAN, 1996, p. 26). Na mesma perspectiva de Innis, McLuhan explica que o incremento da velocidade das comunicações é capaz de provocar mudanças na organização e no exercício do poder, de forma que, por exemplo, a criação, extinção e mutação dos agrupamentos sociais ocorreram paralelamente à expansão da utilização do papel e do aumento da velocidade do transporte de informações. Para ele, “antes que o emprego do alfabeto e do papel tivesse criado incentivos para a construção de estradas rápidas e pavimentadas, as cidades-Estados e as cidades muradas eram formas naturais suscetíveis de perdurar” (MCLUHAN, 1996, p. 108)²⁴².

John Thompson, contudo, dá pouco destaque a McLuhan, preferindo a proposta de Joshua Meyrowitz. Para Meyrowitz, as *media* eletrônicas minaram a tradicional relação entre espaço físico e situação social e, por isso, propõe a exploração de “[...] uma nova concepção de situações sociais que incluem tanto contextos físicos, como quartos e prédios, quanto ‘contextos informacionais’, criados pelos meios de comunicação de massas, já que esses, assim como os espaços físicos, podem incluir ou excluir participantes” (MEYROWITZ, 1986,

²⁴⁰ No original: “[...] demasiado rudimentaria como para responder a las complejidades de las relaciones históricas entre comunicación y poder [...] destacó correctamente el hecho de que los medios de comunicación como tales eran importantes para la organización del poder, al margen del contenido de los mensajes que transmitían”.

²⁴¹ Em virtude do seu peculiar estilo literário – veja-se, por exemplo, o “novo” tipo de livro ilustrado (MCLUHAN, 1969), que necessita de um “manual de instruções” para leitura – Marshall McLuhan ficou bastante conhecido pelas suas “*catchphrases*”. Sob essa perspectiva, veja-se a afirmação de Joshua Meyrowitz, que, apesar de concordar com Innis e McLuhan – este último é marco teórico da sua obra –, explica que esses autores “[...] make broad claims concerning the impact of various media, but these claims lack the development of clear, linear arguments and evidence. Their books seem to be written in the midst of revelations [...] Innis writes obscurely, condensing paragraphs into sentences, stating conclusions while omitting arguments and support. McLuhan’s work leans heavily on aphorisms, puns and metaphors [...] McLuhan’s provocative statements and unusual style made him, for a time, a household name [...] McLuhan’s was variously dubbed ‘the oracle of an electronic age,’ ‘the sage of Aquarius,’ and the ‘Dr. Spock of pop culture’. His slogans and terminology (‘the medium is the message,’ ‘global village,’ ‘hot’ and ‘cool’ media) became well known” (1985, pp. 618-641).

²⁴² No original: “Antes de que el empleo del alfabeto y del papiro creara incentivos para construir carreteras rápidas y pavimentadas, las ciudades-Estado y las ciudades amuralladas eran formas naturales susceptibles de perdurar”.

po. 380)²⁴³. Apesar de Thompson considerar pouco útil a tradição desses teóricos das *media*, reconhece que ela auxilia na reflexão “[...] sobre a organização social das indústrias midiáticas, sobre as maneiras como as *media* estão interrelacionadas com a distribuição desigual do poder e dos recursos e sobre como os indivíduos dão importância aos produtos midiáticos e incorporam-lhes em suas vidas” (THOMPSON, 1998, p. 21)²⁴⁴.

O terceiro grupo de teóricos analisados faz parte daquilo que Thompson denomina de tradição hermenêutica, caracterizada pela interpretação contextualizada das formas simbólicas. Com fundamentos nas obras de Hans-Georg Gadamer e Paul Ricoeur, os teóricos desse grupo destacam que “[...] a recepção das formas simbólicas – incluindo os produtos midiáticos – sempre implica em um processo de interpretação criativo e contextualizado, no qual os indivíduos fazem uso dos recursos disponíveis para dar sentido às mensagens que recebem” (THOMPSON, 1998, p. 22)²⁴⁵. Para o referido autor – e os demais adeptos da matriz hermenêutica –, os conteúdos midiáticos são “apropriados” pelos indivíduos e, junto com as diversas situações em que estão inseridos, formam parte das suas autocompreensões²⁴⁶.

Assim, ao contrário das correntes mencionadas anteriormente e de outros que, como Giovanni Sartori, consideram que os novos meios de comunicação de massas “[...] atrofiam nossa capacidade de abstração e, com isso, toda nossa capacidade de entender” (SARTORI, 1998, p. 47)²⁴⁷, a tradição hermenêutica dos teóricos das *media* atribui um papel muito mais

²⁴³ No original: “[...] a new conception of social situations that includes both physical settings such as rooms and buildings and the ‘informational settings’ that are created by media. For media, like physical places, include and exclude participants”.

²⁴⁴ No original: “[...] sobre la organización social de las industrias mediáticas, sobre las maneras en que los *media* están interrelacionados con la desigual distribución del poder y los recursos, y sobre cómo los individuos dan importancia a los productos mediáticos y los incorporan a sus vidas”.

²⁴⁵ No original: “[...] la recepción de las formas simbólicas – incluyendo los productos mediáticos – siempre implican un proceso de interpretación creativo y contextualizado en el cual los individuos hacen uso de los recursos disponibles para dar sentido a los mensajes que reciben”.

²⁴⁶ Veja-se, no mesmo sentido, a afirmação de Daniel Dayan (2000, p. 436-437), que considera que o sentido de um texto não é parte integrante dele, o que impossibilita a absorção passiva de significados pré-construídos e as análises que pretendem ignorar o papel do receptor. Para o referido autor, “la réception est le moment où les significations d’un texte sont constituées par les membres d’un public. Ce sont ces significations, et non pas le texte lui-même, qui servent de points de départ aux chaînes causales menant à des effets. Ce qui peut être doté n’est pas le texte conçu, ou le texte produit, ou le texte diffusé, mais le texte effectivement reçu. Ce texte est reçu selon des modalités spécifiques par des publics – ou des audiences – distincts”.

²⁴⁷ Ainda que, nesse trecho específico, Sartori esteja referindo-se à televisão, a integralidade da obra demonstra que sua crítica permanece igual – ou pior – ao tratar das outras *media* eletrônicas. No original: “La televisión produce imágenes y anula los conceptos, y de este modo atrofia nuestra capacidad de abstracción y con ella toda nuestra capacidad de entender”.

ativo à formação de significado das mensagens midiáticas, uma vez que consideram que elas são incapazes de carregar uma “essência” conteudística, necessitando, sempre, da ativa participação dos receptores. Segundo Thompson, pesquisas empíricas das ciências sociais corroboram a ideia de que os públicos receptores das mensagens midiáticas “[...] não são consumidores passivos [...]; [sua recepção] é um processo muito mais ativo e criativo do que sugere o mito do receptor passivo [...]; as maneiras que os indivíduos dão sentidos aos produtos midiáticos variam conforme sua bagagem social e circunstâncias [...]” (THOMPSON, 1998, p. 61-62)²⁴⁸.

A televisão, que também recebe o epíteto de “o olho brilhante fosforescente que parece um altar situado ao final da sala” (MCLUHAN; POWERS, 1993, p. 94), reveste-se de diversas peculiaridades²⁴⁹, mas, antes de analisá-las, cumpre ressaltar que a compreensão das *media* e, especialmente, do meio televisivo, deve englobar, além das suas características técnicas, uma dimensão simbólica e comumente esquecida. A televisão, assim como os demais meios de comunicação de massas, é um fenômeno social que deve ser sempre contextualizado (THOMPSON, 1998, p. 26).

Para melhor compreender o fenômeno televisivo e as possibilidades de interações que ele proporciona, é necessário expor, ainda que resumidamente, a tipologia analítica das interações humanas, trazida por John Thompson, que as classifica em “interações face a face”, “interações midiáticas” e “quase interações midiáticas”²⁵⁰. Suas diferenças dizem respeito às respectivas formas de constituição espaço-temporal; ao alcance dos seus sinais simbólicos; à orientação das ações que resultam e à sua natureza, monológica ou dialógica. O seguinte quadro sintetiza a tipologia:

²⁴⁸ No original: “[...] non son consumidores pasivos; [...] es un proceso mucho más activo y creativo de lo que el mito del receptor pasivo sugiere [...] las maneras en que los individuos dan sentido a los productos mediáticos varía acorde con su bagaje social y sus circunstancias [...]”.

²⁴⁹ Não se deve ignorar a importância da internet, que, inegavelmente, modificou a esfera pública. Por razões metodológicas, o assunto não será abordado neste trabalho. É importante, contudo, ressaltar que a existência da rede mundial de computadores não altera a necessidade de reduzir a concentração proprietária e aumentar a democratização das *media*. Para C. Edwin Baker (2007, p. 100-101), “this ubiquitous invocation of the Internet is misleading when not simply wrong [...] sure, the Internet has made access to various media products or communications much easier. But monopoly or otherwise undue power could still exist over creation of any type of content delivered by the Internet just as monopoly power might exist over any product sold at department stores”. Para maiores detalhes, remete-se às seguintes leituras: Antony Giddens (2009, p. 725-731); C. Edwin Baker (2007, p. 88-123), (2004, p. 285-307); Giovani Sartori (1998, p. 54-61); Luigi Ferrajoli (2007b, p. 333-336).

²⁵⁰ Para uma precisa distinção, remete-se às obras de John Thompson (1998, p. 116-123; 2005, p. 12-16).

<i>Características de la interacción</i>	<i>Interacción cara a cara</i>	<i>Interacción mediática</i>	<i>Casi interacción mediática²⁵¹</i>
<i>Constitución espacio-temporal</i>	<i>Contexto de co-presencia; sistema de referencia espacio temporal compartido</i>	<i>Separación de contextos; disponibilidad extendida en el tiempo y el espacio</i>	<i>Separación de contextos; disponibilidad extendida en el tiempo y el espacio</i>
<i>Alcance de las señales simbólicas</i>	<i>Multiplicidad de señales simbólicas</i>	<i>Estrechamiento del radio de acción señales simbólicas</i>	<i>Estrechamiento del radio de acción señales simbólicas</i>
<i>Orientación de la acción</i>	<i>Orientada específicamente hacia los otros</i>	<i>Orientada específicamente hacia los otros</i>	<i>Orientada hacia un indefinido número de recipientes potenciales</i>
<i>Dialógica/monológica</i>	<i>Dialógica</i>	<i>Dialógica</i>	<i>Monológica</i>

Fonte: THOMPSON (1998, p. 120).

A partir disso, é possível caracterizar as interações ocorridas através das *media* como quase interações midiáticas, já que elas “[...] possuem um caráter monológico e implicam a produção de formas simbólicas para um número indefinido de receptores potenciais. [...] Não possuem o nível de reciprocidade e as especificidades interpessoais de outras formas de interação, sejam ‘midiáticas’ ou ‘face a face’” (THOMPSON, 1998, p. 119)²⁵². Apesar da nomenclatura, uma “quase interação” ainda pode ser considerada como uma “interação”, em virtude de ser capaz de estabelecer uma situação social de intercâmbio simbólico entre os indivíduos. Na quase interação midiática, enquanto um grupo de indivíduos está comprometido com a produção de formas simbólicas, outro cumpre exclusivamente o papel de receptor, sem capacidade real de resposta.

Uma das peculiaridades da televisão que possibilitou o seu sucesso é sua capacidade de empregar exemplos simbólicos de natureza sonora e visual. Ao contrário dos outros meios de comunicação de massas, que estão restritos à utilização de apenas um tipo de canal simbólico, a riqueza do meio televisivo “[...] dota a experiência televisionada de algumas características próprias da ‘interação face a face’: os comunicadores podem tanto ser vistos

²⁵¹ Tomou-se, aqui, a liberdade para substituir “interacción casi-mediática”, presente na tabela original, por “casi-interacción mediática”, tendo em vista que somente este último conceito é trabalhado na obra de Thompson. Uma leitura aprofundada do texto demonstra que, quando eventualmente aparece, a expressão “interacción casi-mediática” – que possui apenas quatro ocorrências na obra – é utilizada para designar a “casi-interacción mediática” – que aparece 61 vezes –, de maneira que parece ser bastante razoável supor que se trata de um erro na transcrição da obra original ou de tradução para língua castelhana aqui utilizada.

²⁵² No original: “[...] posee un carácter monológico e implica la producción de formas simbólicas para un número indefinido de receptores potenciales. [...] No posee el grado de reciprocidad y las especificidades interpersonales de otras formas de interacción, ya sean «mediáticas» o «cara a cara»”.

como ouvidos, movem-se através do tempo e do espaço da mesma maneira que os participantes na interação social cotidiana etc.” (THOMPSON, 1998, p. 126)²⁵³. Como ocorre em outras quase interações midiáticas, aquela que tem lugar na televisão possui diferentes coordenadas espaço-temporais, ou seja, distintos contextos de produção, transmissão e recepção da mensagem midiática, situação que exige a “interpolação espaço-temporal”²⁵⁴ pelo receptor (THOMPSON, 1998, p. 128). Sob essa perspectiva, o processo contínuo de acoplamento entre essas três coordenadas resulta na “experiência de descontinuidade espaço-temporal”, pois

os indivíduos que assistem à televisão devem, em certa medida, suspender a estrutura espaço-temporal das suas vidas cotidianas e orientar-se por um grupo de coordenadas espaço-temporais diferentes; convertem-se em viajantes espaço-temporais, ocupados na negociação entre estruturas espaço-temporais distintas e em relacionar novamente sua experiência midiática de outros tempos e lugares com o contexto de sua vida cotidiana. A habilidade para negociar essas estruturas e retornar a salvo aos contextos da vida cotidiana é parte das habilidades que possuem os indivíduos como telespectadores competentes. As mensagens televisivas oferecem-lhes uma variedade de sinais simbólicos que lhes guiam nesse processo (THOMPSON, 1998, p. 129-130)²⁵⁵.

Um outro aspecto importante da televisão é seu caráter monológico, ou seja, a impossibilidade de interferência, por parte do receptor, na elaboração do conteúdo do emissor. O fluxo de mensagens é, portanto, unidirecional, dos produtores para os telespectadores, o

²⁵³ No original: “[...] dota a la experiencia televisada de algunas características propias de la «interacción cara a cara»: los comunicadores pueden ser tanto vistos como oídos, se mueven a través del tiempo y del espacio de la misma manera que los participantes en la interacción social cotidiana, etc”.

²⁵⁴ De acordo com Anthony Giddens (2005, p. 95-96), “entender como as atividades são distribuídas no tempo e no espaço é fundamental para a análise de encontros e também para compreender a vida social em geral. Toda interação é situada – ocorre em um lugar específico e tem uma duração específica no tempo. As nossas ações no decurso do dia tendem a ser ‘zoneadas’, tanto no tempo quanto no espaço. [...] Portanto, quando analisamos os contextos de interação social, é muitas vezes útil observar os deslocamentos das pessoas e reconhecer essa convergência espaço-temporal”. Com isso, é possível compreender que as *media*, ao desconectarem espaço e tempo, modificam as formas de interação tradicionais. Para outra perspectiva, ver Harold Innis (2008, po. 2081).

²⁵⁵ No original: “Los individuos que miran la televisión deben, en cierta medida, suspender la estructura espacio-temporal de sus vidas cotidianas y orientarse temporalmente hacia un grupo de coordenadas espacio-temporales diferentes; se convierten en viajantes espacio-temporales ocupados en la negociación entre estructuras espacio-temporales distintas y en relacionar de nuevo su experiencia mediática de otros tiempos y lugares con el contexto de su vida cotidiana. La habilidad para negociar estas estructuras y volver a salvo a los contextos de la vida cotidiana es parte de las habilidades que poseen los individuos como telespectadores competentes. Los mensajes televisivos les ofrecen una variedad de señales simbólicas que les guían en este proceso”.

que resulta na “assimetria estrutural”, ou seja, na desigualdade entre emissor e receptor. Tal situação, contudo, não é uma consequência da natureza unidirecional da televisão, porque, “em virtude do seu carácter monológico e da separação dos contextos a ela associados, as ‘quase interações’ televisivas [...] estão separadas do controle reflexivo das respostas dos outros, o que constitui característica constante da ‘interação face a face’” (THOMPSON, 1998, p. 133)²⁵⁶. Disso decorre que os emissores da quase interação midiática possuem muito mais liberdade em relação à elaboração dos conteúdos, entretanto, em razão da ausência do controle reflexivo das respostas da audiência, possuem, igualmente, maior insegurança e incapacidade para controlar a forma como sua mensagem será incorporada pelos telespectadores.

Outra peculiaridade, fruto da assimetria estrutural e da diversidade simbólica do meio televisivo, é o fato de que esse tipo de *media*, de certa maneira, coloca os emissores “[...] à disposição dos receptores num sentido único e distintivo: possuem o que poderia ser descrito como ‘televisibilidade’. A característica distintiva da ‘televisibilidade’ é a combinação entre a presença audiovisual e a distância espaço-temporal” (THOMPSON, 1998, p. 135²⁵⁷), de forma que as personalidades da televisão podem adquirir uma “aura” que só é possível em virtude do distanciamento que mantêm dos telespectadores.

Isso possibilitou o surgimento de novas formas de ação a distância, classificadas por Thompson (1998, p. 137) como “orientação para o receptor”, “atividade midiática diária”, “acontecimentos midiáticos” e “ação fictícia”, além das respectivas ações-resposta em contextos de emissão-recepção distantes. Essas são fruto das múltiplas interações – face a face, midiáticas e quase interações midiáticas – com que os indivíduos lidam cotidianamente²⁵⁸ e podem ser classificadas como “ação-resposta concertada” e “mecanismos intencionais de coordenação da resposta do receptor”²⁵⁹.

²⁵⁶ No original: “En virtud de su carácter monológico y de la separación de los contextos a ella asociados, la «casi-interacción» televisiva [...] están separadas del control reflexivo de la respuesta de los otros, que constituye una rutina y una característica constante de la «interacción cara a cara»”.

²⁵⁷ No original: “[...] disposición de los receptores en un sentido único y distintivo: poseen lo que uno podría describir como «tele-visibilidad». La característica distintiva de la «tele-visibilidad» consiste en que combina la presencia audiovisual con la distancia espacio-temporal”.

²⁵⁸ Nessa perspectiva, John Thompson (1998, p. 151) reforça que “[...] la apropiación de los mensajes mediáticos debe ser vista como un proceso continuo y socialmente diferenciado que depende del contenido de los mensajes recibidos, la elaboración discursiva de los mensajes entre unos receptores y otros, y los atributos sociales de los individuos que los reciben”.

²⁵⁹ Para maiores detalhes a respeito do estudo da teoria inter-relacional, ou seja, sobre as formas de ação e interação a distância, remete-se à leitura de John Thompson (1998, p. 136-159; 2005, p. 13).

Dessarte, é possível perceber que a expansão das *media*, especialmente da televisão, introduziu um novo elemento fundamental na vida social e política, já que, ao fornecerem imagens e informações deslocadas no espaço e no tempo, estimulam ou intensificam formas de ação coletiva que poderiam ser difíceis de controlar mediante os tradicionais mecanismos de poder estabelecidos.

Para outra corrente que, na opinião de Thompson, é nitidamente mais pessimista em relação ao potencial do meio televisivo, a variedade de sinais simbólicos pode, paradoxalmente, ser resumida como “a primazia da imagem”, principal característica da ruptura proporcionada pela televisão em relação aos meios de comunicação de massas anteriores. A preponderância do visível, alegam, torna possível ver sem entender, totalizando a verdade e facilitando a disseminação de ideias aceitas pelo *establishment*.

Nessa esteira, está o conceito de “democracia teledirigida”, proposto por Giovanni Sartori, que considera ser possível manipular a opinião pública através da imagem televisionada. Em decorrência da sua compreensão da democracia representativa como um governo de opinião, não do saber, Sartori defende que a invasão causada pela primazia da imagem deve ser considerada um problema. Ela possibilitaria que os processos formadores de opinião fossem produzidos de maneira descendente, transformando a imagem em autoridade cognitiva mais confiável e facilitando a fabricação de “[...] uma opinião solidamente heterodirigida que, aparentemente reforça, mas, na verdade, esvazia a democracia como governo de opinião. Porque a televisão se exhibe como porta-voz de uma opinião pública que, na verdade, é o eco da sua própria voz” (SARTORI, 1998, p. 72)²⁶⁰.

Sobre o poder político do meio televisivo, Luigi Ferrajoli explica que, por ter penetração virtualmente ilimitada, a televisão se torna um lugar público²⁶¹ decisivo para a formação da opinião pública e do consenso, de modo que aqueles capazes de influir no seu conteúdo tornam-se aptos a alterar os rumos do debate público (2011a, p. 62). De maneira similar, John Thompson (2005, p. 28) considera que o meio televisivo é mais intenso – em virtude da multiplicidade de símbolos capazes de serem transmitidos simultaneamente –, mais extenso – graças a sua popularidade e alcance praticamente ilimitado – e menos controlável –

²⁶⁰ No original: “[...] una opinión sólidamente hetero-dirigida que aparentemente refuerza, pero que en sustancia vacía, la democracia como gobierno de opinión. Porque la televisión se exhibe como portavoz de una opinión pública que en realidad es el eco de regreso de la propia voz”.

²⁶¹ Para uma perspectiva sociológica, remete-se à ideia, proposta por Daniel Dayan (2000, p. 453), de que o público formado pela televisão é, na realidade, um “quase-público”. Para ele, “[...] s’il existe un public de télévision, son statut doit être qualifié. C’est un presque-public”.

por conta da multiplicação de formas mediadoras e de redes de informação que proporciona²⁶².

Para Giovani Sartori, a televisão, apesar de ser instrumento de entretenimento, invade os mais diversos campos da vida humana. No mesmo sentido, José Luis Bolzan de Moraes (1998, p. 45-53) entende que a televisão transforma o lazer e a informação em projetos passivos de tempo morto e, através de hobbies alienantes, converte os cidadãos em sujeitos passivos e apáticos. Presente em toda a formação das crianças, também é a principal fonte de informação do adultos. Suas notícias de maior repercussão são, de maneira geral, aquelas que dizem respeito à vida política.

Com base nisso, Sartori cunha o conceito de “vídeo-política” para referir-se ao poder que a televisão exerce na transformação radical do processo político, tanto no que diz respeito à compreensão do que é “ser político”, como nas ideias compartilhadas sobre a melhor forma de “gerir a política”. Sob essa ótica, a televisão é a principal influência na formação de opiniões do povo soberano e, conseqüentemente, daqueles que legitimam o exercício do poder estatal, situação que, através do condicionamento do processo eleitoral, colocaria o poder da imagem como centro de todos os processos da política contemporânea.

Em síntese: as *media*, e, especialmente, a televisão, são poderosos meios de exercício e de controle do poder, visto que, na feliz metáfora de Joshua Meyrowitz (1998, po. 384), assim como lugares físicos, podem incluir e excluir participantes e, como paredes ou janelas, podem servir para ocultar ou para revelar aquilo que seus controladores desejam.

3.1.2 *Media*, poder e mudanças na visibilidade

Tudo aquilo capaz de ser percebido através da visão pode ser adjetivado como “visível”. Usualmente, por limitação dos sentidos humanos, a visibilidade esteve vinculada ao compartilhamento de determinado espaço e tempo, de modo que, sem o aparato técnico adequado, está presa ao presente e limitada pelo campo de visão humano. Em virtude dessas características, a visibilidade é sempre bidirecional²⁶³ (THOMPSON, 2005, p. 16).

²⁶² Ressalte-se, como será visto no item 3.1.3, que essa afirmação de John Thompson corrobora a noção de que a diversidade das *media* deve ser condição para sua própria importância.

²⁶³ É possível comparar, metaforicamente, o esforço necessário para implementar a unidirecionalidade das informações à tendência natural de bidirecionalidade da luz. Ainda que possam ocorrer situações em que um observador tenta permanecer oculto, trata-se, na realidade, de dificultar a percepção de quem se esconde, não de impor um único sentido à luz visível. Sua natureza bidirecional força a visibilidade mútua e, em virtude da segunda lei da termodinâmica – a quantidade de entropia de

O desenvolvimento das *media*, contudo, possibilitou o surgimento de uma nova forma de visibilidade unidirecional, denominada “mediada”, que acabou se tornando um dos aspectos dominantes do mundo atual, em razão de dispensar a necessidade de compartilhamento do mesmo local espaço-temporal. Com esse fundamento, McLuhan e Powers afirmam que

todos os meios de comunicação são uma reconstrução, um modelo de alguma capacidade biológica acelerada mais além do que a capacidade humana poderia dar conta: a roda é uma extensão do pé, o livro é uma extensão do olho, a roupa é uma extensão da pele e o sistema de circuitos eletrônicos é uma extensão do nosso sistema nervoso central. Cada meio é levado ao auge da força voraginosa com o poder de hipnotizar-nos. Quando os meios atuam juntos, podem tanto modificar nossa consciência quanto criar novos universos de significado (1993, p. 94)²⁶⁴.

Com base nisso, é possível afirmar que as *media* transformam a visibilidade e sua relação com o exercício do poder. A visão deixa de ser “pura” e incorpora outros conteúdos que acompanham as imagens midiáticas, realidade que possibilita distintas oportunidades e desafios para o poder político. Esse novo contexto cria duas situações antagônicas para os seus detentores: enquanto permite que a ampliação da visibilidade seja explorada com a finalidade de promover os interesses políticos e econômicos de determinados indivíduos, também resulta em maior exposição, o que pode ter efeitos negativos na formação da imagem pública²⁶⁵.

Ao contrário de John Thompson, que entende a imagem das *media* eletrônicas como um novo elemento da informação que se agrega aos demais, Giovani Sartori (1998, p. 42-52) não acredita que exista uma síntese harmoniosa em que a imagem e a palavra se reforcem

qualquer sistema isolado termodinamicamente tende a incrementar-se com o tempo, até alcançar um valor máximo –, torna-se impossível, em situações do cotidiano e sem a utilização de grandes quantidades de energia, fazer com que a luz – informação – se propague em apenas um sentido.

²⁶⁴ No original: “Todos los medios de comunicación son una reconstrucción, un modelo de alguna capacidad biológica acelerada más allá de la capacidad humana de llevarla a cabo: la rueda es una extensión del pie, el libro es una extensión del ojo, la ropa, una extensión de la piel y el sistema de circuitos electrónicos es una extensión de nuestro sistema nervioso central. Cada medio es llevado al pináculo de la fuerza voraginosa, con el poder de hipnotizamos. Cuando los medios actúan juntos pueden cambiar tanto nuestra conciencia como para crear nuevos universos de significado psíquico”.

²⁶⁵ Para maiores informações sobre a visibilidade do poder político na democracia constitucional, remete-se à leitura do item 2.1.2 deste trabalho. Um estudo detalhado sobre os escândalos – que podem ter natureza sexual, financeira e política – e os efeitos negativos das *media* para os detentores do poder político encontra-se na obra de John Thompson (2001).

mutuamente, mas crê que ocorre uma soma negativa, com prejuízo para todos os envolvidos. Para Sartori, a imagem é capaz de transformar tudo em um espetáculo e modificar negativamente a compreensão humana. Dessa maneira, considera que as *media* – especialmente a televisão – empobrecem a capacidade de abstração do homem e transformam o “*homo sapiens*” em “*homo videns*”, anulando toda a sua habilidade de compreender conceitos abstratos, que não podem ser explicados por meio de imagens. Através da distinção entre o “*mundus intelligibilis*” – conceitual – e o “*mundus sensibilis*” – percebido pelos sentidos –, Sartori explica por que acredita que a televisão converte o inteligível em puro ato de ver.

Com base na dicotomia público-privado, Thompson entende que “público” significa “aberto”, ou seja, observável por qualquer um. Inversamente, o “privado” é aquilo que permanece oculto, fora da visibilidade mediada, de maneira que “[...] a dicotomia público-privado tem a ver com [...] a abertura *versus* o secretismo, a visibilidade *versus* a invisibilidade. Um ato público é um ato visível, exposto à visão dos outros; um ato privado é invisível, um ato realizado secretamente, de portas fechadas” (THOMPSON, 1998, p. 166)²⁶⁶.

Assim como Norberto Bobbio, John Thompson afirma que existe uma fluida relação entre as formas de governo e a visibilidade do poder. Para ele, ainda que se tenha, no decorrer da história, tentado limitar sua invisibilidade, o exercício potestativo nas sociedades modernas permanece, sob diversos aspectos, protegido pelo segredo e pelo sistemático distanciamento entre os indivíduos e as informações.

Por conseguinte, é possível questionar qual a maneira mais apropriada de interpretar o impacto das *media* na propriedade pública e nas relações entre poder e visibilidade. Por tornarem desnecessário o vínculo espaço-temporal, elas possibilitam o surgimento de novas formas de “propriedade pública midiática” (THOMPSON, 1998, p. 169). Especialmente em virtude da pluralidade simbólica dos meios de comunicação de massas eletrônicos, firma-se uma nova relação entre propriedade pública e visibilidade, pois essa, na era da “tele” “visão”²⁶⁷, amplia-se de forma sem precedentes. “Ao renovar o vínculo entre propriedade pública e visibilidade, a nova forma de propriedade pública criada pela televisão resulta, de alguma maneira, similar à propriedade pública tradicional, baseada na copresença”

²⁶⁶ No original: “[...] la dicotomía público-privado tiene que ver con [...] la apertura versus el secretismo, con la visibilidad versus la invisibilidad. Un acto público es un acto visible, un acto expuesto a la mirada de otros; un acto privado es invisible, un acto realizado secretamente y detrás de puertas cerradas”.

²⁶⁷ Nesse ponto, decompõe-se a palavra com a finalidade de incluir não apenas o meio televisivo, mas todas as *media* que possibilitam “ver de longe”.

(THOMPSON, 1998, p. 173)²⁶⁸. No entanto, o referido autor ressalta que existem três diferenças entre a propriedade pública tradicional e a midiática. A primeira diz respeito à escala global das *media*, de modo que se torna possível considerar equivocada a posição habermasiana²⁶⁹ de que a visibilidade medieval – baseada na conversação dialógica num determinado lugar compartilhado – se equipara à prática política do telever.

A segunda diferença é o tipo de propriedade pública formada em cada contexto. Para Thompson, as *media* “[...] criam um campo de visão distinto do campo de visão que os indivíduos têm em seus encontros cotidianos com os outros. O campo televisivo possui, desde logo, um caráter muito mais amplo, permitindo aos indivíduos verem fenômenos externos às suas vidas cotidianas” (1998, p. 174)²⁷⁰. Apesar de o incremento na distância do campo visual possibilitar a retirada do controle material visível da proximidade dos indivíduos, essa característica negativa não diminui a importância da distinção em relação à propriedade pública tradicional.

A terceira diferença está relacionada à “direcionalidade da visão” (THOMPSON, 1998, p. 174), ou seja, à já mencionada natureza unidirecional do fenômeno midiático: os receptores podem ver os emissores, mas não há reciprocidade, situação que permite a caracterização da propriedade pública midiática também em razão do contraste entre produtores – visíveis – e receptores – invisíveis.

Nessa senda, embora sejam muito semelhantes, propriedade pública tradicional e propriedade pública midiática possuem diferenças que, caso ignoradas, podem levar à análise equivocada do fenômeno das *media*. Teorias não adaptadas a esse contexto tentam explicar a “*new world information and communication order*” (UNESCO, 1980) através dos modelos, nitidamente mais simples, dos antigos meios de comunicação escritos. Nos dias atuais, uma compreensão adequada da publicidade requer o abandono da espacialidade e da dialogicidade, que caracterizavam a propriedade pública tradicional, pois, caso contrário, o resultado será uma visão distorcida e “apocalíptica” do fenômeno midiático. Sob esse aspecto, Thompson considera equivocada a análise habermasiana da propriedade pública midiática. Portanto,

²⁶⁸ No original: “Al renovar el vinculo entre propiedad pública y visibilidad, la nueva forma de propiedad pública creada por la televisión resulta de alguna manera similar a la propiedad pública tradicional basada en la co-presencia”.

²⁶⁹ Para mais detalhes sobre a concepção de Jürgen Habermas sobre o exercício de poder na esfera pública, remete-se à leitura do item 2.3.

²⁷⁰ No original: “[...] crea un campo de visión distinto del campo de visión que los individuos tienen en sus encuentros cotidianos con los otros. El campo televisivo posee, desde luego, un carácter mucho más amplio, permitiendo a los individuos ver fenómenos extraídos de sus vidas cotidianas”.

considera que, ao aderir à noção tradicional de propriedade pública baseada na copresença, a teoria de Habermas torna-se incapaz de analisar o contexto proporcionado pelas novas *media*. Elas passaram a desvincular, paulatinamente, a necessidade dialógica de compartilhar um espaço-tempo da existência da propriedade pública, agora “[...] desespacializada e não-dialógica, e, de maneira crescente, mais vinculada ao tipo de visibilidade distintiva produzida através das *media*, especialmente da televisão” (THOMPSON, 1998, p. 176)²⁷¹.

Como exemplo desse problema, Giovanni Sartori chega ao ponto de afirmar que a prensa de tipos móveis, por permitir a produção de grandes quantidades de impressos, seria capaz de debilitar tanto a memória quanto a mente; que a televisão resultaria no atrofiamento do cidadão, apagando seu interesse pelas notícias do mundo e que a internet, como instrumento cultural, teria um futuro modesto, uma vez que “os verdadeiros estudiosos seguirão lendo livros” (1998, p. 30, 87, 56). Em virtude de essa opinião ser, de certa maneira, relacionada à de Habermas, é possível aplicar à visão de Sartori a crítica de Thompson ao pensamento habermasiano.

As mudanças na propriedade pública midiática tornam indispensável a compreensão de que o “o exercício do poder político atual está cada vez mais aberto ao olhar, não apenas na esfera da política doméstica, mas também em escala global” (THOMPSON, 1998, p. 196)²⁷². Isso submete as manifestações de poder àquilo que o autor denomina “escrutínio global”, ou seja, à visibilidade gerada pelos sistemas de comunicação que tendem à onipresença.

Em sentido diverso, Giovanni Sartori (1998, p. 80) distingue “informação” de “conhecimento”, considerando que somente o último seria capaz de formar cidadãos. Para ele, a riqueza de sinais das novas *media* não seria capaz de ampliar a difusão do conhecimento, mas, pelo contrário, forneceria menos conteúdo que quaisquer outros instrumentos. Assim, Sartori entende que os meios de comunicação de massas informam pouco e mal em virtude de se utilizarem de expedientes inidôneos, como a subinformação – a redução excessiva e empobrecedora da informação – e a desinformação – a construção ou distorção das notícias –, com a finalidade de dirigir a atenção do público – *agenda setting* – e de influenciar na formação dos valores políticos básicos dos indivíduos – *priming*. Nas democracias

²⁷¹ No original: “Se ha convertido en desespacializada y no-dialógica, y de manera creciente más vinculada al tipo de visibilidad distintiva producida por y a través de los media (especialmente de la televisión)” (THOMPSON, 1998, p. 176).

²⁷² No original: “El ejercicio del poder político actual está cada vez más abierto a la mirada, no sólo en la esfera de la política doméstica sino también a escala global”.

representativas, alerta o autor, essa situação teria como resultado a personalização máxima da política e o estabelecimento de uma falsa visibilidade. No mesmo sentido, Luigi Ferrajoli (2011a, p. 89) afirma que um dos maiores problemas que atinge as democracias atuais é a personalização e a verticalização da representação, situação que se manifesta no culto ao chefe do executivo como símbolo unificador de toda a vontade política.

Com uma visão pessimista em relação aos meios de comunicação de massas, Sartori argumenta que não há apenas globalização e visibilidade, mas, inversamente, limitação geográfica na “aldeia global” – o autor utiliza a *catchphrase* de McLuhan. Dessa maneira, considera que as *media* “[...] entram fácil e livremente nos países livres; pouco e cautelosamente nos países perigosos; nunca nos países sem liberdade, pelo que se deduz que quanto mais tirânico e sanguinário é um regime, mais ignorado é pela televisão que, portanto, os absolve” (SARTORI, 1998, p. 89)²⁷³.

Em suma, o autor acredita que a aldeia global é, na realidade, a fragmentação do mundo em diversas pequenas comunidades. Argumenta que, embora as *media* transportem notícias irrelevantes sobre lugares longínquos, os indivíduos tendem a comportar-se egoisticamente quando os assuntos têm relevância econômica e política. Dessa forma, ainda que a visibilidade fosse global – e não acredita que seja –, a “pequena pátria” e o localismo prevaleceriam (SARTORI, 1998, p. 120).

3.1.3 Concentração proprietária das *media*

As *media*, diz C. Edwin Baker (2007, p. ix), são instituições e, no direito estadunidense, são o único negócio explicitamente protegido pela constituição. Isso ocorre em virtude de serem duplamente ameaçadas: por um lado, sofrem investidas dos poderes públicos, como ocorre nos Estados totalitários; por outro, são ameaçadas pela invasão de interesses privados alheios à liberdade de expressão, situação demonstrada através da concentração de poder econômico dos seus proprietários e das distorções inseridas pelos interesses publicitários²⁷⁴, que constituem sua principal fonte de renda.

²⁷³ No original: “[...] entra fácil y libremente en los países libres; entra poco y con precaución en los países peligrosos; y no entra nunca en los países sin libertad. De lo que se deduce que cuanto más tiránico y sanguinario es un régimen, más lo ignora la televisión y, por tanto, lo absuelve”.

²⁷⁴ O emprego da palavra “publicidade”, neste item, diferentemente de outros trechos deste trabalho, não corresponde à visibilidade e à natureza pública do poder, mas à tradução da palavra anglo-saxã “advertising”.

A crescente concentração de recursos nas indústrias midiáticas, característica marcante a partir do século XIX, tende a formar conglomerados transnacionais especializados na produção e transmissão de informações em grande escala. Essa situação passou a ameaçar a liberdade de expressão, não pelo uso desproporcional do poder estatal, mas pela equivocada compreensão de que as *media* seriam atividades econômicas ordinárias e, como tais, deveriam ser deixadas ao arbítrio do mercado. No entanto, esse tipo de aproximação da propriedade midiática “[...] não é, necessariamente, a melhor garantia de liberdade de expressão, pois um mercado não regulado poderia, eventualmente, resultar na redução da diversidade e dos limites da capacidade da maioria dos indivíduos para realizarem seus modos de ver as coisas” (THOMPSON, 1998, p. 308)²⁷⁵. Como qualquer outro tipo de empreendimento capitalista, a lógica que guia os conglomerados das *media* é aquela da acumulação de capital, que não possui relação alguma com o cultivo da diversidade.

A concentração de recursos midiáticos constitui importante ferramenta para o exercício do poder, mas os teóricos do liberalismo clássico não previram que o desenvolvimento das redes globais das *media* poderia resultar na limitação da autonomia e da soberania estatal. Torna-se necessário, nesse contexto de conglomerados globais de comunicação como protagonistas da produção e distribuição de bens simbólicos, considerar que a proteção da liberdade de expressão requer, obrigatoriamente, uma análise da propriedade dos meios de comunicação de massas (THOMPSON, 1998, p. 309). Não é por outra razão que, acertadamente,

a maioria das democracias adotou regras com a finalidade de apoiar a diversidade na imprensa, seja através de legislação sobre concorrência (com leis de antitruste gerais ou específicas para as *media*), seja por meio de subsídios (comumente direcionados para apoiar as empresas mais fracas competindo com aquelas dominantes) (BAKER, 2007, p. 2)²⁷⁶.

Embora seja possível considerar positivamente o desenvolvimento da indústria midiática²⁷⁷, a industrialização da comunicação requer maior atenção na elaboração de

²⁷⁵ No original: “[...] no es necesariamente la mejor garantía de libertad de expresión, dado que un mercado no regulado podría, a la larga, dar lugar a una reducción de la diversidad y los límites de la capacidad de la mayoría de individuos para llevar a cabo su manera de ver las cosas”.

²⁷⁶ No original: “Most democracies adopted policies designed to support press diversity, whether through competition laws (both antitrust- and media-specific) or subsidy arrangements (often specifically targeted to support weaker media competing with the dominant players)”.

²⁷⁷ O relatório “Many voices, one world” (UNESCO, 1980, p. 99) caracteriza como indústria midiática o conjunto composto por “[...] publishers, news agencies, data suppliers, film and recording producers, and advertising agencies [...]”.

políticas públicas, que devem ser capazes de dificultar a concentração da propriedade dos meios de comunicação de massas. Esse fenômeno ocorre em virtude do estímulo capitalista à formação de oligopólios e monopólios na coleta, armazenamento e disseminação da informação, que age em três frentes distintas: na integração vertical e horizontal das empresas relacionadas à transmissão de informação e entretenimento; na interferência de empresas de outros setores completamente distintos; na fusão de empresas midiáticas com a finalidade de estabelecer conglomerados multimídia de larga escala (UNESCO, 1980, p. 104).

Nesse sentido, o relatório “*Many voices, one world*”, da UNESCO, afirma que a concentração de propriedade das *media*, ainda que eventualmente ocorra por razões políticas, tem como principais estímulos a geração de lucro, o aumento do fluxo de capitais e o desenvolvimento tecnológico. O fenômeno da verticalização é impulsionado pelo surgimento de novas tecnologias, pois, na busca pelo controle da cadeia produtiva, os responsáveis pela pesquisa e criação de técnicas e equipamentos aproveitam seu *know-how* para estabelecerem empresas de comunicação de massas. A verticalização, contudo, é apenas um dos elementos responsáveis pela baixa diversidade na propriedade midiática, de modo que o referido documento, utilizando os jornais impressos como exemplo, elenca outros 13 fatores²⁷⁸ que contribuem para as diversas formas²⁷⁹ de concentração proprietária das *media* (UNESCO, 1980, p. 104-105).

Ainda de acordo com o relatório, existem dois posicionamentos básicos a respeito do problema de concentração proprietária das *media*. Um deles, no mesmo sentido da postura

²⁷⁸ No original: “Concentration is indeed the result of several factors as illustrated by the newspaper industry: (a) basic trends in the market economies; (b) trends towards standardization of information products, messages and contents as needed by some public authorities; (c) economic pressure stemming from technological changes in publishing and distribution patterns; (d) pressures resulting from competition for circulation and advertising revenue; (e) competition between rival media; (f) uniformity of ‘cultural products’ in general; (g) lack of economic and social need for some newspapers; (h) rising production costs and decreasing advertising revenues; (i) planned consolidation of newspapers; (j) administrative arrangements, financial incentives and tax policies discouraging independent enterprises; (k) managerial shortcomings; (l) inflation and general recession; (m) lack of new initiatives, both private and public, as well as of new financial resources”.

²⁷⁹ No original: “In industrialized countries concentration occurs in numerous directions: (a) extension of media ownership, through partnerships between owners of different mass media organizations and the rise of multi-sector conglomerates; (b) increase in size of individual enterprises in several areas (news production, cultural products, software production, manufacturing of communication equipment); (c) growth of newspaper chains; (d) concentration not only of daily newspapers, but of various journals (dailies, weeklies, monthlies specialized papers, entertainment publications, etc.) by a single publishing house; (e) mergers between newspapers and distribution companies; (f) control of the press by various industries or banks; (g) mergers of the press and other media; (h) growth in the relative importance of some media operations since a decreasing percentage of firms share an increasing proportion of the total circulation etc”.

adotada neste trabalho, entende que essa situação é incompatível com o exercício da liberdade de expressão, porque resulta em danos ao público em geral, aos profissionais da área e aos proprietários de pequenas empresas de comunicação de massas. Para os adeptos dessa corrente, a redução da diversidade das *media* diminui a possibilidade de escolha dos indivíduos, já que, ao limitar a divergência de opiniões colocadas em debate na esfera pública, padroniza como socialmente aceitos os valores de uma minoria economicamente dominante, além de inviabilizar o pluralismo, condição de existência da democracia.

É possível verificar que tal situação de concentração proprietária ocorre de duas formas. Uma delas concretiza-se quando há, por um único grupo econômico-midiático, produção e distribuição de conteúdos para audiências distintas. Outra ocorre em virtude da integração das plataformas de distribuição de conteúdo – mídias –, situação em que diversos segmentos das *media* – jornais impressos, rádio, televisão, entretenimento, cinema etc. – compartilham as mesmas necessidades tecnológicas e, portanto, dependem de enormes quantidades de recursos financeiros para se tornarem economicamente viáveis. Segundo o mencionado relatório,

[...] essa unificação das fontes de financiamento e de equipamentos pode apresentar perigos de centralização e uniformidade, tanto da propriedade pública quanto privada. Em alguns países, mostrou-se necessário tomar novas medidas rigorosas para prevenir a concentração de poder através da aquisição das empresas de jornais, rádio e televisão por consórcios, particularmente porque existem sinais de mecanismos monopolísticos que são difíceis de identificar com a utilização dos meios atualmente disponibilizados nas leis de antitruste (UNESCO, 1980, p. 106)²⁸⁰.

De acordo com o relatório da UNESCO, o outro posicionamento entende que a análise relativa à concentração proprietária das *media* é, da forma colocada atualmente, simplista e, por isso, teria como resultado o destaque de tantos aspectos negativos para o fenômeno. Para essa corrente, a concentração da propriedade dos meios de comunicação de massas deveria ser analisada tendo-se em vista o volume total de informações disponíveis numa determinada sociedade. Seus adeptos tentam justificar a coerência dessa proposta por meio de supostos casos em que a fusão de empresas midiáticas teria contribuído para a

²⁸⁰ No original: “[...] this unification at the level of financing and equipment can present dangers of centralization and uniformity under public as well as private ownership. In some countries it has proved necessary to take new rigorous measures to prevent a concentration of power through the acquisition of press, radio and television enterprises by consortia, particularly because there are signs of monopolistic mechanisms which are difficult to identify with the means presently available under anti-trust laws”.

abundância e diversidade informativa. O relatório da UNESCO, inclusive, concorda com o argumento, oriundo dessa corrente, segundo o qual o elevado número de *media* não teria como resultado obrigatório o aumento da diversidade de opiniões colocadas na esfera pública²⁸¹ e que o suposto incremento da rentabilidade, através do aumento da eficiência, permitiria a majoração dos investimentos dessas empresas na obtenção de informações diversas (UNESCO, 1980, p. 106).

No entanto, C. Edwin Baker (2007, p. 54) entende que esse tipo de fundamentação segue as mesmas linhas traçadas pelo economista Benjamin Compaine, defensor da concentração da propriedade midiática que utiliza a conhecida *Chicago School economic approach to antitrust*. Numa breve síntese²⁸², essa doutrina substitui os aspectos sociais e políticos do problema por índices de eficiência econômica, situação que lhe permite apenas realizar medidas economicistas da concentração proprietária dos meios de comunicação de massas e chegar à conclusão – para Baker (2007, p. 80), questionável – de que os atuais mecanismos de antitruste são adequados para solucionar o problema. Trata-se, pois, de uma análise que pode ser compatível com a distribuição de produtos “tradicionais” – *the provision of commodities to consumers* –, mas que se torna inadequada por ignorar que o produto midiático é, essencialmente, diferente – *noncommodified values* –, demandando a análise de aspectos estruturais relativos à distribuição democrática do poder comunicativo – *democratic distribution of communicative power* (BAKER, 2007, p. 74). Essa compreensão utiliza o índice *Herfindahl-Hirschman*²⁸³ – HHI – para demonstrar que não existe concentração proprietária nas *media*. O problema, contudo, é que a fórmula em questão leva em consideração apenas o poder de determinar o preço em condições de baixa concorrência –

²⁸¹ Isso não significa, contudo, que a desconcentração proprietária seja negativa, mas apenas que não é o único elemento a ser considerado na elaboração de políticas regulamentadoras cujo objetivo seja concretização da liberdade de expressão. Sobre isso, C. Edwin Baker (2007, p. 12) explica que “specifically, dispersal is more likely than more concentrated ownership to lead to more diversity of ownership that is more likely to generate this experience of inclusion. Although maximum dispersal does not guarantee that result, its probable contribution to both the reality and experience of broad inclusion provides a strong, I suggest possibly the single most important, reason to favor such dispersal”.

²⁸² Para maior detalhamento dos argumentos de Compaine e da *Chicago School economic approach to antitrust*, remete-se à leitura de C. Edwin Baker (2007, p. 56-76).

²⁸³ Sobre o HHI, Baker (2007, p. 58) explica que “the index measures concentration by squaring each firm’s percentage market share (expressed as a whole number) and then adding the squares. The procedure creates possible results ranging from 10,000 to just above zero. Thus, two firms each controlling 50 percent would generate an HHI of 5,000 (2×50^2) and ten firms each controlling 10 percent would generate a score of 1,000 (10×10^2). But if one of the ten firms had an 82 percent share and the other nine each had a 2 percent share, the HHI would be 6,760 ($82^2 + 9 \times 2^2$)”.

power over price – e ignora aspectos políticos e sociais inerentes aos meios de comunicação de massas, que, como referido no início deste trecho do trabalho, constituem um tipo especial de negócio.

Além disso, Baker considera que essa perspectiva é simplista, visto que avalia a indústria midiática como um todo e ignora distinções extremamente importantes, como o fato de que existem diversos tipos de empresas envolvidas na produção e distribuição de conteúdo e, portanto, responsáveis por “produtos” de diferente natureza. Sob esse enfoque, considerando que os veículos de comunicação possuem “[...] algum poder sobre o conteúdo, ainda que não tenham poder sobre o preço, até mesmo uma fusão que não crie poder sobre o preço, inevitavelmente, gera uma nova empresa que possui maior poder sobre a escolha do consumidor do que cada firma possuía antes da fusão” (BAKER, 2007 p. 69)²⁸⁴.

O *diversity index* – DI –, utilizado pela *Federal Communications Commission* – FCC –, nos EUA²⁸⁵, para medir a diversidade de conteúdo produzido pelas *media*, é tão problemático quanto o HHI, especialmente porque este é a base daquele. O índice utilizado pela FCC “[...] representa a errônea, mas cada vez mais comum, crença empirista de que fatores quantificáveis podem responder a questões normativas – e fazem isso mesmo sem nenhuma explicação coerente sobre como os fatos quantificáveis relacionam-se com a questão normativa” (BAKER, 2007, p. 77)²⁸⁶. Podem ser destacados três problemas principais nessa análise: a equiparação entre diferentes tipos de *media*; o tratamento igual para empresas em situações completamente distintas e a incorporação de uma concepção equivocada a respeito do valor da diversidade proprietária dos meios de comunicação de massas, já que adota uma postura próxima àquela do “mercado de ideias”, presente no modelo liberal clássico²⁸⁷.

²⁸⁴ No original: “[...] some power over content even when they have no power over price, even a merger that creates no power over price inevitably creates a new firm that has greater power over consumer choice than either firm had previously”.

²⁸⁵ É relevante demonstrar a problemática do DI, uma vez que, embora o índice da FCC seja válido apenas nos EUA, esse tipo de raciocínio é comum às diversas análises a respeito da concentração proprietária das *media*.

²⁸⁶ No original: “[...] represents a misguided but increasingly common empiricist belief that quantifiable facts can give answers to normative questions – and can do so without any coherent explanation for how the quantified facts even relate to the normative questions”.

²⁸⁷ Assim como o HHI, o DI considera iguais empresas que possuem atividades evidentemente distintas, como internet, televisão, rádio, revistas, impressos diários, hebdomadários etc. Além disso, o referido índice dá igual importância a produtos com participação e penetração diferentes, como, no exemplo de Baker, aos jornais impressos na Kansas City metropolitan area: enquanto a FCC lista a existência de seis desses tipos de *media* atuando em toda a região, o que ocorre, na realidade, é que apenas um periódico, com 87% do mercado, está disponível na maior cidade, Kansas City; os outros cinco dividem o restante da participação e têm circulação restrita às pequenas e distantes cidades que integram a região metropolitana. Apesar disso, o DI trata igualmente o Kansas City Star, com

Podem ser adicionados a essa análise três problemas de natureza estrutural a respeito da concentração proprietária dos meios de comunicação de massas: a vulnerabilidade às pressões externas, as distorções internas dos conglomerados midiáticos e as situações de propriedade cruzada das várias *media*. O primeiro está relacionado à diversidade dos negócios que compõem um conglomerado midiático ou à profundidade da sua associação com o Estado, situações que podem sujeitar as *media* às pressões externas. Sob essa ótica, “quanto mais separados forem os negócios do conglomerado, mais pontos de pressão potencialmente vulneráveis terá” (BAKER, 2007, p. 37)²⁸⁸. Também empresas que têm como enfoque apenas as atividades midiáticas – *pure media conglomerates* – estão sujeitas a esse tipo de vulnerabilidade em virtude dos anúncios publicitários que veiculam. O poder econômico dos grupos externos de *marketing* são “[...] frequentemente capazes de impor pressão em um elemento dos conglomerados midiáticos, tanto com o intuito de obter uma resposta desejada como para punir [no caso de não observância]” (BAKER, 2007, p. 38)²⁸⁹, o que pode gerar a, ainda mais perigosa, autocensura inconsciente por parte dos profissionais das *media*²⁹⁰.

O segundo problema, ainda que esteja frequentemente associado aos anteriores, é de origem interna. Trata-se da situação em que ocorre distorção voluntária por parte das *media*, sem pressões externas aparentes, de modo que é possível concluir que a liberdade crítica dos seus profissionais é inversamente proporcional à magnitude econômica da empresa em que trabalham²⁹¹. Dessarte, “[...] em qualquer situação, frequentemente os conglomerados com

circulação diária de 271.500 exemplares no coração da metrópole, e o Daily News, com tiragem de 2.000 exemplares e circulação numa pequena cidade 68 km distante de Kansas City (BAKER, 2007, p. 78-79).

²⁸⁸ No original: “The more separate businesses in which the conglomerate engages, the more potentially vulnerable pressure points it will have”.

²⁸⁹ No original: “[...] often able to impose pressure on one element of the media conglomerate in order to get a desired response from, or to punish, another part”.

²⁹⁰ Para diversos exemplos dessa interferência, veja-se Baker (2007, p. 38-39). Interessante, todavia, um dos casos reportados pelo autor, em que uma empresa farmacêutica, inconformada com uma série de publicações do jornal New York Times – NYT – sobre escândalos envolvendo medicamentos de uso controlado, ameaçou retaliar o periódico. Entretanto, como a indústria farmacêutica não utilizava jornais para divulgar seus produtos, ameaçaram suspender todos os anúncios em uma série de revistas médicas editadas pelo conglomerado do NYT. A solução encontrada pelo grupo midiático foi peculiar e corajosa: não só publicou as reportagens no jornal, como também vendeu a revista para outro editor, livrando-se, assim, daquele ponto de pressão.

²⁹¹ Como exemplo dessa situação, Baker (2007, p. 40) menciona a promessa de apoio do jornal New York Post feita pelo seu proprietário, Rupert Murdoch, a Jimmy Carter, durante a campanha presidencial estadunidense de 1976, e explica que a utilização das *media* para obtenção de vantagens políticas e econômicas é considerada, por alguns, como parte integrante desse tipo de negócio – business as usual.

atuação empresarial dentro e fora das *media* possuem oportunidades jornalísticas e incentivos econômicos para moldar o conteúdo das *media* com a finalidade de servir aos seus interesses corporativos” (BAKER, 2007, p. 40)²⁹². Nesse contexto, os conflitos de interesses permitem a corrupção das atividades jornalística e informativa com a única finalidade de proporcionar-lhes potencial econômico, já que tais conflitos “[...] automaticamente distanciam a empresa do ideal de que os incentivos econômicos alinham-se ao exercício adequado da função das *media* de servir à sua audiência pública” (BAKER, 2007, p. 40)²⁹³.

Não se trata, aqui, de demonizar pessoas ou conglomerados, mas de explicitar que “[...] a propriedade conglomerada [das *media*], em virtude da sua própria estrutura, cria vulnerabilidades econômicas às pressões externas e incentiva a barganha entre a integridade jornalística e os outros interesses econômicos do conglomerado” (BAKER, 2007, p. 41)²⁹⁴. As soluções para o problema²⁹⁵ envolvem duas frentes: a resistência dos profissionais e a diminuição das estruturas que incentivem a distorção e a corrupção do conteúdo. Quanto à primeira, Baker acredita que ela já ocorre e atribui o mérito aos profissionais da comunicação social, que, mesmo em situações difíceis, adotam posturas “heroicas” – *heroic professional stands*. A segunda solução envolve a redução do poder econômico dos conglomerados midiáticos e a estruturação de mecanismos que garantam maior autonomia em relação às interferências dos anunciantes. Seja isso possível ou não, além de inibir fusões, a legislação deve impedir a propriedade de empresas midiáticas por grupos que atuem economicamente em outros setores.

O terceiro e último problema trazido por Baker é o pensamento economicista, típico das grandes empresas, que busca a maximização do lucro, mesmo que isso signifique a diminuição das “externalidades positivas”, ou seja, dos benefícios sociais trazidos pelas *media*. Pode-se considerar, sob essa perspectiva, que as ações com a finalidade de promover a concentração de empresas midiáticas são, na grande maioria dos casos, “[...] indesejáveis, porque, comumente, criam novas oportunidades lucrativas de eliminação dos gastos

²⁹² No original: “In any event, often conglomerate entities engaged in both media and nonmedia businesses have journalistic opportunities and economic incentives to mold media content to serve the firm’s overall corporate interests”.

²⁹³ No original: “[...] automatically, structurally moves the firm away from an ideal of where economic incentives align with the media’s proper mandate to serve its public audience”.

²⁹⁴ No original: “[...] conglomerate ownership structurally creates economic vulnerability to outside pressure and creates internal incentives to trade journalistic integrity for the conglomerate’s other economic interests”.

²⁹⁵ No item 3.3, serão analisadas, com maior profundidade, as possíveis soluções para os problemas envolvendo a concentração proprietária das *media* e sua associação aos poderes político e econômico.

socialmente desejáveis. Na realidade, a esperança de criar essas infelizes oportunidades de lucro é o maior motivo pelo qual as empresas buscam a fusão” (BAKER, 2007, p. 42)²⁹⁶.

As fusões de empresas relacionadas às *media* são comumente justificadas através de argumentos de eficiência econômica que sustentam que essas ações seriam capazes de criar “sinergias” positivas, pois, supostamente, possibilitariam a redução dos custos através da diminuição de pessoal necessário. Por meio da propriedade cruzada, ou seja, da concentração de diversas empresas ligadas ao jornalismo, cinema e entretenimento, os grupos midiáticos utilizam o poder de um veículo de comunicação para impulsionar o sucesso do outro²⁹⁷.

Ao contrário do que uma perspectiva econômica simplista poderia supor, nem toda redução de custos financeiros significa aumento de eficiência, seja do ponto de vista econômico ou social. Essas posições, além de colocarem em risco as “externalidades positivas”, ou seja, a diversidade de informações e compreensões alternativas sobre fatos publicamente relevantes, introduzem novas “externalidades negativas”, representadas pela perda de qualidade do conteúdo das *media* e da democracia de maneira geral (BAKER, 2007, p. 43-47).

3.2 PROCESSO DESCONSTITUINTE E PODERES SELVAGENS MIDIÁTICOS

3.2.1 Processo desconstituinte

As denúncias são generalizadas, mas, já no ano de 1978, Norberto Bobbio criticava a ampla desconsideração popular pela constituição. Para ele, o respeito formal à carta magna, apesar de ser condição fundamental da democracia, não ocorria na Itália daqueles tempos e, pelo título do presente fragmento, percebe-se que essa situação não foi modificada. Sob tal aspecto, ainda que as constituições não sejam intocáveis, é necessário ressaltar “[...] o fato de que deve defender-se dos retoques que a deturpam, [uma vez que] retocá-la ou emendá-la serve de pouca coisa, se, por detrás da fachada, os padrões da casa forem sempre os mesmos” (BOBBIO, 1999, p. 190).

²⁹⁶ No original: “[...] mergers are often undesirable because they often create new profitable opportunities to eliminate socially desirable expenditures. In fact, the hope of creating these unfortunate opportunities for profit is a major reason why firms seek to merge”.

²⁹⁷ Veja-se, nesse sentido, as situações em que um determinado produto literário – por exemplo, uma obra de ficção infanto-juvenil – transforma-se em filme que, por sua vez, passa a ser amplamente divulgado em revistas, jornais impressos, televisão e internet – todos esses veículos pertencentes ao mesmo grupo midiático. Através disso, um produto que era somente um livro de entretenimento de qualidade discutível, transforma-se, por meio do “campo de distorção da realidade”, numa “hype”, para utilizar duas expressões frequentes nas *media*.

O processo desconstituinte – *processo decostituente* –, nas palavras de Luigi Ferrajoli (2005a, 2005b, 2010, 2011), é o fenômeno de desconstitucionalização do sistema jurídico-político, ou seja, do esvaziamento do núcleo fundamental de uma constituição. Essa situação se manifesta

[...] na construção de um regime antiliberal baseado no consenso ou, pelo menos, na aquiescência passiva de uma parte relevante da sociedade italiana a uma ampla série de violações da letra e do espírito da constituição [...] e do próprio constitucionalismo, ou seja, dos limites e dos vínculos constitucionais impostos às instituições representativas [...] na progressiva transformação do nosso sistema político em uma forma de democracia plebiscitária (FERRAJOLI, 2011a, p. 21)²⁹⁸.

Fruto da ação dos poderes selvagens²⁹⁹, a desconstitucionalização da democracia coloca em risco os direitos e garantias fundamentais ínsitos ao constitucionalismo contemporâneo. Dois processos paralelos concorrem para o fenômeno. O primeiro, de caráter institucional, está relacionado ao sistema político e aos sucessivos ataques ao modelo democrático representativo. Isso ocorre através da explícita pretensão da onipotência da maioria e da neutralização do núcleo da democracia constitucional, ou seja, do sistema de regras, separações, contrapesos, garantias e funções de garantia. A ideia que seus fatores tentam difundir é a de que o consenso popular, não importa a qual custo seja obtido, é a única fonte de legitimação do poder e, portanto, é capaz de justificar qualquer abuso e silenciar todas as opiniões dissidentes, situação que, claramente, viola o princípio da igualdade e toda a estrutura dos direitos fundamentais. Como resultado,

[...] a construção teórica da democracia constitucional é profundamente prejudicada: porque não se suporta o pluralismo político e constitucional; pela desvalorização das regras; pelos ataques à separação dos poderes, às instituições de garantia, à oposição parlamentar, à crítica e à imprensa livre; finalmente, pela rejeição do paradigma do Estado constitucional de direito como sistema de vínculos legais impostos a qualquer poder (FERRAJOLI, 2011a, 21-22)³⁰⁰.

²⁹⁸ No original: “[...] en la construcción de un régimen antiliberal basado en el consenso o, cuando menos, en la aquiescencia pasiva de una parte relevante de la sociedad italiana a una amplia serie de violaciones de la letra y el espíritu de la Constitución [...] del propio constitucionalismo, es decir, de los límites y los vínculos constitucionales impuestos a las instituciones representativas [...] la progresiva transformación de hecho de nuestro sistema político en una forma de democracia plebiscitaria [...]”.

²⁹⁹ Maiores detalhes sobre os poderes selvagens serão vistos no item 3.2.2.

³⁰⁰ No original: “[...] el edificio de la democracia constitucional resulta minado de raíz en su totalidad: porque no se soporta el pluralismo político y constitucional; por la desvalorización de las reglas; por

Apesar da utilização, pelo menos aparente, de outra nomenclatura, o aspecto institucional do processo desconstituinte é compatível com aquilo que José Luis Bolzan de Moraes (2002, p. 46-50) e Lenio Luiz Streck (2004, p. 66) denominam crise constitucional – institucional – do Estado. Para Bolzan de Moraes, esse aspecto da crise estatal é caracterizado pelo processo de fragilização da constituição, através da sua transformação em programa de governo, da “colonização” econômica da política e da tentativa de considerar a carta magna como um instrumento impeditivo do desenvolvimento econômico. O ponto de encontro entre os dois autores está no entendimento de que a crise do Estado de direito o transforma em

[...] agências políticas, em um sistema complexo dos níveis mundiais aos locais, mantendo sua centralidade tão somente em face de sua relação com o território e a população. Em vez de uma ordem soberanamente produzida, o que se passa a ter é uma ordem crescentemente recebida dos agentes econômicos, onde a globalização econômica está substituindo a política pelo mercado, como instância privilegiada de regulação social, fazendo surgir um pluralismo político marcado pela desinstitucionalização do Direito, que açambarca cada vez mais espaços – *lex mercatoria*, direito marginal, etc. – ou a *pax americana* imposta pelas possibilidades militarizadas de definir os rumos da política em alguns locais do planeta (STRECK, 2004, p. 66).

Em virtude da desregulamentação e da desinstitucionalização de direitos fundamentais, o constitucionalismo passa a sofrer com a existência de elementos desestabilizadores do Estado. Essa crise estatal – e, portanto, constitucional – surge como processo de desconstitucionalização (BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 47) promovido tanto por fatores internos – veja-se, por exemplo, o problema do descompasso entre as promessas constitucionais e a concretização de direitos fundamentais –, quanto externos – como o exercício dos poderes econômicos e políticos que, através da desregulamentação, intentam a eliminação dos “obstáculos” ao seu “pleno” desenvolvimento: os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos (STRECK, 2011b, p. 71). Por meio desse fenômeno, os interesses privados transformam-se em único critério legitimador de toda a política, reinaugurando a supremacia do mais forte (FERRAJOLI, 2010).

O segundo processo tem lugar no plano social e cultural, “[...] com a eliminação dos valores constitucionais das consciências de grande parte do eleitorado: pela indiferença, pela

los ataques a la separación de poderes, a las instituciones de garantía, a la oposición parlamentaria, a la crítica y a la prensa libre; en definitiva, por el rechazo del paradigma del estado constitucional de derecho como sistema de vínculos legales impuestos a cualquier poder”.

falta de sentido cívico e pela mudança da própria concepção de democracia no imaginário coletivo” (FERRAJOLI, 2011a, p. 22)³⁰¹. Para o referido autor, o senso comum incorpora essa apatia política e antidemocrática através dos entendimentos, bastante difundidos³⁰², de que a constituição estabelece vínculos ilegítimos e que, por ser “velha e ultrapassada”, constitui um grande empecilho à tomada de atitudes “corretas”, capazes de resolver todos os problemas da nação (FERRAJOLI, 2010).

Com essa perspectiva, Ferrajoli defende que a opinião pública, anestesiada pelas *media* e centrada apenas nos próprios interesses de natureza imediatista, renuncia à liberdade política, de modo que “[...] a desinformação, a passividade, a apatia e a indiferença política, resultante da renúncia e da dificuldade colocada ao exercício de tal liberdade, e, portanto, da sua inefetividade, são fatores de enfraquecimento e decadência da democracia” (2007b, p. 337)³⁰³.

No prefácio da tradução espanhola de “Poderes Salvajes”, Perfecto Ibáñez sintetiza esse problema

[...] bem diagnosticado de autêntico processo ‘desconstituente’, como esvaziamento da democracia política, cuidadosamente orientado para a simultânea desativação das estruturas constitucionais básicas. Tudo coordenado por uma política cultural muito bem instrumentalizada

³⁰¹ No original: “[...] con la eliminación de los valores constitucionales en las conciencias de una gran parte del electorado: por indiferencia, por falta de sentido cívico o por el cambio de la propia concepción de la democracia en el imaginario colectivo”.

³⁰² De acordo com Luigi Ferrajoli (2000, p. 139-140) “[...] la crisis de la democracia, y precisamente de aquella que muchos de nosotros hemos llamado ‘democracia constitucional’, se expresa hoy no sólo en la presencia de los poderes salvajes hasta aquí mencionados y en la ausencia de garantías que la consienten, sino también en la prevalencia entre la clase política y sobre todo en el sentido común de culturas políticas y proyectos institucionales dirigidos a liberar más que a vincular a los poderes, y por ello a secundarlos en sus naturales aspiraciones absolutistas y a reducir el grado de control y de responsabilidad”. Essa crise do senso comum, de certa forma já preconizada, no ano de 1978, pelas denúncias de Norberto Bobbio, pode ser vista no descaso público da constituição. Observe-se, por exemplo, a matéria do jornalista Humberto Trezzi no jornal “Zero Hora online” do dia 16/06/2012 em que um comissário de polícia civil do estado do Rio Grande do Sul afirma que “sente saudades” da época em que o mandado de busca e apreensão podia ser expedido pelo próprio delegado de polícia. Segundo o comissário, “tínhamos muito mais autonomia. A atividade se burocratizou a partir da Constituição Federal de 1988, quando a polícia passou a ter que pedir quase tudo ao Judiciário para poder trabalhar”. Contudo, talvez ainda mais grave que essa afirmação – vinda de um servidor no último nível de promoção da carreira de agente de polícia e, geralmente, a primeira autoridade pública que o indivíduo, vítima ou suspeito, tem contato em momentos de extrema fragilidade psíquica – é a falta de espanto por ela provocada.

³⁰³ No original: “[...] la disinformazione, la passivizzazione, l’apatia e l’indifferenza politica risultanti dalla rinuncia o dalle difficoltà frapposte all’esercizio di tali libertà, e perciò dalla loro ineffettività, sono fattori di indebolimento e di deperimento della democrazia”.

mediaticamente, sistematicamente dirigida e, infelizmente, com êxito na degradação e insensibilização da opinião (in FERRAJOLI, 2011a, p. 15)³⁰⁴.

Existem três aspectos caracterizadores daquela “[...] regressão neoabsolutista tanto dos poderes políticos da maioria na esfera do governo como dos poderes econômicos das empresas na esfera de mercado” (FERRAJOLI, 2005b, p. 94)³⁰⁵, ou seja, do processo desconstituinte. O primeiro relaciona-se à crescente irrelevância do parlamento, resultado da personalização e verticalização da representação política. A difusão mundial do modelo presidencialista e do sistema eleitoral majoritário tende a personalizar o poder, facilitando o surgimento de um “governo do homem”. Esse tipo de governo é antidemocrático, pois, conforme o ensinamento de Norberto Bobbio (1997c), a democracia é, por excelência, o governo das leis.

Esse modelo subestima a representação da pluralidade de interesses sociais no debate parlamentar e identifica o chefe do poder executivo como representante máximo de uma suposta vontade popular, o que resulta no enfraquecimento dos partidos políticos como lugar e instrumento de agregação e representação dos diversos interesses sociais conflitantes. Sob tal aspecto, Luigi Ferrajoli afirma que a existência de um chefe carismático do executivo – ou de qualquer poder – é incompatível com a democracia e demonstra a desestruturação das suas dimensões política, representativa e constitucional (2011a, p. 51)³⁰⁶.

Logo, está-se frente a um retrocesso da democracia política, visto ser impossível que qualquer concentração de poder seja capaz de representar a vontade política de uma nação, situação que já podia ser vista no debate entre Hans Kelsen (1881-1973) e Carl Schmitt (1888-1985), em que aquele afirmou ser inaceitável qualquer hipótese que admitisse a

³⁰⁴ No original: “[...] bien diagnosticado de auténtico proceso «deconstituyente», como cifrado en el vaciamiento de la democracia política y reflexivamente orientado a la simultánea desactivación de las estructuras constitucionales básicas. Todo sobrevolado por una política cultural, mediáticamente muy bien instrumentada, dirigida de forma sistemática y -¡ay!- con éxito al envilecimiento y la insensibilización de la opinión”.

³⁰⁵ No original: “[...] regressione neo-assolutistica così dei poteri politici della maggioranza nella sfera del governo come dei poteri economici delle imprese nella sfera del mercato”.

³⁰⁶ É necessário deixar claro que, apesar de Ferrajoli, em alguns momentos, referir-se ao modelo berlusconiano, as críticas relativas à personalização e verticalização da representação política são plenamente aplicáveis a outros lugares do mundo. Não é por outra razão que o referido autor ressalta que essa situação “non è un fenomeno soltanto italiano. In quasi tutti i paesi di democrazia avanzata abbiamo assistito in questi anni a un rafforzamento degli esecutivi e a una correlativa esautorazione dei parlamenti. Dagli Stati Uniti all’Inghilterra, dalla Spagna alla Francia e alla Russia, la rappresentanza politica, grazie anche alla diffusione del modello presidenzialista o di sistemi elettorali di tipo maggioritario, tende sempre più a identificarsi con la persona del capo dello Stato o del governo” (FERRAJOLI, 2005b, p. 94).

existência de uma vontade popular orgânica, que, para ele, servia somente para “[...] mascarar o efetivo, radical contraste de interesses que se expressa na realidade dos partidos políticos, e mais importante ainda, na realidade do conflito de classes que está por trás destes” (KELSEN, 2007, p. 281).

O segundo aspecto caracterizador do processo de desconstitucionalização da democracia é a progressiva confusão e a concentração de poderes que, muito além da clássica teoria tripartite, violam um dos fundamentos da democracia: a separação entre a esfera pública, sintetizada, aqui, pela liberdade de expressão, e esfera privada, neste trabalho, relacionada ao poder econômico dos proprietários dos meios de comunicação de massas. Em suma, essa confusão entre poderes e interesses ocorre em virtude “[...] da afirmação do primado do mercado sobre a esfera pública, da consequente subordinação dos poderes de governo aos grandes poderes e interesses econômicos privados e da estreita aliança entre poderes políticos e poderes midiáticos” (FERRAJOLI, 2005b, p. 95)³⁰⁷.

Não se trata apenas da subordinação dos interesses públicos aos privados, mas de uma situação patológica que esvazia a democracia representativa e mina o pluralismo de fontes de informação, pressuposto do regime democrático. Essas violações, facilitadas pela ausência de limites e pelo processo de dismantelamento dos direitos fundamentais, transformam a democracia constitucional através de “[...] duas formas convergentes de absolutismo: o absolutismo da maioria e o absolutismo do mercado; a onipotência dos poderes políticos majoritários e a ausência de regras e controles sobre os poderes econômicos” (FERRAJOLI, 2005b, p. 95-96)³⁰⁸.

O terceiro e último aspecto do processo desconstituinte, consequência imediata do segundo, é o rebaixamento da esfera pública, da legalidade e da constitucionalidade, bem como a desvalorização do Estado de direito como sistema de limites e vínculos impostos aos poderes. “Verticalização, concentração, confusão e vocação absolutista dos poderes públicos e privados equivalem, de fato, à hodierna versão do ‘governo dos homens’ em vez do ‘governo das leis’” (FERRAJOLI, 2005b, p. 96)³⁰⁹. Essa situação pode ser verificada pela

³⁰⁷ No original: “[...] dall’affermazione del primato del mercato sulla sfera pubblica, dalla conseguente subordinazione dei poteri di governo ai grandi poteri e interessi economici privati e dalla stretta alleanza tra poteri politici e poteri mediatici”.

³⁰⁸ No original: “[...] in due forme convergenti di assolutismo: l’assolutismo della maggioranza e l’assolutismo del mercato; l’onnipotenza dei poteri politici maggioritari e l’assenza di regole e controlli sui poteri economici”.

³⁰⁹ No original: “Verticalizzazione, concentrazione, confusione e vocazione assolutistica dei poteri pubblici e privati equivalgono infatti all’odierna, nuova versione del ‘governo degli uomini’ in luogo del ‘governo delle leggi’”.

crescente erosão da esfera pública como conjunto de funções e instituições submetidas ao controle material dos direitos fundamentais, o que resulta na dilapidação, através da privatização e da confusão com os direitos patrimoniais, dos direitos fundamentais e, portanto, de toda a estrutura do Estado democrático de direito.

3.2.2 Poderes selvagens

A selvageria, segundo Luigi Ferrajoli (1995, 1998, 2000, 2007a, 2007b, 2011), é, na realidade, a natureza de todo poder, cujo exercício tende sempre à ausência de limites, situação incompatível com o Estado democrático de direito. Esse modelo está fundamentado numa derivação do pensamento kantiano, segundo o qual os homens, através do contrato original, teriam renunciado a uma parte da sua liberdade externa com o intuito de assumi-la enquanto membros da coisa pública. Entretanto, isso não significa que o ser humano, dentro do Estado, tenha sacrificado parte da sua liberdade em favor de um fim, mas, pelo contrário, que o homem abdica “[...] inteiramente à sua liberdade selvagem e sem lei para se ver com sua liberdade toda não reduzida numa dependência às leis, ou seja, numa condição jurídica, uma vez que essa dependência surge de sua própria vontade legisladora” (KANT, 2003, p. 158).

A partir do pensamentos kantiano e hobbesiano, Ferrajoli argumenta que existe uma relação de completa oposição entre o direito e o exercício do poder, que, por conservar sempre sua natureza selvagem, está em permanente tensão com as limitações jurídicas (FERRAJOLI, 2000, p. 121). Esse fenômeno de manifestação selvagem do poder ocorre naquelas áreas da vida em que o direito não se desenvolveu como instrumento de preservação contra o arbítrio – nos âmbitos das vidas privadas dos indivíduos e nas relações internacionais entre os Estados. Nessas esferas infra e suprajurídicas, articulam-se os extralegais ou ilegais micro e macropoderes selvagens e, contra eles, “[...] não se coloca nenhum problema de obediência, nem política nem jurídica. Eles são poderes de fato, cuja simples existência demonstra, algumas vezes, a prevalência da força sobre o direito” (FERRAJOLI, 1995, p. 933)³¹⁰.

Dessarte, o direito surge como instrumento de limitação e minimização do exercício

³¹⁰ No original: “[...] no se plantea ningún problema de obediencia, ni política ni jurídica. Estos son poderes de hecho, cuya sola existencia testimonia en ocasiones la prevalencia de la fuerza sobre el derecho”.

dos poderes selvagens³¹¹, sendo, assim, a negação da lei do mais forte. Nessa perspectiva, é possível concluir que o direito moderno se desenvolveu como forma de minimizar o arbítrio dos detentores de poder, fato que adquire especial relevância na análise do processo desconstituente, que, como visto no item anterior, busca a liberação para que os poderes políticos e econômicos sejam exercidos sem os limites e vínculos impostos pelos direitos fundamentais.

Os poderes selvagens, também denominados “poderes incivis”, são classificados, por Luigi Ferrajoli, em quatro tipos principais, resultado de duas distinções básicas. A primeira fundamenta-se na legalidade e, uma vez que não existem “poderes selvagens constitucionais”, a dualidade é estabelecida entre os “poderes selvagens ilegais” – extrajurídicos por violarem o direito – e os “poderes selvagens extralegais” – extrajurídicos por não possuírem regulamentação. A segunda distinção diz respeito à natureza do poder: ela será pública – quando o poder for exercido pelo Estado – ou privada – quando pelos indivíduos. Dessa maneira, obtêm-se, por combinação, quatro tipos de poderes selvagens: poderes privados ilegais; poderes públicos ilegais; poderes privados extralegais; poderes públicos extralegais (FERRAJOLI, 2000, p. 126-130).

Os poderes selvagens privados ilegais correspondem àqueles exercidos pelas organizações criminosas, como, por exemplo, os grupos terroristas ou de narcotráfico, que se desenvolvem tanto no plano nacional quanto internacional. Os poderes selvagens públicos ilegais são aqueles que surgem dentro das instituições estatais e incluem, especialmente, as organizações secretas³¹². Formam um Estado paralelo, com distinta estrutura de organização, de modo que estão em “[...] contraste com todos os princípios da democracia; desde o princípio da legalidade aos princípios da publicidade e transparência, da representatividade até ao da responsabilidade política e do controle parlamentar e popular sobre o exercício dos poderes públicos” (FERRAJOLI, 2000, p. 128)³¹³.

Os poderes selvagens privados extralegais englobam tanto os micropoderes exercidos

³¹¹ Para mais informações sobre o garantismo, remete-se à leitura do item 1.2 deste trabalho.

³¹² Veja-se, por exemplo, o caso da “Operation Snow White”, desbancada na década de 1970, que ficou conhecida quando um grupo de uma famosa seita religiosa estadunidense – cientologia –, denominado “Guardian’s Office”, infiltrou-se em diversos órgãos da administração dos EUA e, valendo-se de interceptações de comunicações, fraudes e furto de arquivos, formou uma poderosa estrutura cujo intuito era controlar os registros oficiais sobre a seita. Para maiores informações, remete-se ao caso *United States v. Mary Sue Hubbard et al*, 493 F. Supp. 209 (D.D.C 1979).

³¹³ No original: “[...] contraste con todos los principios de la democracia; desde el principio de legalidad a los principios de publicidad y transparencia, del de representatividad al de responsabilidad política y de control parlamentario y popular sobre el ejercicio de los poderes públicos”.

na esfera doméstica como os macropoderes econômicos, que, sem o estabelecimento de limites, desenvolvem sua própria dinâmica e ignoram o sistema jurídico-constitucional vigente. O único princípio legitimador e regulamentador desse tipo de poder, “[...] hoje em franca expansão face às tendências atuais de desmantelamento da esfera pública, é o do livre mercado, ou seja, do mercado desregulado e selvagem, assumido pela atual ideologia liberista como nova *Grundnorm* dos sistemas políticos” (FERRAJOLI, 2000, p. 129)³¹⁴.

A última classe de poderes selvagens dessa tipologia é aquela dos poderes públicos extralegais. De acordo com Ferrajoli, são poderes que, assim como os anteriores, operam em condições de anomia e podem se estabelecer tanto na esfera externa – veja-se, por exemplo, o problema do direito internacional, que, na realidade, acaba se tornando o direito do Estado mais forte – quanto no âmbito interno, como ocorre com a grande discricionariedade atribuída a determinados segmentos do poder público que, em virtude da expansão do Estado social sem o equivalente desenvolvimento de mecanismos de controle e responsabilidade administrativa, passaram a atuar num “vácuo” criado pelo aumento da esfera de ação desregulamentada (FERRAJOLI, 2000, p. 130).

Numa tipologia parcialmente diversa, o mesmo autor distingue esses poderes em outros dois grupos: micro e macropoderes selvagens (FERRAJOLI, 1995, p. 933). Embora essa divisão não se confunda com a anterior, os poderes selvagens por ela caracterizados são, por óbvio, os mesmos, modificando-se apenas os critérios para sua classificação. Tais poderes atuam, de maneira conjunta, por meio da mesma lógica de selvageria e intolerância frente ao direito como sistema de limites, garantias e vínculos. Os poderes ilegais lutam contra a ação jurisdicional; os extralegais, contra a regulamentação, seja ela legislativa ou constitucional.

Os micropoderes selvagens estão relacionados às situações de desigualdade substancial e são convalidados por relações jurídicas que ignoram os direitos fundamentais. Dessarte, são o resultado da “[...] crise simultânea da racionalidade jurídica e política e da capacidade reguladora do direito frente ao crescimento dos poderes selvagens extraestatais que escapam ao seu controle [...]” (FERRAJOLI, 2007a, p. 4)³¹⁵. Surgem quando há exercício extrajurídico dos poderes, seja por atuarem em esferas da vida abandonadas às dinâmicas livres e incontroladas – cujos exemplos são os poderes exercidos pelos pais, maridos, patrões,

³¹⁴ No original: “[...] hoy en gran expansión merced a las actuales tendencias de desmantelamiento de la esfera pública, es el del libre mercado, o sea del mercado desregulado y salvaje, asumido por la actual ideología liberista como nueva Grundnorm de los sistemas políticos”.

³¹⁵ No original: “[...] la crisi simultanea della ragione giuridica e politica e della capacità regolativa del diritto, di fronte alla crescita di poteri selvaggi extra-statali che sfuggono al suo controllo [...]”.

superiores hierárquicos etc. –, seja porque se manifestam informalmente, fora das instituições jurídicas existentes, em esferas menos reguladas da vida civil e econômica. Podem ser classificados como extralegais ou ilegais – exemplificados pelos poderes exercidos nas relações comerciais, nas diversas opressões e sujeições econômicas ou até mesmo nos atos manifestamente criminosos (FERRAJOLI, 1995, p. 933).

Ainda que os poderes jurídicos possam criar situações de desigualdade formal entre os indivíduos³¹⁶, são os extrajurídicos, em virtude da sua tendência absolutista, aqueles que possuem maior potencial para gerar desigualdades materiais. Esse absolutismo dos poderes selvagens perpetua-se mesmo dentro das instituições políticas, através de fórmulas de mera legalidade, ou seja, aquelas que conferem “poderes em branco”³¹⁷ e estabelecem funções ou procedimentos – formais – sem a limitação material do exercício potestativo. A democracia constitucional – com o seu aspecto substancial – é reforçada pela expansão das suas garantias para o maior número de âmbitos em que há exercício do poder, ou seja, pela sua submissão aos limites e vínculos representados pelos direitos fundamentais inscritos nas constituições. Em virtude da confusão entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais e, conseqüentemente, entre instituições e funções públicas e privadas, a concepção “paleoliberal” de Estado preserva ao máximo os âmbitos dos poderes “blindados” contra a intervenção do direito, subtraindo a liberdade do cidadão. Conclui-se, portanto, que o crescimento de poderes sem regulamentação constitui o maior obstáculo à concretização dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 1995, p. 934).

A partir do século XIX, iniciou-se o fenômeno de expansão, dentro das esferas privadas, da proteção dos direitos individuais, como ocorreu, por exemplo, pela limitação do pátrio poder e pelo incremento da legislação trabalhista. Nesse sentido, toda reforma democrática, em cada um desses mundos, ocorreu como resultado da introdução de limites e obrigações legais aos poderes privados, de outro modo absolutos, e mediante a instituição da tutela judicial dos direitos fundamentais ofendidos por aqueles. Entretanto, novas formas de poder se desenvolveram sem que tenha ocorrido equivalente evolução da proteção dos direitos fundamentais, situação que permite atuação selvagem daqueles e a violação destes

³¹⁶ Sobre a relação entre o garantismo e a igualdade, remete-se à leitura do item 1.2.3 deste trabalho.

³¹⁷ Apesar de fugir do escopo desta pesquisa, é possível visualizar a presença de uma das características basilares dos poderes selvagens – a ausência de limites e vínculos no exercício do poder – dentro de determinadas teorias da decisão, que utilizam a constituição como “[...] ‘carta em branco’ para o exercício de voluntarismos interpretativos” (STRECK, 2011b, p. 46) ou como “[...] álibi para qualquer decisão, proferida segundo a subjetividade (vontade) do juiz ou tribunal” (STRECK, 2011b, p. 279). Para aprofundamento sobre o problema do “decisionismo”, remete-se à leitura das obras de Lenio Luiz Streck (2004, 2010, 2011a, 2011b).

(FERRAJOLI, 1995, p. 935).

Para regulamentar essas situações, o modelo paleoliberal demonstrou-se inadequado, já que estabelecia apenas vínculos e limites em relação aos poderes estatais. Atualmente, a proteção dos direitos fundamentais requer, cada vez mais, a limitação do exercício do poder privado, transformando a democratização³¹⁸ – entendida, aqui, como limites e vínculos representados pela garantias constitucionais – num dos passos necessários para a diminuição das arbitrariedades e para a maximização dos direitos fundamentais, em especial da igualdade.

Os macropoderes selvagens englobam aqueles que, na tipologia quaternária, foram delimitados como poderes públicos ilegais e extralegais. São resultados do problema de legitimação da função estatal, pois consistem na violação, pelo ente público, daqueles cuja tutela são sua *raison d'être*: os direitos fundamentais. Tendo isso em consideração, Luigi Ferrajoli não exagera ao afirmar que, embora as ameaças dos poderes privados contra os indivíduos ocorram com maior frequência, as investidas dos Estados contra a vida e a segurança possuem dimensão muito mais devastadora, sendo suficiente lembrar as atrocidades cometidas pelo poder público durante o século XX: genocídio nazista, guerras, armas de destruição em massa, dentre outras. Tal criminalidade estatal pode ser classificada como interna ou externa. A primeira refere-se à violência do Estado contra seus cidadãos. Ainda que, a princípio, possa ser imputada a um determinado indivíduo, esse tipo de criminalidade é sempre “[...] o signo patológico da inefetividade e da impotência do direito interno pela decadência dessa garantia política mínima [...] que reside na fidelidade dos poderes públicos às leis do Estado” (FERRAJOLI, 1995, p. 937).

Em suma, trata-se de uma divergência entre normatividade e efetividade que se torna ainda mais alarmante por conta da criminalidade estatal externa. Por meio de guerras, ameaças nucleares e outras formas de violência entre nações, os Estados contrariam sua própria natureza de ente artificial criado para proteger o ser humano contra a agressão de

³¹⁸ Conforme será visto no item 3.3.3, a expansão da democracia para as relações privadas das empresas de *media* é uma das soluções para os problemas criados pela sua concentração proprietária. Nesse sentido, Norberto Bobbio (1997a, p. 54-55) já advertia: “[...] pode-se dizer que, se hoje se pode falar de processo de democratização, ele consiste não tanto, como erroneamente muitas vezes se diz, na passagem da democracia representativa para a democracia direta quanto na passagem da democracia política em sentido estrito para a democracia social, ou melhor, consiste na extensão do poder ascendente, que até agora havia ocupado quase exclusivamente o campo da grande sociedade política (e das pequenas, minúsculas, em geral politicamente irrelevantes associações voluntárias), para o campo da sociedade civil nas suas várias articulações [...] Em outras palavras, podemos dizer que o que acontece hoje quanto ao desenvolvimento da democracia não pode ser interpretado como a afirmação de um novo tipo de democracia, mas deve ser entendido como a ocupação, pelas formas ainda tradicionais de democracia, como é a democracia representativa, de novos espaços, isto é, de espaços até agora dominados por organizações de tipo hierárquico ou burocrático”.

outros homens e, embora tenha seu desenvolvimento histórico associado à limitação do arbítrio individual, o Estado torna-se, ele próprio, arbitrário (FERRAJOLI, 1995, p. 938-940).

3.2.3 Ação, poderes selvagens e comunicação

Com base na teoria ferrajoliana, é possível afirmar que a expansão dos meios de comunicação de massas eletrônicos revigorou completamente os poderes selvagens, cujo exercício depende da capacidade de interação³¹⁹ dos indivíduos. Partindo do pressuposto de que a comunicação é uma forma de ação com determinado propósito e dentro de um contexto social estruturado, torna-se possível afirmar que as *media* constituem um novo contexto para o exercício do poder, que, por sua própria natureza, se torna selvagem caso não encontre a devida limitação (THOMPSON, 1998, p. 27)³²⁰.

O conjunto de circunstâncias previamente estabelecidas o qual oferece aos indivíduos diferentes inclinações e oportunidades – “campos de interação”³²¹ – possibilita que eles, conforme sua disponibilidade de recursos, ocupem diversas posições em seu interior. Quando algumas delas se tornam relativamente perenes, são transformadas em instituições, ou seja, em um “[...] determinado conjunto de regras, recursos e relações com certo grau de persistência no tempo e certa extensão no espaço, unidas pelo propósito de alcançar objetivos comuns” (THOMPSON, 1998, p. 28)³²². Com efeito, as instituições criam novas posições no interior dos campos e possibilitam distintas formas de organizar as vidas dos seus participantes.

O poder – compreendido aqui como a capacidade de agir com o intuito de obter determinados interesses e propósitos – dos indivíduos está relacionado às posições que ocupam dentro de determinado campo ou instituição. Para alcançar seus objetivos e interesses

³¹⁹ Demonstra-se relevante, ainda que evidente, o fato de que a palavra “interação” é composta pelo prefixo “inter” e o substantivo “ação”, ou seja, é uma ação compartilhada por, no mínimo, dois polos distintos. Entretanto, isso não significa bidirecionalidade, sendo possível considerar a quase interação midiática como uma forma de interação. Para maiores detalhes, remete-se ao item 3.1.1.

³²⁰ O título deste item faz referência à tríade “ação, poder e comunicação”, exposta por John Thompson (1998, p. 27).

³²¹ John Thompson (1998) utiliza vastamente a ideia de “campos”, de Pierre Bourdieu, pelo que se remete à leitura sobre a “dinâmica dos campos” (BOURDIEU, 2002, p. 97-118; 2007, p. 212).

³²² No original: “[...] determinado conjunto de reglas, recursos y relaciones con cierto grado de persistencia en el tiempo y cierta extensión en el espacio, unidas por el propósito de alcanzar ciertos objetivos comunes”.

de maneira efetiva, os homens empregam todos os recursos disponíveis³²³. Sua acumulação também acontece dentro de determinadas estruturas institucionais que se transformam em importantes *loci* para o exercício do poder, o que permite inferir que aqueles indivíduos com posições dominantes em grandes instituições “[...] podem contar com imensos recursos a sua disposição, o que lhes permite tomar decisões e perseguir objetos que têm implicações de amplo alcance” (THOMPSON, 1998, p. 29)³²⁴.

No mesmo sentido das afirmações feitas no decorrer deste trabalho, Thompson ressalta que o poder é um fenômeno social caracterizador de diferentes tipos de ações e encontros, visíveis e invisíveis, não tendo natureza exclusivamente estatal³²⁵. Isso permite concluir que a importância do poder exercido pelo Estado “[...] não deveria nos impedir de analisar o fato de que o poder público político e manifesto constitui somente uma forma de poder um tanto especializada e que os indivíduos comumente exercem o poder em muitos contextos que têm pouco ou nada a ver com o Estado” (THOMPSON, 1998, p. 29)³²⁶.

Ainda que, na realidade, os distintos poderes estejam imbricados uns aos outros, tal situação não diminui a importância analítica da distinção entre poderes econômico, simbólico, político e coercitivo. Mesmo as “instituições paradigmáticas” – aquelas que oferecem condições para acumulação de um determinado tipo de poder – “[...] costumam implicar-se numa complexa mescla de distintos tipos de atividade, recursos e poder, inclusive se estão orientadas, fundamentalmente, para a acumulação de certa classe de recursos e para o

³²³ Ainda que com um outro enfoque – o da fábrica –, José Luis Bolzan de Moraes (1998, p. 31-38) realiza uma abordagem mais aprofundada sobre a utilização das estruturas econômicas para exercício do poder e do controle. Segundo o autor, a produção do conhecimento técnico possibilita, além da acumulação de capital, a concentração do saber e a consequente dominação social. “Neste processo de disciplinarização que se coloca ao lado e em concomitância com o desenvolvimento progressivo – histórico – das formas produtivas, que desemboca no sistema fabril e sua continuidade, tem-se a atuação contemporânea ou sucessiva de vários mecanismos de controle e adestramento [...] a adoção de um panoptismo benthaminiano onde a visibilidade e a vigilância são as características básicas. Ver sem ser visto e sentir-se vigiado, sem saber de onde, como e por quem, foram os princípios gerais desta postura” (BOLZAN DE MORAIS, 1998, p. 33).

³²⁴ No original: “[...] pueden contar con inmensos recursos a su disposición, lo que les permite tomar decisiones y perseguir objetivos que tienen implicaciones de largo alcance”.

³²⁵ Para o debate entre as terminologias diversas e a preferência de Thompson pelo “poder simbólico”, de Pierre Bourdieu, em detrimento das noções de “poder ideológico”, de Michael Mann, e “surveillance”, de Anthony Giddens, remete-se à leitura de John Thompson (1998, p. 30-31).

³²⁶ No original: “[...] importancia de las instituciones estatales no debería impedirnos apreciar el hecho de que el poder público político y manifiesto constituye sólo una forma de poder un tanto especializada, y que los individuos comúnmente ejercen el poder en muchos contextos que tienen poco o nada que ver con el Estado”.

exercício de um certo tipo de poder” (THOMPSON, 1998, p. 30)³²⁷. O exemplo das *media*, neste caso, é bastante ilustrativo: trata-se de uma “instituição paradigmática” que está envolvida, simultaneamente, na acumulação de poderes simbólico, político e econômico³²⁸, sendo, conforme a afirmação de Joshua Meyrowitz (1986, po. 658), poderosas modeladoras da cultura e da consciência.

Nessa divisão quaternária, o poder econômico é caracterizado, tradicionalmente, como aquele que, através do emprego de recursos financeiros, materiais e humanos, produz bens de consumo passíveis de troca no mercado. Sua acumulação, por indivíduos e instituições, tende a buscar, além da própria expansão, o crescimento da atividade produtiva. Nos últimos tempos, as instituições paradigmáticas do poder econômico “[...] aumentaram a escala e a envergadura das suas atividades e adquiriram um caráter mais variado, de modo que a manufatura e, conseqüentemente, a produção industrial, assumiram importância fundamental” (THOMPSON, 1998, p. 31)³²⁹.

O poder político, associado ao Estado, depende tanto do poder coercitivo – aquele que se vale da ameaça e do uso efetivo da força – quanto do poder simbólico – que age por meio da disseminação de formas simbólicas capazes de justificar a legitimidade do seu exercício. Embora estejam comumente associados, poderes político e militar podem ser diferenciados, nas sociedades atuais, em virtude do seu objetivo: enquanto este se ocupa da proteção contra ameaças externas ao Estado, aquele está associado ao controle e pacificação internos. Tal distinção, contudo, é problemática, pois, conforme salienta Thompson, ela “[...] não é definitiva, e existem muitos exemplos na história recente em que o poder militar foi utilizado para sufocar desordens internas” (1998, p. 33)³³⁰.

³²⁷ No original: “[...] acostumbran a implicar una compleja mezcla de distintos tipos de actividad, recursos y poder, incluso si están orientadas fundamentalmente hacia la acumulación de cierta clase de recursos y el ejercicio de un cierto tipo de poder”.

³²⁸ O emblemático caso italiano é duramente criticado em toda a obra de Luigi Ferrajoli. Também sobre o assunto, C. Edwin Baker (2007, p. 18) afirma que “dispersal of ownership structurally prevents what might be called the ‘Berlusconi’ effect. Despite virtually no connection with organized political parties, Silvio Berlusconi, apparently Italy’s richest individual, formed his own party, Forza Italia, and used massive media power – his Mediaset controls about 45 percent of national television along with important print media – to catapult himself into the Prime Minister spot in 1994 and then again in 2001, heading Italy’s longest lasting government since World War II”.

³²⁹ No original: “[...] han aumentado la escala y la envergadura de sus actividades y han adquirido un carácter más variado, con lo que la manufatura y, conseqüentemente, la producción industrial han asumido una importancia fundamental”.

³³⁰ No original: “[...] no es definitiva y existen muchos ejemplos en la historia reciente en los que el poder militar ha sido utilizado para sofocar los desórdenes internos”.

O quarto item dessa tipologia é o poder cultural ou simbólico, definido como a capacidade de interferir nos acontecimentos e influenciar outros indivíduos através da transmissão e produção de formas simbólicas. Por meio de diversas competências e técnicas – ações simbólicas –, os homens encontram-se em constante intercâmbio de signos relevantes. A diferença do conceito de Thompson, fruto da tradição hermenêutica, reside na compreensão de que o exercício desse tipo de poder implica sempre uma regular troca de informações entre as instituições – religiosas, educacionais e midiáticas – e os indivíduos a elas submetidos, ou seja, na fusão de horizontes – *Horizontverschmelzung* – dos participantes³³¹. Em virtude disso, atribui um papel mais ativo – menos fatalista – àqueles envolvidos na construção dos conteúdos simbólicos (THOMPSON, 1998, p. 34-35). A seguinte tabela resume a tipologia thompsoniana:

<i>Formas de poder</i>	<i>Recursos</i>	<i>Instituciones paradigmáticas</i>
<i>Poder económico</i>	<i>Recursos materiales y financieros</i>	<i>Instituciones económicas (por ejemplo, empresas comerciales)</i>
<i>Poder político</i>	<i>Autoridad</i>	<i>Instituciones políticas (por ejemplo, Estados)</i>
<i>Poder coercitivo (especialmente poder militar)</i>	<i>Fuerza física y armada</i>	<i>Instituciones coercitivas (especialmente las militares, pero también a policía, las instituciones penitenciarias, etc.)</i>
<i>Poder simbólico</i>	<i>Medios de información y comunicación</i>	<i>Instituciones culturales (por ejemplo, la Iglesia, escuelas y universidades, las industrias mediáticas, etc.)</i>

Fonte: THOMPSON (1998, p. 35).

A produção, fixação e transmissão de formas simbólicas e, portanto, o exercício do poder simbólico, necessitam de mídias – *technical medium* – que, em virtude da sua diversidade, podem ser analisadas a partir de quatro critérios: capacidade de fixação das

³³¹ Segundo Gadamer (1999, p. 457) “[...] o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Nós conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e de sua relação para consigo mesmos e com suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmo”. Em virtude da impossibilidade de analisar, num parágrafo, a obra de um dos maiores filósofos do século XX, remete-se à leitura integral da obra.

formas simbólicas, reprodutibilidade, separação espaço-temporal, habilidades, competências e conhecimentos necessários para sua utilização.

A fixação das formas simbólicas varia dentre os diversos meios. Ainda que, em alguns casos, não esteja relacionada diretamente ao tipo de mídia utilizada – como ocorre nas conversas orais, que possuem baixa fixação simbólica independentemente de serem fruto de uma interação face a face ou de uma interação midiática –, a regra é que diferentes mídias permitem distintos graus de fixação de formas simbólicas. Sob essa ótica, o desenvolvimento da escrita está relacionado à expansão da atividade econômica, uma vez que, em virtude do seu grau de fixação, permitiu o registro de informações comerciais (THOMPSON, 1998, p. 36-38). No mesmo sentido, conforme demonstrado anteriormente³³², teóricos como Harold Innis (1986, 2008) e Marshall McLuhan (1996) utilizaram esse mesmo critério – o nível de fixação do conteúdo – para analisar o papel das mídias no desenvolvimento do poder.

A capacidade de reprodução das formas simbólicas, segunda característica diferenciadora das diversas mídias, está relacionada à possibilidade de multiplicar cópias de determinado conteúdo. A curva ascendente da reprodutibilidade de formas simbólicas teve três momentos históricos fundamentais: a utilização de grande número de escribas para copiar textos durante a idade média, a invenção da prensa de tipos móveis no ano de 1440 e o surgimento dos computadores na segunda metade do século XX. Assim, o desenvolvimento – e o controle, para fins de proteção dos direitos de propriedade ou *copyright* – desse aspecto esteve amplamente relacionado aos propósitos econômicos, especialmente porque

essa reprodutibilidade das formas simbólicas constitui uma das características-chaves subjacentes à exploração comercial dos meios técnicos de comunicação. As formas simbólicas podem se converter em bens de consumo [...] fomentando maneiras de aumentar e controlar a capacidade de reprodução (THOMPSON, 1998, p. 39)³³³.

Esse desenvolvimento, ao facilitar a produção de cópias, também aumentou o valor de alguns bens simbólicos originais, como obras de arte. Por outro lado, a natureza de determinados bens simbólicos, veja-se o exemplo das músicas e dos livros, permite que original e cópias possuam, aproximadamente, o mesmo valor comercial. Como decorrência,

³³² Item 3.1.1.

³³³ No original: “Esta reproductibilidad de las formas simbólicas constituye una de las características claves que subyace a la explotación comercial de los medios técnicos de comunicación. Las formas simbólicas pueden convertirse en bienes de consumo [...] fomentando maneras de aumentar y controlar la capacidad de reproducción”.

torna-se mais importante a possibilidade de controlar a reprodução e deter sua exclusividade³³⁴ (THOMPSON, 1998, p. 40).

O terceiro traço distintivo das mídias é o nível de separação espaço-temporal proporcionado por elas. Todo processo de intercâmbio informacional exige a separação das formas simbólicas dos seus contextos de produção, ou seja, “[...] implicam em algum grau de separação espaço-temporal, algum grau de movimento através do espaço e do tempo. Contudo, a medida da separação varia enormemente, dependendo das circunstâncias de comunicação e dos tipos de suportes técnicos empregados” (THOMPSON, 1998, p. 41)³³⁵. A utilização de meios técnicos eletrônicos permite maior capacidade de distanciamento espaço-temporal e, como resultado, as novas mídias modificam as condições de exercício do poder, visto que possibilitam o surgimento de novas formas de controlar tanto o espaço quanto o tempo.

O quarto e último aspecto da divisão apresentada é a diferença entre as competências e conhecimentos previamente necessários para participação dos indivíduos nas mídias. Sob esse aspecto, cumpre destacar que o nível dessas exigências são maiores para a produção do que para a recepção de conteúdo simbólico, de modo que, geralmente, aqueles capacitados para produzir o são também para receber, o que não ocorre, obrigatoriamente, no sentido inverso. Em virtude disso, a codificação/decodificação das mensagens depende, em larga medida, dos pressupostos fáticos do receptor. Essa ideia é apoiada pelo entendimento dos adeptos da matriz hermenêutica das teorias sobre as *media*, para quem a comunicação é sempre um processo de compreensão e interação entre emissor e receptor, sendo descabida a proposição de que os destinatários dos produtos midiáticos são indivíduos passivos e indiferenciados (THOMPSON, 1998, p. 43).

Um dos representantes dessa corrente teórica, John Thompson, afirma que se deve evitar a suposição de que os receptores dos produtos midiáticos são seres amorfos e anestesiados pelas *media*, especialmente porque a recepção é um processo hermenêutico. Por conseguinte, a transmissão de formas simbólicas não está, como querem alguns, isenta de

³³⁴ Um dos desafios da indústria midiática, atualmente, é lutar para garantir o monopólio da reprodução dos bens simbólicos contra elevado grau de reprodutibilidade e fixação das formas simbólicas na era da internet. Veja-se, por exemplo, o desenvolvimento de técnicas de DRM – digital rights management –, que permitem o controle da cópia e da distribuição dos bens digitais pelas indústrias fonográfica, editorial e cinematográfica.

³³⁵ No original: “[...] implican algún grado de separación espacio-temporal, algún grado de movimiento a través del espacio y el tiempo. Sin embargo, la medida de la separación varía enormemente, dependiendo de las circunstancias de comunicación y del tipo de soportes técnicos empleados”.

problemas que fogem ao controle do emissor, na medida em que os receptores também estão intrinsecamente implicados na elaboração do conteúdo da mensagem. Compartilhando o mesmo entendimento, Joshua Meyrowitz (1986, po. 377) explica que o indivíduo está sempre inserido num determinado contexto, que, em virtude do desenvolvimento dos meios de comunicação de massas, deixou de ser apenas físico e social, tornando-se informacional – *informational settings*.

Esses contextos sustentam-se por meio de relações de poder consideravelmente estáveis, capazes de diferenciar as formas de acesso proporcionalmente aos recursos acumulados pelas instituições que, atualmente, são organizadas na forma de conglomerados transnacionais concentradores de grande quantidade de poder econômico, político e simbólico. Constituem, portanto, a base para a produção e circulação de conteúdo na esfera pública (THOMPSON, 1998, p. 111).

Os centros de poder simbólico são manifestações que, como todo poder, tendem ao absolutismo. Sem o devido controle, impossibilitam o surgimento de condições propícias ao desenvolvimento de esferas potestativas fora dos conglomerados de *media*, situação que demonstra a natureza centrífuga e selvagem também no exercício dos poderes midiáticos (THOMPSON, 1998, p. 310).

3.3 REFORMULAÇÃO DA INDÚSTRIA MIDIÁTICA

3.3.1 Objetivos do controle proprietário das *media*

As análises apresentadas até agora serviram para demonstrar três ideias basilares: a livre expressão do pensamento é um direito fundamental; a democracia constitucional é o governo da visibilidade e do controle do exercício dos poderes, públicos ou privados e, na atualidade, os meios de comunicação de massas – *media* – são os principais centros de poder simbólico, constituindo importantes atores na formação da esfera pública. Com base nisso, o propósito deste fragmento é demonstrar que a proteção do direito fundamental à livre manifestação do pensamento é pedra angular da democracia constitucional, tornando-se indispensável a elaboração de garantias contra o exercício arbitrário dos poderes associados às *media*.

Com tal propósito também em vista, C. Edwin Baker afirma que, mesmo em desacordo a respeito do melhor conceito de democracia – divergência sintetizada, neste

trabalho, pelo embate entre as concepções puramente formais e a democracia constitucional³³⁶ – ou sobre o papel dos meios de comunicação de massas – aqui simbolizado pelas concepções associadas à escola de Frankfurt e à tradição hermenêutica³³⁷ –, “[...] preocupações democráticas devem ser centrais na formulação de políticas públicas relacionadas à imprensa. A legislação, que, inevitavelmente, estrutura a imprensa como uma instituição, deverá incorporar, de maneira significativa, os valores e ideais democráticos” (BAKER, 2007, p. 5)³³⁸.

O referido autor elenca três razões para justificar sua posição contrária à concentração proprietária das *media*: a necessidade de distribuição democrática do poder comunicativo – ou, na terminologia adotada por John Thompson, do poder simbólico –, a manutenção das salvaguardas democráticas e a preservação da qualidade e da diversidade em contraposição à busca incessante pelo lucro.

Sobre a primeira razão, a necessidade de distribuição democrática do poder simbólico, Baker esclarece que, ao contrário das outras duas justificativas, ela tem um desenvolvimento menos lógico-analítico e mais relacionado ao ideal da igualdade. Assim, entende que um regime democrático deve manter, na maior medida possível, uma distribuição centrífuga do poder³³⁹, e que os indivíduos necessitam ter, pelo menos formalmente, igualdade para expressar as próprias ideias, concepção esta por trás do *one-person/one-vote institutional principle*. Baker enfatiza que a distribuição do poder, apesar do princípio igualitário mencionado, é sempre desigual, o que não impede que aquela compreensão seja aplicada também à esfera pública democrática. Desse modo, “o mesmo valor igualitário, incorporado no igual direito das pessoas ao autogoverno que requer ‘uma pessoa/uma unidade formal de poder político’ aplicada ao voto, também se aplica à esfera pública” (BAKER, 2007, p. 7)³⁴⁰, já que é através dela que os cidadãos legitimam a escolha dos seus representantes.

³³⁶ Itens 2.1 e 2.2.

³³⁷ Itens 2.3 e 3.1.

³³⁸ No original: “[...] democratic concerns should be central in formulating legal policy relating to the press. Legal rules that inevitably structure the press as an institution should embody, to a substantial degree, democratic values or ideals”.

³³⁹ Sobre o assunto, remete-se à leitura da relação entre democracia e pluralismo no item 2.1.3.

³⁴⁰ No original: “The same egalitarian value that is embodied in people’s equal right to be self-governing and that requires ‘one-person/one-unit-of-formal-political-power’ applied to the ballot box also applies to the public sphere”.

Os meios de comunicação de massas possuem papel primordial na esfera pública, de modo que Baker concorda com a ideia de que eles contribuem, de maneira crucial, para a formação da opinião pública e, portanto, para a tomada de decisões políticas. Indo um pouco mais longe, argumenta que as *media* possuem similaridades com o próprio sistema eleitoral, pois funcionam como mediadoras entre a sociedade e o ente estatal. Nesse aspecto, considera possível mensurar o grau de democracia de uma nação em razão dos níveis de igualdade e pluralismo político não só nas eleições, mas também dentro das *media* (BAKER, 2007, p. 7).

A maneira mais simples e efetiva de distribuir igualmente o controle do poder simbólico é através da difusão proprietária das *media*, especialmente porque o sentido mais fundamental da democracia é a ampla dispersão do poder, alcançada através da igualdade material na oportunidade de expressar opiniões. Essa característica é denominada “princípio da distribuição democrática do poder comunicativo” – *democratic distribution principle for communicative power* – e, aplicada às *media*, significa a necessidade de, dentre outros³⁴¹ requisitos, existência de pluralismo proprietário. Dessarte, Baker defende que tal “princípio” é, sob uma perspectiva pluralista da democracia, sempre uma justificativa adequada, ainda que não seja a única forma de oposição à concentração proprietária dos meios de comunicação de massas (BAKER, 2007, p. 8-9).

Essa concepção não significa, contudo, que cada indivíduo deva possuir uma empresa midiática. A completa igualdade no exercício do poder simbólico, além de impossível, é pouco desejável. Isso pode ser comprovado na experiência social, que demonstra a necessidade, pelas pessoas, de outras mais capacitadas para formarem suas opiniões. Tal situação pode ser ilustrada pelo exemplo de um encontro entre indivíduos – em um contexto de interações face a face – quando, naturalmente, alguns poucos são escolhidos – por critérios de talento, idade, sabedoria etc. – como interlocutores, enquanto outros permanecem como seguidores. O que a proposta de Baker busca, na realidade, é que todos os grupos sociais tenham concretas possibilidades de participação no debate público, o que “[...] deve incluir a noção de que membros de todos os grupos possam se sentir servidos e representados por meios de comunicação de massas que sejam, em algum sentido, ‘seus’” (BAKER, 2007, p. 11)³⁴².

³⁴¹ Mais detalhes sobre as formas de distribuição democrática do poder comunicativo serão analisadas nos próximos segmentos.

³⁴² No original: “[...] must include the notion that members of all groups can experience themselves as being served and represented by mass media that are in some sense ‘their own’”.

Compartilhando, ainda que não explicitamente, a concepção hermenêutica das *media* elaborada por John Thompson, C. Edwin Baker considera que o papel dos meios de comunicação de massas não é apenas o de dar voz aos questionamentos dos indivíduos, mas o de promover a abertura para discussões fora da sua esfera – nas interações face a face, por exemplo – e permitir o autoquestionamento das suas próprias concepções. Dessa maneira, a propriedade midiática deve impedir que determinados grupos sociais se tornem subordinados, ou sejam negligenciados por aqueles que exercem o poder simbólico (BAKER, 2007, p. 11)³⁴³.

A manutenção das salvaguardas democráticas – *democratic safeguards* – é o segundo objetivo das restrições à concentração proprietária das *media*. Em posicionamento compatível com aquele de Luigi Ferrajoli a respeito dos poderes selvagens³⁴⁴, C. Edwin Baker avalia que, “em qualquer comunidade local, estadual ou nacional, a propriedade concentrada das *media* cria a possibilidade de que um indivíduo exerça um poder enorme, desigual – logo, não-democrático – incontrolado e potencialmente irresponsável” (2007, p. 16)³⁴⁵. Até mesmo a ideia clássica de separação de poderes, que considera a estruturação das partes que compõem o Estado como uma forma de coibir abusos, demonstra-se apta a justificar as propostas de regulamentação proprietária das *media*, bastando expandir sua aplicação para aquele que sempre foi considerado um “quarto poder” ou “quarto estado”. Como consequência, percebe-se que a estruturação e a divisão do poder simbólico reduziriam, também, sua capacidade de interferir nos outros três poderes, de modo que as restrições são necessárias em virtude da possibilidade de ocorrência de abusos do poder midiático. Assim como na clássica teoria tripartite, a regulamentação do quarto poder é uma peça fundamental para a manutenção da democracia (BAKER, 2007, p. 17-19).

³⁴³ A concepção de C. Edwin Baker sobre a necessidade do pluralismo na democracia demonstra ser similar àquela de Norberto Bobbio (1997a, p. 61), que, conforme analisado no item 2.1.3, entende ser necessário o estabelecimento de procedimentos capazes de gerar pluralismo de ideias e, mesmo que esse resultado não seja obtido, ainda assim, o objetivo democrático foi cumprido. Para Baker (2007, p. 15-16), “democracy does require, however, that people in general, and especially differing groups, get to debate their views internally among themselves, receive information relevant to their interests and views, rally support for their group, and finally present their views to the world at large. When this democratic process leads to content or viewpoint diversity, this diversity is valued precisely because of the process that produces it. But when this process does not lead to content or viewpoint diversity, democracy does not require it. [...] That is, source diversity is most importantly a process value, not a commodity value”.

³⁴⁴ Item 3.2.2.

³⁴⁵ No original: “In any local, state, or national community, concentrated media ownership creates the possibility of an individual decision maker exercising enormous, unequal and hence undemocratic, largely unchecked, potentially irresponsible power”.

No mesmo sentido, Luigi Ferrajoli assevera que qualquer reforma cujo intuito seja garantir a liberdade de expressão deve distingui-la da propriedade das *media*. Como autêntica manifestação de poder, esse direito de autonomia deve estar submetido às regras do liberalismo clássico, cuja função é impedir sua acumulação absoluta. Logo,

a primeira regra é a submissão à lei, ou seja, aos limites e vínculos capazes de garantir a liberdade de informação [...] a segunda é a separação dos poderes da velha receita de Montesquieu, que não pode deixar de ser estendida ao ‘quarto poder’, como é habitual identificar a imprensa, de modo que ela seja realmente ‘quarto’, ou seja, independente dos poderes políticos e econômicos (FERRAJOLI, 2007b, p. 343)³⁴⁶.

Além de evitar a concentração indevida do poder simbólico, as restrições possuem como finalidade o estabelecimento de outras duas salvaguardas: dificultar o abuso do poder midiático pelos poderes político e econômico, além de proteger a função de vigilante – *watchdog* – da imprensa jornalística, tornando-a menos vulnerável às pressões internas e externas. A concentração das *media* influentes³⁴⁷ em poucos conglomerados facilita a interferência por parte daqueles que mais necessitam da vigilância democrática. Para tanto, a combinação da regulamentação com o financiamento público dos meios de comunicação de massas é capaz de diminuir sua dependência em relação à indústria publicitária e permitir maior liberdade nas escolhas editoriais (BAKER, 2007, p. 27-28)³⁴⁸.

O terceiro objetivo das restrições é a melhoria da qualidade e diversidade das informações que circulam nas *media*, mas Baker reconhece que o controle proprietário é apenas uma das medidas para alcançar tal mister. A busca incessante pelo lucro restringe os

³⁴⁶ No original: “La prima regola è la sua soggezione alla legge, cioè a limiti e a vincoli idonei a garantire la libertà d’informazione [...] La seconda è la separazione dei poteri, che è poi la vecchia ricetta di Montesquieu che non può non essere estesa a quel «quarto potere» nel quale si è soliti identificare la stampa, affinché esso sia realmente «quarto», cioè indipendente sia dai poteri politici che da quelli economici”.

³⁴⁷ O adjetivo “influyente” é utilizado para ressaltar que, ao contrário daquilo afirmado pelos “profetas de uma nova era criada pela internet”, o papel de guardião da democracia é, em grande medida, atribuído aos produtores de conteúdo que possuem relevância pública. Para Baker (2007, p. 27), “‘influential’ is important. Major benefits that Internet blogs purportedly provide include opening the communications realm to anyone able to make an exposé. Examples of blogs doing so in a manner that has attracted wider attention exist. But history gives reason for caution. In the past, the alternative press often reported abuses only to have the mainstream media, the larger public, and the political order largely ignore the reports. Mere exposure in a theoretically accessible public media often accomplishes little. The reality to which people in power must respond sometimes seems to exist only due to stories being given adequate prominence by media entities recognized as significant and trustworthy by both the public and those in power”.

³⁴⁸ Sobre a hipótese de financiamento público das *media*, remete-se à leitura do item 3.3.3.

investimentos em conteúdo relevante, situação agravada pela formação de vastos conglomerados midiáticos, especialmente aqueles negociados nas bolsas de valores³⁴⁹.

Sob essa ótica, Baker é contundente ao afirmar que o mercado torna as *media* incapazes de prover o tipo de conteúdo que os consumidores pagariam para ter. Os argumentos que utiliza para provar sua afirmação têm natureza eminentemente econômica. O primeiro deles está relacionado ao fato de que o interesse econômico é incapaz de valorar corretamente as externalidades positivas e negativas dos meios de comunicação de massas. Como resultado, a qualidade do conteúdo não leva, necessariamente, ao lucro, como ocorre, por exemplo, quando uma linha editorial investigativa de qualidade elabora notícias extremamente benéficas para toda a sociedade, sejam os indivíduos consumidores ou não³⁵⁰ do seu produto (BAKER, 2007, p. 29-30). De maneira similar, Luigi Ferrajoli afirma que “[...] o dinheiro, na ausência de outros parâmetros de valoração, converte-se na única medida de valor das pessoas e o mercado transforma-se na única fonte de legitimação das relações sociais [...]” (2011a, p. 76-77)³⁵¹.

O segundo argumento critica a premissa economicista de que os bens devem ser distribuídos somente se existirem interessados aptos a pagar por eles, postura que é contrária aos direitos fundamentais. Numa democracia constitucional, alguns bens e situações – saúde, liberdade, segurança, educação etc. – devem ser distribuídos de maneira mais igualitária do que aquela possibilitada pelo contexto do livre-mercado ou até mesmo de modo diferenciado, não por critérios econômicos, mas em virtude das garantias dos direitos fundamentais.

Ainda que grande parte do conteúdo produzido pelas *media* esteja relacionado exclusivamente ao entretenimento – situação que poderia gerar maior debate sobre quais os

³⁴⁹ Veja-se, por exemplo, a situação trazida pelos jornalistas Martin Peers, John Jannarone e Anupreeta Das em matéria do “The Wall Street Journal” do dia 26 de junho de 2012 intitulada “News Corp. Mulls Splitting in Two”. Segundo a notícia, a News Corp. – de Rupert Murdoch – considera a possibilidade de cisão em duas empresas distintas: uma com atividades nos ramos televisivo e cinematográfico, outra dedicada à imprensa jornalística e editorial. Entretanto, a ironia reside no fato de que essa divisão, em vez de ter origem na busca pela independência das notícias em relação às necessidades financeiras do setor de entretenimento, é fruto da pressão do mercado de capitais – a empresa é negociada na NASDAQ – em virtude do baixo rendimento da divisão de entretenimento, afetada pelos escândalos envolvendo a área jornalística.

³⁵⁰ C. Edwin Baker (2007, p. 30) utiliza a expressão “free rider problem”, comum nas ciências econômicas, para se referir aos indivíduos beneficiados indiretamente – não consumidores – pelos produtos de uma determinada *media*. Essa situação, apesar de gerar resultados importantes do ponto de vista social e político, é negativa sob a perspectiva da eficiência de Pareto.

³⁵¹ No original: “[...] el dinero, en ausencia de otros parámetros de valoración, se convierte en la única medida del valor de las personas y el mercado se transforma en la única fuente de legitimación de las relaciones sociales [...]”.

critérios, econômico ou democrático, de distribuição do lazer – uma considerável proporção da produção midiática está, quando não exclusivamente, também vinculada à educação, cultura, política e informação – situações em que há menor polêmica para aceitar que a distribuição deve ser mais democrática. Nesses casos, o mercado é incapaz de promover o ideal democrático e responder às necessidades da população, especialmente daquela parcela “menos interessante”³⁵² das pessoas.

Para poder garantir adequadamente as preferências desses indivíduos, é necessário retirar, da esfera do mercado, boa parte da valoração do conteúdo. Uma das possibilidades para atingir esse desiderato se materializa por meio de subsídios para a indústria midiática, que teriam diminuída sua dependência em relação aos interesses publicitários (BAKER, 2007, p. 30-31).

3.3.2 Pluralismo regulado e políticas regulatórias da concentração proprietária

Até o presente momento, intentou-se demonstrar que as *media* são um novo contexto para o exercício do poder e que, como tal, podem ser desvirtuadas quando não houver regulamentação, ou seja, quando atuarem de maneira selvagem. Embora seja parcialmente contrária às posições dominantes no restante deste trabalho, a análise habermasiana sobre a emergência de uma esfera pública, externa, simultaneamente, às esferas privada e estatal, ressalta a importância da existência permanente de uma postura crítica frente aos poderes exercidos pelo Estado, mas, como salientado posteriormente, também em relação àqueles de natureza privada.

O constante deslocamento do controle das *media* entre os poderes público e privado, no decorrer da história, demonstrou ser pouco efetivo. Sem que sejam impostos limites, qualquer um deles tende à selvageria, apenas se transferindo a arbitrariedade, ora para o Leviatã, ora para o mercado. Para possibilitar a organização não selvagem do poder midiático e a compreensão das suas limitações e possibilidades, o modelo tradicional de propriedade pública demonstra-se insuficiente.

³⁵² Diversos fatores podem transformar uma determinada audiência em “economicamente desinteressante”: critérios econômicos, políticos, demográficos e, especialmente, publicitários. Vale ressaltar que esse argumento de Baker resolve, de certa maneira, o falso dilema – um “dilema tostines”, para usar a expressão difundida pelas *media* brasileiras da década de 1980 – levantado contra as críticas à baixa qualidade dos produtos midiáticos disponíveis atualmente: o conteúdo é torpe porque as pessoas gostam ou as pessoas gostam porque o conteúdo é torpe?

Tentar compreender o novo contexto criado pelas *media* – especialmente eletrônicas – e pela democracia constitucional³⁵³ a partir de uma perspectiva ultrapassada, conforme demonstrado por Luigi Ferrajoli (2008, p. 189)³⁵⁴, tem como resultado a confusão entre direitos e poderes, com a conseqüente criação de espaços desregulamentados, que permitem o exercício arbitrário e antidemocrático do poder. Tal situação ocorre em virtude da falsa equivalência entre dois direitos estruturalmente diferentes: liberdade de expressão e propriedade das *media*. Este “[...] literalmente devora o primeiro, a liberdade, se não for submetido aos limites fundamentais necessários, equivalendo à pura liberdade dos proprietários ou, em condições de monopólio, à liberdade do único proprietário” (FERRAJOLI, 2007b, p. 342)³⁵⁵.

A disponibilidade de parte das *media* pelo poder econômico e político interfere nas garantias democráticas da informação e do conhecimento, cujo controle se mostra incompatível com a democracia constitucional. A propriedade dos meios de comunicação de massas, portanto, é um poder, cuja concentração nas mãos privadas ou públicas frustra “[...] não apenas a liberdade de informar, mas também a própria informação e a sua confiabilidade como pressuposto da autodeterminação política dos cidadãos, da soberania popular e da visibilidade e transparência dos poderes públicos” (FERRAJOLI 2007b, p. 421)³⁵⁶.

Na tentativa de criar fundamentos teóricos para solução desse problema, John Thompson (1998, p. 310; 1999, p. 30) explica que são necessários marcos referenciais institucionais mais apropriados ao desenvolvimento das novas *media*. Todavia, isso requer a superação da teoria tradicional liberal da livre imprensa, ou seja, da liberdade de expressão apenas como vínculo negativo estatal. Sob tal perspectiva, o autor defende aquilo que chama de “princípio do pluralismo regulado”, um marco institucional amplo, capaz de acomodar e garantir a pluralidade de vozes dentro dos meios de comunicação de massas. Esse “princípio” possui duplo vínculo: por um lado, reconhece que o mercado, *per se*, não é capaz de garantir a liberdade de expressão e de fomentar a diversidade na esfera pública, razão pela qual exige a intervenção econômica como forma de diminuir a concentração dos recursos na indústria

³⁵³ Como visto, tanto a democracia constitucional quanto as *media* eletrônicas adquiriram forma semelhante à atual num período histórico relativamente recente, posterior à segunda guerra mundial.

³⁵⁴ Remete-se ao item 1.3.3 deste trabalho.

³⁵⁵ No original: “[...] divora letteralmente il primo, la libertà, se non è sottoposto ai limiti fondamentali da questa richiesti, equivalendo alla sola libertà dei proprietari; anzi, in condizioni di monopolio, alla sola libertà del proprietario”.

³⁵⁶ No original: “[...] si risolve in un fattore di vanificazione non soltanto della libertà di informare, ma anche dell’informazione medesima e della sua attendibilità quali presupposti dell’autodeterminazione politica dei cittadini, della sovranità popolare e della visibilità e trasparenza dei pubblici poteri”.

midiática; por outro, requer que essa indústria seja independente do poder estatal, como forma de torná-la menos suscetível às pressões do poder político.

O espaço institucional midiático, além de amplitude suficiente para abarcar as diversas formas de transmissão de informação, também deve ser geopoliticamente extenso, uma vez que as *media* “[...] já deixaram faz tempo de operar dentro dos limites de um único estado-nação” (THOMPSON, 1999, p. 30). A globalização³⁵⁷ foi, simultaneamente, força motriz e consequência do desenvolvimento da indústria midiática, de modo que, para que seja possível aproveitar os benefícios das novas tecnologias de comunicação e evitar os perigos delas resultante, será necessário um grau de cooperação internacional sem precedentes históricos³⁵⁸.

Ainda que concorde com os objetivos – distanciamento entre Estado e meios de comunicação de massas – da teoria liberal tradicional, John Thompson acredita que aqueles estudiosos subestimaram o risco do crescimento de interesses econômicos nas *media*, situação que resultou na concentração de recursos em poucos conglomerados. Como resposta ao problema, desenvolveu-se a ideia de monopolização dos serviços de difusão pelo Estado, o que, em vez de solucionar o imbróglio, apenas transferiu o arbítrio do poder econômico privado para o poder público. “A concentração de recursos nas indústrias da mídia não é

³⁵⁷ Para John Thompson (1998, p. 199-200), o termo “[...] no es exacto, y se utiliza de maneras distintas en los textos. En el sentido más general, se refiere al crecimiento de la interconectividad de diferentes partes del mundo, proceso que ha dado lugar a complejas formas de interacción e interdependencia. Definido en este sentido, «globalización» resulta difícil de distinguir de términos relacionados como «internacionalización» y «transnacionalización», conceptos frecuentemente utilizados de manera intercambiable en los análisis. Sin embargo, aunque estas variadas nociones se refieren a fenómenos estrechamente vinculados, el proceso de globalización, tal y como lo voy a utilizar aquí, implica más que la expansión de actividades más allá de las fronteras de naciones-Estado particulares. La globalización se manifiesta solo cuando: (a) las actividades tienen lugar en un territorio global o próximo a serlo (más bien que en uno regional, por ejemplo); (b) las actividades están organizadas, planificadas o coordinadas a escala global; y (c) las actividades implican cierto grado de reciprocidad e interdependencia, de forma que diversas actividades localizadas en diferentes partes del mundo se configuran de la misma manera, como demuestra el hecho de que unas actividades situadas en diferentes partes se influyan mutuamente. Se puede hablar de globalización en este sentido sólo cuando la creciente interconectividad de diferentes regiones y lugares se convierte en sistemática, en cierto grado recíproca, y sólo cuando el alcance de la interconectividad resulta efectivamente global”. Para maiores detalhes sobre a globalização da comunicação, remete-se às obras de John Thompson (1998, p. 199-236) e, com concepção inteiramente diversa, mais fatalista sobre as consequências das *media* globalizadas, tanto as monografias individuais de Armand Mattelart (1998, 2002a, 2002b, 2003, 1998, 2006), como aquelas em coautoria com Michèle Mattelart (1997), Ariel Dorfman (1979) e Erik Neveu (2002).

³⁵⁸ Veja-se, nessa perspectiva, Daniel Dayan (2000, p. 447). Para o referido autor, “les états-nations [...] continuent à être des lieux cruciaux pour la formation des identités collectives. Mais l’apparition de nouveaux espaces de communication nous amène à envisager qu’il existe de nouvelles arènes supranationales et à étudier les publics qui les constituent”.

apenas uma ameaça à pessoa enquanto consumidora: é, também, uma ameaça ao indivíduo enquanto cidadão” (THOMPSON, 1999, p. 338). Dessa forma, o pluralismo regulado busca garantir a multiplicidade dos *loci* para expressão de diversos pontos de vista, especialmente por compreender que os indivíduos receptores do conteúdos midiáticos são, muito além de meros consumidores, participantes da esfera pública e, portanto, requerem a diversidade de pontos de vista capazes de contribuir para suas decisões.

No passado, as justificativas para restringir o acesso às *media* tinham como base as limitações tecnológicas, situação não mais – ou muito menos – aplicável. As novas tecnologias permitem tanto a multiplicação de mídias como o aumento da capacidade daquelas já existentes³⁵⁹, o que pode ser constatado, por exemplo, na enorme quantidade de canais de televisão por assinatura existentes. Contudo, é relevante questionar se o mercado selvagem permitirá que essa evolução tecnológica resulte “[...] num crescimento significativo em pluralismo, ao invés de crescimento ainda maior da concentração dos recursos nas mãos de grandes conglomerados da comunicação” (THOMPSON, 1999, p. 338-339).

Cumprir diferenciar o pluralismo regulado das perspectivas que buscam uma “pós-capitalista” retirada do valor comercial – *decommodification* – dos meios de comunicação, especialmente através da estatização das *media*, como ocorre quando Fábio Konder Comparato defende a existência de uma “[...] incompatibilidade visceral do sistema capitalista com a verdadeira democracia, que combina soberania popular ativa com o respeito integral aos direitos humanos” (2001, p. 159). Esse tipo de visão é problemática, em virtude da excessiva contraposição entre pluralismo e mercado de consumo. A exigência para que haja regulamentação das *media*, com intuito de permitir o pluralismo, não deve ser confundida com a afirmação de que ele só pode existir numa sociedade “pós-capitalista” (THOMPSON, 1999, p. 312).

Nesse estado da arte, um dos aspectos fundamentais do pluralismo regulado é a sua exigência de desconcentração de recursos, econômicos e políticos, na indústria midiática³⁶⁰. A unificação do controle das *media* não deve ocorrer nem pelo poder privado, nem pelo público.

³⁵⁹ A título de exemplo, enquanto um habilidoso operador de telégrafo, no século XIX, era capaz de transmitir até 40 palavras por minuto – o que equivale a cerca de 56 bits de informação por segundo –, um único cabo de fibra ótica, utilizando determinado padrão atualmente disponível – GPON G.984 –, permite transferências bidirecionais que, somadas, alcançam os 3.732.000.000 bits por segundo –, aproximadamente três bilhões de palavras por minuto.

³⁶⁰ No mesmo sentido é o pensamento de Giovanni Sartori (1998, p. 141-144). Isso demonstra que, apesar das enormes distâncias teóricas e filosóficas que separam os autores, a regulamentação da propriedade das *media*, assim como a ressalva de que isso não deve ser confundido com controle estatal, é um ponto comum na literatura sobre o tema.

A exigência de intervenção estatal, por meio da legislação de regulamentação do setor, não pode significar controle público ou censura. “Essas dimensões irmãs do princípio do pluralismo regulado – a desconcentração dos recursos das indústrias da mídia e a separação dessas indústrias em relação ao poder do estado – definem um espaço institucional amplo para o desenvolvimento das organizações da mídia” (THOMPSON, 1999, p. 339). Seu intuito é abarcar as diversas formas de propriedade e controle da atividade privada dentro do domínio público, possibilitando a construção de um espaço regulamentado, situado entre o mercado selvagem e o controle estatal da informação, capaz de permitir o exercício democrático do poder simbólico.

Porém, o objetivo de John Thompson não inclui aspectos mais pragmáticos sobre como proceder para concretizar seu ideal. Complementarmente, Luigi Ferrajoli (2007b, p. 419) e C. Edwin Baker (2007, p. 163) enumeram uma lista de itens que consideram relevantes para o debate sobre a regulamentação da concentração proprietária das *media*. O primeiro aspecto é aquele relativo à elaboração de legislação antitruste³⁶¹ que, em razão das peculiaridades da indústria midiática, deve ser específica para esse setor. A natureza mercantilista – *commodity orientation* – da legislação antitruste “geral” é inadequada³⁶² para lidar com as peculiaridades dos meios de comunicação de massas, dada sua importância na formação da esfera pública, seu papel de salvaguarda da democracia e o grande poder simbólico que possuem.

Certamente, a legislação antitruste geral é importante para estabelecer limites mínimos, especialmente quando possibilita o duplo controle das operações, como ocorre, por exemplo, nos EUA – onde a FCC regulamenta as atividades das *media* e, simultaneamente, o *Department of Justice* cuida das práticas anticompetitivas – ou na Alemanha – onde as

³⁶¹ Pelos motivos já mencionados sobre o problema da compreensão dos “princípios”, a análise de Edilson Farias (2004, p. 208-213) sobre o “princípio da proibição de monopólio e oligopólio” não será aqui abordada. Pela riqueza da matriz teórica do autor, remete-se à leitura da obra.

³⁶² Nesse sentido, Luigi Ferrajoli (2007b, p. 423) defende que “una prima garanzia è naturalmente il divieto di concentrazione delle testate in forme ben più rigide di quelle previste dalle legislazioni vigenti. Semplicemente, dovrebbe essere preclusa agli investitori, sia nazionali che stranieri, la proprietà privata di più di un quotidiano o di una rete televisiva. È questo il solo modo per assicurare un effettivo pluralismo e un’effettiva differenziazione dei mezzi di informazione. Se la funzione dei mezzi d’informazione è quella appunto di fornire informazioni, critiche e opinioni, e di essere luoghi di pubblico dibattito, non si capisce perché non dovrebbe essere sufficiente a tal fine una sola testata. Né si capisce perché mai i maggiori investimenti non dovrebbero essere diretti a rafforzarla, ad accrescerne la qualità e la diffusione, anziché ad acquistare e perciò a controllare e a neutralizzare le testate concorrenti”.

mesmas funções são atribuídas, respectivamente, à *Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich* (KEK) e à *Monopolkommission*.

No Brasil, existe a iniciativa do governo federal de submeter as empresas midiáticas ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE –, conforme notícia de autoria da jornalista Karla Mendes no jornal “O Estado de São Paulo” (2011)³⁶³. Segundo a matéria, a proposta busca dar ao CADE autonomia para analisar a concentração de poder econômico de grupos de radiodifusão. Na opinião do ministro das comunicações, Paulo Bernardo, “há uma inclinação de remeter análises como essa para o CADE”, pois “fica mais coerente com o que é feito em outros setores da economia”. A mudança de atribuições do referido órgão, ressalta a matéria, deverá ocorrer através do novo marco regulatório da comunicação eletrônica, que irá estabelecer também a criação de uma agência única para regular tanto o mercado de telecomunicações quanto o de radiodifusão, possivelmente ampliando as atribuições da Agência Nacional de Telecomunicações³⁶⁴.

O segundo aspecto que deve ser analisado na elaboração da regulamentação, parcialmente incorporado na minuta do marco regulatório brasileiro, é a necessidade de autorização estatal prévia para operações de fusão. Segundo Baker, essa medida deve possuir natureza independente e mais rígida que as análises de antitruste e, de certa maneira, também protege as empresas, uma vez que diminui a possibilidade de que tenham questionada, posteriormente, a legalidade da operação. No entanto, sem regras claras, esse requerimento pode gerar mais efeitos danosos que benéficos, pois aumenta a discricionariedade governamental e a possibilidade de intervenção negativa do poder político nas *media*, colocando em risco suas funções, especialmente a de vigilante – *watchdog* – dos outros poderes. Sob tal perspectiva, C. Edwin Baker argumenta que “[...] oportunidades de isenções relativamente discricionárias criam o perigo real de abuso partidário por parte do cedente e,

³⁶³As notícias mais recentes sobre o marco regulatório das *media*, entretanto, omitem referências sobre o controle da concentração proprietária pelo CADE. A minuta do decreto, ainda em elaboração, assim dispõe: “Art. Compete ao Presidente da República, exclusivamente em relação ao serviço de TV: (...) V – decidir sobre os requerimentos de transferência da outorga e de alteração de controle societário.” (p. 7). O referido documento pretende, ainda, a aplicação do seguinte dispositivo às empresas de radiodifusão com finalidade comercial: “Art. Deverão ser previamente autorizadas pelo Ministério das Comunicações, sob pena de nulidade do ato, bem como da abertura do respectivo processo administrativo: I – a alteração de controle societário, materializada por cessão, sucessiva ou não, de cotas ou ações ou aumento, sucessivo ou não, de capital social que resulte em alteração do controle societário” (p. 38). Disponível em <<http://media.folha.uol.com.br/poder/2012/06/03/minuta.pdf>>. Acesso em 23 jun. 2012.

³⁶⁴A reestruturação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ocorreu através da lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, conhecida como “lei do supercade”.

de maneira igualmente problemática, de autocensura oportunista do cessionário” (2007, p. 176)³⁶⁵. A solução está no estabelecimento de legislação exaustiva e constitucionalmente adequada que limite a discricionariedade do poder executivo.

O terceiro aspecto que deve ser analisado é a possibilidade de que a legislação proíba transferências societárias entre as empresas midiáticas e impossibilite a participação no capital social de grupos ligados a outros setores da economia. O efeito negativo para as empresas seria a redução do seu valor de mercado e a diminuição dos lucros no caso de venda das participações societárias. “Por esse motivo, os atuais proprietários opõem-se fortemente a essa restrição. A regulamentação das *media*, contudo, deveria se preocupar com a qualidade da ordem comunicativa, não com a riqueza dos, normalmente já ricos, proprietários existentes” (BAKER, 2007, p. 177)³⁶⁶. Esse tipo de proibição não penalizaria a criação de novas empresas, mas reduziria o retorno financeiro daquelas criadas com o único propósito de venda futura³⁶⁷, o que, segundo Baker, tornaria menos atrativos para o capital especulativo os negócios envolvendo empresas midiáticas e, conseqüentemente, reduziria as transferências societárias que incrementassem sua concentração proprietária.

Existem, entretanto, dois problemas em relação a esse tipo de regulamentação. Por um lado, ela pode impedir operações que reduzam a concentração dos meios de comunicação de massas se, por exemplo, um grande conglomerado esteja impossibilitado de vender um dos seus negócios a um pequeno grupo. “Nesse caso, a regra impede as vendas que diminuem a concentração e aumentam a dispersão. Ao proceder dessa maneira, a regra também pode, desnecessariamente, reduzir a flexibilidade e o dinamismo da ordem midiática” (BAKER, 2007, p. 178)³⁶⁸.

Em sentido diverso, ao limitar apenas as transferências entre as empresas do mesmo setor, tal regulamentação pode permitir a interferência direta na esfera pública de grupos com outras atividades, que seriam beneficiados pela capacidade de defender seus interesses

³⁶⁵ No original: “[...] relatively discretionary waiver opportunities create real dangers of partisan abuse by the grantor and, equally troubling, of opportunistic self-censorship of the supplicant”.

³⁶⁶ No original: “For this reason, existing owners are likely to strongly oppose such a restriction. Media policy, however, ought to be concerned with the quality of the communications order, not the wealth of (usually) already wealthy existing owners. At most, ownership creates a presumption of control of operations”.

³⁶⁷ Sobre a venda posterior, a minuta do marco regulatório brasileiro estabelece, em relação às empresas de radiodifusão com finalidade comercial, que “não será autorizada a transferência da outorga ou a alteração de controle societário durante o período de instalação da estação e nem nos cinco anos imediatamente subsequentes à data de licenciamento” (p. 38).

³⁶⁸ No original: “Here, the rule prevents sales that reduce concentration and increase dispersal. In doing so, the rule may also unnecessarily reduce the flexibility and dynamism of the media order”.

econômicos e políticos através dos meios de comunicação de massas. Além de não resultar em nenhum benefício social, tal situação é abominada por qualquer compreensão democrática sobre o papel do quarto poder. O sucesso desse tipo de controle, portanto, depende da solução de tais problemas³⁶⁹.

Cumpra ressaltar que essa limitação não deve, de maneira alguma, ser aplicada às pessoas naturais que iniciem atividades comunicativas através das *media*. Os seres humanos “[...] devem ser a prioridade quando a questão é o direito fundamental à liberdade; a liberdade das corporações ou entidades governamentais deve ser analisada instrumentalmente, em termos de como essas construções legais servem aos valores humanos, inclusive à liberdade” (BAKER, 2007, p. 179)³⁷⁰. A liberdade de expressão do indivíduo não deve ser confundida com aquela dos proprietários das *media*, que estão em uma situação de poder em relação aos seus empregados e, ainda que não se deva permitir nenhuma regulamentação capaz de limitar a liberdade de expressão das “pessoas de carne e osso”, o exercício de poder – geralmente econômico, mas também político – das pessoas jurídicas deve ser limitado.

No mesmo sentido, Luigi Ferrajoli lembra, dentro da distinção entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, que os titulares daqueles só podem ser pessoas naturais, tornando-se impossível falar em violação da liberdade de expressão das pessoas jurídicas. Esse direito fundamental “[...] não é aquele, inexistente, da empresa, tampouco aquele do proprietário, exceto nos casos em que ele escreve ou fala pessoalmente nos seus jornais ou suas redes de televisão: é, simplesmente, o pensamento daquele que manifesta e que possui o direito de manifestá-lo [...]” (FERRAJOLI, 2007b, p. 339)³⁷¹.

Com semelhante fundamentação, Fábio Konder Comparato ressaltava o problema da confusão entre a liberdade de expressão e a propriedade midiática. Para ele, “a lógica da atividade empresarial, no sistema capitalista de produção, funda-se na lucratividade, não na defesa da pessoa humana. Uma organização econômica [...] não pode, pois, apresentar-se como titular de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana” (COMPARATO, 2001, p. 157). Com isso, a alegação de violação da liberdade de expressão dos conglomerados

³⁶⁹ Para mais detalhes, remete-se à leitura de Baker (2007, p. 178-180, 200-202).

³⁷⁰ No original: “Real persons should be the concern where the issue is fundamental rights to freedom; freedom of corporate or governmental entities should be evaluated instrumentally in terms of how these legal constructs serve human values, including human freedom”.

³⁷¹ No original: “[...] non è quello, inesistente, dell’impresa, e neppure quello del proprietario, se non nei casi in cui egli scrive o parla personalmente sui suoi giornali e sulle sue televisioni: è, semplicemente, il pensiero di chi lo manifesta e che ha il diritto di manifestarlo [...]”.

mediáticos é incabível e constitui apenas uma manobra para garantir o exercício selvagem do seu poder.

As propostas apresentadas por C. Edwin Baker e Luigi Ferrajoli, tomadas em conjunto, servem como base para reflexão a respeito do desenvolvimento de legislação que restrinja a concentração proprietária dos meios de comunicação de massas e como formas de alcançar o pluralismo regulado, almejado por John Thompson. Entretanto, tais medidas são insuficientes para democratizar o acesso às *media*, de maneira que as considerações extraproprietárias se revelam imprescindíveis para garantir o direito fundamental de livre expressão de ideias.

3.3.3 Para além da propriedade

A expansão do regime democrático é tema recorrente no pensamento de Norberto Bobbio (1997a, p. 54-55; 1999, 69-70; 2007, p. 155). Para ele, o processo de alargamento da democracia política contemporânea atingiu uma situação limítrofe, visto que há pouco espaço para ampliação dos direitos políticos, como ocorre, por exemplo, com o sufrágio, agora universalizado. Todavia, o limite de crescimento da democracia representativa não significa que o próximo passo seja um retorno à democracia direta proporcionada pela comunicação eletrônica.

Sobre a ideia de que os meios de comunicação de massas sejam capazes de possibilitar a tomada de decisões coletivas de maneira direta, Norberto Bobbio afirma que “a hipótese de que a futura computadorcracia, como tem sido chamada, permita o exercício da democracia direta, isto é, dê a cada cidadão a possibilidade de transmitir o próprio voto a um cérebro eletrônico, é uma hipótese absolutamente pueril” (1997c, p. 26). No mesmo sentido, John Thompson (1998, p. 315) assevera que essa ilusão é fruto da equivocada compreensão das mudanças ocorridas na sociedade e da tentativa de aplicar a antiga propriedade pública, baseada na copresença e na continuidade da conversação, ao atual contexto das *media*.

Como solução para o problema, torna-se necessário “reinventar” a propriedade pública a partir de dois níveis distintos. O primeiro deles, de natureza institucional, está relacionado ao surgimento de novas formas de vida pública fora do Estado, mas por ele regulamentadas com o intuito de garantir os direitos fundamentais. Para o referido autor (1998, p. 304), a reinvenção da propriedade pública deve levar em conta a concentração substancial de recursos, possibilitada pelas *media*, e a expansão transnacional da esfera pública.

O segundo nível de compreensão da reinvenção da esfera pública exige a superação do modelo tradicional de propriedade pública, inadequado para a atualidade, já que baseado na copresença das interações face a face, típicas das assembleias das cidades-Estados da Grécia antiga. As *media*, além da sua natureza não dialógica, separam a visibilidade da necessidade de compartilhamento do mesmo espaço-tempo. Dessarte, a reinvenção da propriedade pública diz respeito a sua (in) visibilidade e, portanto, está intrinsecamente ligada ao ideal primeiro da democracia: a visibilidade do poder. Então, é possível afirmar que o desenvolvimento da propriedade pública midiática contribui para a transformação generalizada da natureza do poder e da política contemporânea (THOMPSON, 1998, p. 320).

A evolução democrática, para Bobbio, está relacionada à expansão participativa para além da esfera estatal, ou seja, à extensão do método democrático – indireto e, quando possível e desejável, também direto – às áreas distintas daquela da tradicional arena política. Dessa maneira,

[...] através de todas aquelas formas de ‘socialização do poder’ (hoje em dia a expressão tornou-se expressão-chave de um modelo de sociedade que acha que a socialização dos meios de produção não é suficiente) que permitem um controle a partir da base da direção pública da economia, ou através de outra fórmula, a instauração de um sistema de ‘programação descentralizada e participada’ (BOBBIO, 1999, p. 70).

Nessa esteira, pode-se afirmar que a evolução democrática consiste na passagem da democracia da esfera política – ou, na tipologia ferrajoliana de direitos fundamentais, da democracia dos direitos secundários reconhecidos apenas aos cidadãos capazes de agir politicamente – para a democracia social – ou, na mesma classificação, para a democracia dos direitos primários das pessoas naturais. Trata-se, pois, de reconhecer os indivíduos na pluralidade das atribuições que desempenham na sociedade: pais, filhos, profissionais, empregados, autônomos, proprietários etc. (BOBBIO, 2007, p. 156; FERRAJOLI, 2007a, p. 723-740).

Existe tal necessidade, porque, após a conquista do direito de participação política, os integrantes das democracias avançadas perceberam que as relações de poder estabelecidas na esfera política correspondem apenas a uma parte, condicionada pelo todo que compõe a sociedade civil, de forma que se passou a sentir necessidade de democratizar, também, a vida social, avanço indispensável à manutenção do Estado democrático de direito. Nesse sentido, é possível concluir que a democracia política tem se demonstrado insuficiente para proteger os indivíduos contra o despotismo dos poderes privados. Norberto Bobbio sintetiza o problema

da seguinte maneira: “[...] quem deseja dar um juízo sobre o desenvolvimento da democracia num dado país deve pôr-se não mais a pergunta ‘Quem vota?’, mas ‘Onde se vota?’” (2007, p. 157).

Paralelamente à limitação da liberdade de expressão, conforme exposto durante todo o trabalho, a restrição de acesso às *media* compromete as condições de exercício da democracia. Por isso, mostra-se extremamente necessário controlar a formação de centros de poder simbólico através da “[...] constitucionalização da garantia do máximo acesso possível – tanto ativo quanto passivo – à informação e à comunicação política” (FERRAJOLI, 2007b, 422)³⁷².

Esse questionamento exige uma reflexão que, somente na aparência, transcende os limites deste trabalho. A expansão do regime democrático é consequência daqueles direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, caracterizadores da democracia constitucional, de modo que, se não diz respeito diretamente à propriedade, se relaciona ao problema maior que se deseja combater, cuja concentração proprietária é apenas um viés: o exercício dos poderes selvagens midiáticos.

Com esse fundamento, Luigi Ferrajoli indaga se a defesa da liberdade de expressão deve consistir somente na reivindicação do pluralismo proprietário dos meios de comunicação de massas ou se esse direito fundamental, constitutivo da própria democracia, deve ser garantido como um fim em si mesmo. “É somente um problema de antitruste ou também, primordialmente, um problema autônomo de liberdade e de democracia?” (FERRAJOLI, 2007b, p. 340)³⁷³. Na mesma linha, C. Edwin Baker questiona se as propostas a favor da “[...] dispersão da propriedade são as únicas regulamentações que aqueles comprometidos com os valores descritos no capítulo 1 podem colocar em discussão? A resposta é não. Além das restrições das fusões, outras regras podem servir ao mesmo objetivo [...]” (2007, p. 180)³⁷⁴. Trata-se, na realidade, de neutralizar o poder econômico através das garantias dos direitos fundamentais, ou seja, de estender a democratização para dentro da propriedade midiática.

³⁷² No original: “[...] di una costituzionalizzazione delle garanzie del massimo accesso possibile – sia attivo che passivo – all’informazione e alla comunicazione politica”.

³⁷³ No original: “È solo un problema di antitrust o è anche, e prima ancora, un autonomo problema di libertà e di democrazia?”.

³⁷⁴ No original: “[...] are demands for ownership dispersal the only policy that those committed to the values described in chapter 1 can put on the table? The answer is no. Policies other than restricting mergers can serve the same aims [...]”.

Para atingir esse objetivo, a regulamentação do setor deve também incluir, além da proibição da concentração proprietária, outras garantias. Os seguintes itens, ainda que individualmente sejam insuficientes para a proteção da liberdade de expressão dentro das *media*, são enumerados por Luigi Ferrajoli: a eleição ou a intervenção decisiva da equipe de redação jornalística na nomeação dos editores; a criação, além da legislação de antitruste, de uma autoridade independente, especificamente dedicada à tutela das liberdades dos profissionais das *media* e à autonomia da redação dos jornais; a proibição da demissão arbitrária, da discriminação e da censura; a limitação de interferência da propriedade sobre as decisões e orientações da redação no que diz respeito ao conteúdo das informações e da programação televisiva ou, pelo menos, a previsão de financiamento público condicionado à ausência de controles patronais (2007b, p. 343).

A expansão democrática dentro das *media* faz parte da proposta de proteção daquilo que Luigi Ferrajoli denomina “direito à informação” e “princípio do pluralismo informativo”. Para o referido autor, aquele direito, além da liberdade-faculdade de informar-se, consiste também na liberdade-imunidade contra a desinformação. A não penetração da democracia nos meios de comunicação de massas produz um condicionamento da profissão jornalística e um embotamento da consciência dos indivíduos, conduzindo “[...] ao rebaixamento geral do espírito público: por ignorância, desinformação, indiferença, passividade, resignação e conivência” (FERAJOLI, 2007b, p. 423)³⁷⁵. Dessarte, é possível concluir que a democratização das *media* equivale à democratização da liberdade de expressão, da esfera pública e da política (FERRAJOLI, 2007b, p. 422).

O baixo nível de democratização da indústria midiática deve ser combatido através da criação de uma autoridade de garantia da informação – uma instituição de garantia e, portanto, separada das instituições de governo – que, além de controlar os aspectos de antitruste, possibilite a máxima liberdade dos profissionais. Dessa forma, deve ser “[...] expressão da maioria política, cujo papel é, sobretudo, verificar as violações das leis e das garantias de independência da informação, não do controle, mas de condicionamento político proveniente das instituições de governo” (FERRAJOLI, 2007b, p. 424)³⁷⁶.

³⁷⁵ No original: “[...] l’abbassamento generale dello spirito pubblico: per ignoranza, per disinformazione, per indifferenza, per passività, per rassegnazione, per connivenza”.

³⁷⁶ No original: “[...] espressione della maggioranza politica, essendo il suo ruolo quello soprattutto di accertare violazioni di legge e di garantire l’indipendenza dell’informazione, non diciamo dai controlli ma da condizionamenti politici provenienti soprattutto dalle istituzioni di governo”.

Nessa visão, devem existir garantias especiais cuja finalidade seja proteger a liberdade de expressão dos profissionais das *media*³⁷⁷. Ainda que de modo diverso, outros autores também defendem a maior proteção trabalhista dos comunicadores sociais. Edilson Farias (2004, p. 144), por exemplo, sugere a imposição de legislação especial, capaz de proteger as opiniões dos profissionais contra a imposição do ponto de vista do proprietário da empresa midiática. Para o referido autor, deveriam ser asseguradas, aos profissionais, proteções contra modificações arbitrárias da linha editorial do veículo em que trabalham, além da possibilidade de exercerem objeção de consciência. De modo diverso, Peces-Barba Martínez *et al* (1977, p. 46) sugerem a mesma ideia de proteção do trabalhador, mas com a utilização apenas do direito de rescisão do contrato de trabalho com indenização especial nas situações de incompatibilidade entre a opinião do profissional e a linha editorial da empresa.

Com o mesmo intuito, C. Edwin Baker prevê um papel ainda mais importante para os profissionais das *media* e propõe uma regulamentação, similar àquela de Luigi Ferrajoli (2007b, p. 343), apta a aumentar seu poder de intervenção na formação da equipe de editores. Baker defende a independência editorial e a necessidade de aprovação, pelos profissionais, como condição para fusão de conglomerados midiáticos, especialmente por considerar que o objetivo das leis que regulamentam as *media* deve ser transferir o poder para aqueles que possuem maior capacidade de promover conteúdo de qualidade, ou seja, os comunicadores sociais (BAKER, 2007, p. 33).

O controle normativo que tenha como objetivo a manutenção da independência editorial deve exigir que qualquer operação de transferência de capital social de empresas de comunicação de massas esteja vinculada à preservação da equipe de editores da empresa incorporada³⁷⁸. Medidas adicionais incluiriam a proteção contra demissão dos profissionais e a possibilidade de veto no caso de tentativas de substituição dos editores-chefes.

Situações similares, diz Baker, ocorrem no Reino Unido – onde a garantia de independência editorial é fator decisivo para a obtenção de autorização nas operações de fusão –, na Noruega – onde existe uma lei de proteção que atribui ao editor, não à empresa, o

³⁷⁷ Edilson Farias (2004, p. 144) prefere a expressão “liberdade interna de comunicação social” para referir-se ao direito fundamental dos profissionais das *media*.

³⁷⁸ Uma falha desse tipo de legislação pode ser exemplificada através da *Newspaper preservation act* de 1970 (EUA). O referido dispositivo preconizava que, no caso de fusão entre dois periódicos, as redações de ambos deveriam ser mantidas independentes. A lei, contudo, foi ignorada pelo poder econômico, que, com o intuito de burlar o mandamento, passou a “fechar” uma das empresas. Como resultado, em vez de manter dois jornais com redações independentes, os proprietários simplesmente eliminavam uma empresa e monopolizavam, com apenas um grupo editorial, o mercado deixado por ela.

poder de escolher o conteúdo divulgado – e na Holanda – onde importantes subsídios às empresas midiáticas estão vinculados à independência dos seus profissionais. Assim, o autor conclui que “[...] uma efetiva obrigação de descentralização do poder editorial reduziria enormemente o medo berlusconiano, o perigo de abuso excessivo do poder midiático” (BAKER, 2007, p. 181)³⁷⁹.

Outra proposta estabelece a exigência da aprovação dos profissionais para concretização das operações de fusão e de qualquer tipo de transferência de capital social. Esse tipo de poder de veto teria sérias consequências e, naturalmente, diminuiria a intensidade dessas negociações. Uma legislação que estabeleça tal medida elevaria ao máximo o ideal de democratização dos meios de comunicação de massas, visto que diminuiria o poder dos proprietários, distribuindo-o para os profissionais. A justificativa desse tipo de proposta é que “[...] o poder de veto pode contribuir para a qualidade da ordem midiática ao influenciar positivamente a identidade dos proprietários daquela ordem” (BAKER, 2007, p. 183)³⁸⁰.

Como forma de diminuir a dependência das áreas de redação das *media* em relação aos recursos econômicos oriundos da publicidade, propõe-se também sua democratização através de verbas públicas. Nessa perspectiva, Luigi Ferrajoli defende, dentre as medidas cabíveis, “[...] a previsão de um adequado financiamento público, inversamente proporcional às receitas publicitárias e ao espaço reservado à publicidade” (FERRAJOLI, 2007b, p. 425)³⁸¹. O autor também propõe o fortalecimento dos meios de comunicação de massas estatais como forma de viabilizar a real concorrência – não o monopólio público – contra o conteúdo dos oligopólios privados³⁸².

C. Edwin Baker compartilha essa posição e compara o financiamento público das campanhas políticas ao das *media*. Para ele, a fundamentação do primeiro, “[...] assim como aquela por trás da obrigação de dispersão das *media*, é prevenir que uma pessoa ou pequeno

³⁷⁹ No original: “[...] an effective mandated decentralization of editorial power would greatly reduce the Berlusconi fear, the danger of abuse of inordinate media power”.

³⁸⁰ No original “[...] the veto power could contribute to the quality of the media order by favorably influencing the identity of owners within that order”.

³⁸¹ No original: “[...] la previsione di un adeguato finanziamento pubblico, inversamente proporzionale agli introiti pubblicitari e agli spazi riservati alla pubblicità”.

³⁸² Em sentido contrário, veja-se a crítica de John Thompson ao “princípio do serviço público da difusão”. O referido autor acredita que essa posição tenta, sem sucesso, isolar as instituições de difusão das pressões e processos internacionais e transnacionais e “[...] ao invés de engajar-se em alguma ação retrógrada, na esperança de defender uma idéia cuja atualidade já está ultrapassada sob muitos aspectos, precisamos repensar a organização e o papel dessas instituições de difusão de um modo que faça uso, criativamente, das oportunidades proporcionadas pelo desenvolvimento das indústrias da mídia e pelo emprego de novas tecnologias de comunicação” (1999, p. 337).

grupo sejam capazes de utilizar o poder econômico para dominar a esfera pública eleitoral e permitir uma distribuição mais igualitária das oportunidades de participação” (2007, p. 17)³⁸³. Como resultado, o autor acredita que o financiamento público das *media* seja ainda mais elementar e necessário que o eleitoral, já que este depende daqueles e, mesmo sem o financiamento público das campanhas, o fortalecimento e a dispersão das *media*, possibilitados pelo incentivo estatal, seriam capazes de viabilizar a formação de uma esfera pública robusta, apta a enfrentar, sem medo de retaliação, os detentores do poder econômico.

De maneira inversa, John Thompson considera ultrapassadas as propostas que objetivam o fortalecimento dos meios de comunicação de massas estatais. Como alternativa, utiliza o exemplo da televisão para demonstrar a necessidade da divisão entre a infraestrutura de transmissão e as instituições envolvidas na produção de conteúdo. Embora estejam comumente associadas às mesmas empresas, essas atividades não devem ser confundidas. O aumento da capacidade de transmissão proporcionado pela tecnologia deveria aumentar a diversidade, uma vez que, à medida que a capacidade técnica aumenta, mais espaços são criados para a difusão de conteúdos que podem ser produzidos por empresas independentes. A concretização disso, contudo, depende de como será regulamentado e controlado o setor de infraestrutura de transmissão de formas simbólicas (THOMPSON, 1999, p. 340).

No mesmo sentido, Luigi Ferrajoli (2007b, p. 426; 2011a, p. 101) propõe uma solução já em vigor na Alemanha. Naquele país, o gerenciamento da infraestrutura necessária para transmissão de conteúdo – cabos, satélites, redes etc. – deve ser realizado por um grupo “neutro”, organizado como um consórcio que inclui todas as empresas midiáticas e o poder público, permitindo a coordenação entre esses diversos atores. O financiamento e a participação do poder estatal fundamentam-se no reconhecimento da comunicação social como serviço público essencial para a construção da esfera pública política, ou, em outras palavras, como “[...] o espaço público mais visível, mais povoado, mais invadido e mais decisivo do debate político e da formação do consenso [...]” (FERRAJOLI 2011a, p. 104)³⁸⁴.

Com o mesmo propósito de aumentar o acesso à infraestrutura de transmissão, C. Edwin Baker analisa a possibilidade de imposição de determinadas responsabilidades para os grandes conglomerados midiáticos. Seu objetivo não é penalizar os grandes, mas permitir que

³⁸³ No original: “[...] like those behind mandating media dispersal, are to prevent one person or small group from being able to use the power of wealth to dominate the (electoral) public sphere and to provide a more egalitarian distribution of opportunities to participate”.

³⁸⁴ No original: “[...] el espacio público más visible, más poblado, más invasivo y más decisivo del debate político y de la formación del consenso [...]”.

eles contribuam para o acesso à esfera pública das pequenas empresas provedoras de conteúdo. Tal situação já ocorre, nos Estados Unidos, por meio da obrigação de compartilhamento infraestrutural das grandes empresas de televisão a cabo com os pequenos produtores não afiliados – as denominadas *must carry rules* (BAKER, 2007, p. 186).

Esse exemplo é um típico caso de *bottleneck control*, ou seja, uma situação em que um determinado grupo – os proprietários da estrutura física de transporte – possui o poder de afetar todo o sistema que integra – no caso, de comunicação televisiva por cabo. As formas de implementação dessas responsabilidades estão relacionadas, geralmente, à utilização da infraestrutura dos grandes pelos pequenos e à diminuição dos requisitos necessários para a criação de novas empresas, como forma de incentivo ao desenvolvimento de pequenas *media*.

Buscou-se, neste fragmento do trabalho, demonstrar algumas outras medidas, além do controle da concentração proprietária das *media*, para democratizar os meios de comunicação de massas e, efetivamente, garantir a liberdade de expressão. Nenhuma delas, por óbvio, é suficiente *per se*. São, contudo, atitudes que, tomadas em conjunto, facilitam o acesso plural à esfera pública e, portanto, têm como objetivo a preservação do pluralismo político, dos direitos fundamentais e da democracia constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“We have currently a built-in allergy to unpleasant or disturbing information. Our mass media reflect this. But unless we get up off our fat surpluses and recognize that television in the main is being used to distract, delude, amuse and insulate us, then television and those who finance it, those who look at it and those who work at it, may see a totally different picture too late. This instrument can teach, it can illuminate; yes, and it can even inspire. But it can do so only to the extent that humans are determined to use it to those ends. Otherwise it is merely wires and lights in a box. There is a great and perhaps decisive battle to be fought against ignorance, intolerance and indifference. This weapon of television could be useful.”
(Edward R. Murrow)

O objetivo deste trabalho foi demonstrar os perigos oriundos do controle proprietário antidemocrático dos meios de comunicação de massas. Apesar das nítidas opções teóricas, buscou-se colocar, sempre que possível, as diferentes perspectivas na abordagem da temática. Nessa dimensão, ainda que, por exemplo, se coadune, aqui, com a teoria dos direitos fundamentais de Luigi Ferrajoli, foram analisadas concepções diversas, tais como a de Gregorio Peces-Barba Martínez e a de Antonio Enrique Pérez Luño. No mesmo sentido, Jürgen Habermas e John Thompson, apesar de possuírem compreensões distintas sobre o papel do indivíduo em relação às *media*, são ambos importantes para esse debate.

O proposital contraste foi capaz de demonstrar o elo que liga matrizes teóricas tão diversas: a luta pelos direitos fundamentais, com ênfase na liberdade de expressão, e a necessidade de repensar a concentração proprietária dos meios de comunicação de massas. A onipresença da informação, proporcionada pelas *media* eletrônicas, torna a questão ainda mais relevante para a proteção da democracia constitucional, sendo pertinente pontuar, a título de considerações finais, as principais ideias trabalhadas.

1. As distintas perspectivas de Antonio Enrique Pérez Luño, com seu “jusnaturalismo atual”, e de Gregorio Peces-Barba Martínez, com a “teoria positivista dos direitos fundamentais” fazem parte do que se denominou, neste trabalho, “teoria tradicional dos direitos fundamentais”, em razão de serem correntes bastante difundidas.
2. Para Pérez Luño, os direitos fundamentais – ao contrário dos direitos humanos, que não necessitariam de positivação –, seriam aqueles garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos, através de

normas constitucionais que estabelecem instrumentos de tutela especiais. Em virtude de referir-se somente às liberdades e direitos reconhecidos em determinado ordenamento jurídico, esse conceito de direitos fundamentais é mais restrito no espaço e no tempo. As cartas de direitos e constituições possuem, para o autor, natureza meramente declarativa, pois sua finalidade seria apenas reconhecer a existência prévia daqueles direitos num ordenamento suprajurídico.

3. Já Peces-Barba Martínez demonstra-se cético quanto à possibilidade de compreensão do fenômeno dos direitos fundamentais pela expressão “direitos humanos”, terminologia bastante difundida. Considera que é necessário estabelecer limites para a utilização do adjetivo “humanos” como forma de evitar que seu uso, na “linguagem natural”, sirva de ponto de partida para outras expressões que se pretendem mais sólidas na explicação da ideia dos direitos humanos. Por conseguinte, entende que a expressão “direitos fundamentais” seria a mais adequada para “abarcá-los” o fenômeno em sua integralidade, pois, além de ter maior precisão que “direitos humanos”, pode incluir suas duas dimensões – ética e jurídica – sem os reducionismos “jusnaturalistas” ou “positivistas”. Dessa forma, considera que os direitos fundamentais expressariam um nível básico tanto de moralidade quanto de juridicidade.
4. A teoria axiomatizada dos direitos fundamentais, de Luigi Ferrajoli, em vez de tentar descrever quais são esses direitos em um determinado ordenamento jurídico ou quais deveriam ser assim considerados, define, estruturalmente, o que são os direitos fundamentais e qual sua ligação com a dimensão substancial da democracia. Apesar de fundamentada nos positivismos de Kelsen e Hart, não parte do pressuposto de uma ciência jurídica meramente descritiva. Em virtude do paradigma da democracia constitucional e da concretização de direitos fundamentais, entende que a função do direito é vincular e limitar todo exercício de poder, seja ele público ou privado. Para Ferrajoli, os direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa, cidadão ou de pessoa ou cidadão capaz de agir, podendo ser divididos em “direitos primários”, “direitos secundários”, “direitos da pessoa” e

“direitos do cidadão”. Talvez o aspecto mais importante da teoria ferrajoliana seja o fato de que independe dos direitos positivados nos ordenamentos individualmente considerados para estabelecer um conceito de direitos fundamentais. A previsão de tais direitos nos textos constitucionais é somente uma garantia da sua observância pelo legislador ordinário, de modo que os direitos fundamentais se desvinculam da existência de garantias para concretizá-los.

5. “Garantia” é um termo que, na teoria de Luigi Ferrajoli, está relacionado aos instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. Resulta de uma visão negativa a respeito do exercício de qualquer tipo de poder e da crença de que, na ausência de instrumentos capazes de proteger direitos subjetivos, seu cumprimento espontâneo dificilmente seria obtido. Podem ser primárias – obrigação de prestação ou proibição de lesão com o intuito de garantir um direito subjetivo – ou secundárias – de segundo nível, que visam a assegurar o cumprimento das garantias primárias através da anulação ou sanção dos atos inválidos ou ilícitos. Os instrumentos de tutela dos direitos são sempre formas de garantias primárias, independentes dos direitos propriamente ditos, de modo que a ausência de garantias primárias não resulta na inexistência dos direitos que deveriam ser assegurados, mas em lacuna a ser devidamente solucionada. O direito estabelecido positivamente está associado, além do dever ou da proibição para sua concretização, à obrigação de inserir essas garantias no sistema jurídico.
6. O garantismo tem como pressuposto a separação entre direito e moral, oriunda do pensamento iluminista, e como finalidade a crítica às ideologias políticas e jurídicas. Pode ser compreendido de três maneiras: (1) como modelo normativo de direito de “estrita legalidade”, próprio do Estado de direito, apto a minimizar a violência oriunda do exercício do poder – público ou privado – através da imposição de vínculos e limitações; (2) como teoria jurídica da validade e da efetividade, compreendidas como categorias distintas entre si e em relação à existência ou vigência das normas e (3) como filosofia política de justificação do fenômeno jurídico-estatal que parte de um ponto de vista externo para analisar a legitimidade do Estado, servindo, pois,

de fundamento para toda doutrina democrática dos poderes estatais que admitem justificativas não absolutas do Estado e do direito.

7. A diferenciação entre direitos fundamentais/igualdade e direitos patrimoniais/desigualdade é de extrema importância para o garantismo, pois é necessária para a criação de técnicas adequadas para tutelar os direitos fundamentais. Tradicionalmente, contudo, insiste-se em conjugar liberdade e propriedade como se pertencessem ao mesmo grupo de direitos, tendo sido elaboradas técnicas de garantia muito mais eficazes para a proteção dos direitos patrimoniais. Trata-se de um grande equívoco teórico que trouxe resultados politicamente negativos tanto para o pensamento liberal, com a valorização da propriedade a ponto de torná-la equivalente à liberdade, como para o marxista, que, em virtude da mesma equiparação, desvalorizou o direito de liberdade como um “direito burguês”.
8. Direitos fundamentais e direitos patrimoniais possuem quatro diferenças estruturais: (1) um é universal; outro, individual; (2) um, indisponível; outro, disponível; (3) os direitos fundamentais são normas téticas, ou seja, condicionam o exercício dos direitos patrimoniais; estes são normas hipotéticas, condicionadas pelos atos individuais e (4) os primeiros são verticais; os segundos, horizontais.
9. A liberdade de expressão, para Luigi Ferrajoli, é o direito fundamental de liberdade-faculdade mais clássico e elementar, devendo ser analisado como “liberdade de” e como “liberdade para”. Na primeira concepção, consiste não apenas na possibilidade de difundir as próprias ideias, mas também na expectativa de fazê-lo sem constrangimentos ou necessidade de autorização prévia. Entretanto, é proibida sua utilização para violar – como no caso dos *hate speeches* – a dignidade alheia, pois está limitada pelas garantias de imunidade dos direitos fundamentais dos outros indivíduos. Na segunda perspectiva, é garantia da liberdade de expressão através da sua dimensão positiva, mas que, atualmente, é colocada em risco pela vinculação do seu exercício à propriedade dos meios de comunicação de massas.
10. A privatização da liberdade de expressão é fruto da confusão teórica entre direitos fundamentais – de liberdade – e direitos patrimoniais – de autonomia.

Estes, por serem manifestações de poder, devem, na democracia constitucional, submeter-se aos limites impostos por aqueles.

11. Apesar do aparente antagonismo, democracia e liberalismo estão historicamente relacionados. Ambos são contrários à concepção organicista da sociedade, ou seja, compreendem o Estado como uma formação de indivíduos que podem ser considerados independentemente da coletividade, situação que foi possibilitada por três fatores: (1) o contratualismo e sua concepção dos indivíduos como seres autônomos; (2) a economia política e sua compreensão de que, na busca pelos próprios interesses, os homens beneficiam a sociedade e (3) a filosofia utilitarista.
12. Para Norberto Bobbio, a caracterização formal da democracia é a única capaz de estabelecer um acordo mínimo sobre sua definição. Portanto, deve ser analisada como um conjunto de normas, fundamentadas na regra da maioria, aptas a definir quais os sujeitos autorizados a tomar decisões coletivamente vinculantes – quem – e os procedimentos adequados para sua validade – como.
13. A existência de poderes invisíveis é completamente incompatível com a democracia, cuja pedra angular é a visibilidade do poder. O objetivo dos primeiros regimes democráticos foi desvelar o núcleo duro e oculto do poder exercido por pequenos grupos. O segredo fazia parte da prática política relativa ao Estado moderno, mas sua presença era inversamente proporcional ao grau de liberdade em determinado governo: tanto mais livres eram os súditos quanto mais acessíveis fossem os fundamentos de todos os atos do poder público.
14. A versão moderna da democracia só pode ser pluralista. A teoria pluralista propõe a manutenção de um modelo de sociedade com poder centrífugo, distribuído entre diversos pontos mutuamente limitadores. Trata-se de uma corrente do pensamento político oposta à tendência centralizadora e unificadora do poder. Assim, é capaz de propiciar a expansão democrática sem a necessidade de implementação da democracia direta. A teoria democrática leva em conta o poder autocrático e estabelece como solução o aumento das manifestações de poder ascendente; a teoria pluralista tem como

problema o poder monocrático, concentrado, cuja solução se encontra na sua distribuição horizontal.

15. A teoria da democracia constitucional, proposta por Luigi Ferrajoli, não é uma matriz meramente formal. Esse tipo de caracterização, apesar de importante, é insuficiente para definir adequadamente o fenômeno democrático moderno e, portanto, para limitar e vincular seu conteúdo aos direitos fundamentais. A análise ferrajoliana desenvolve-se a partir da percepção de quatro atributos distintos da democracia: (1) sua dimensão – formal e substancial; (2) sua forma – política e civil; (3) seu conteúdo – liberal e social e (4) seus níveis – estatal, supraestatal e infraestatal.
16. A imprescindibilidade do aspecto material da democracia pode ser demonstrada por meio de quatro fatores: (1) a incompatibilidade entre um conceito puramente formal e a realidade, o que limita sua capacidade explicativa e validade empírica; (2) a inconsistência teórica de uma noção puramente formal da democracia que se pretende posterior a si mesma, dado que algum limite substancial é necessário à sobrevivência de qualquer democracia; (3) a incapacidade das teorias puramente formais na abordagem da relação entre a soberania popular e os direitos primários/substanciais e (4) a compreensão, por parte das teorias meramente formais, da democracia como sistema caracterizado pela ausência de limites e vínculos externos à vontade popular, que seria autônoma e capaz de autodeterminar-se.
17. A maioria – ou a totalidade – política está impedida de deliberar sobre o que não lhe pertence, ou seja, sobre as normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais. Nessa perspectiva, os indivíduos não são apenas destinatários, mas titulares dos direitos fundamentais, e qualquer tentativa de tornar a autonomia pessoal equivalente à tomada de decisão pelos representantes da maioria é fruto de uma inaceitável concepção organicista da sociedade.
18. A existência de uma esfera do indecível, estabelecida pelos direitos fundamentais nas constituições democráticas, não extinguiu o papel da política, mas criou novos fundamentos para o seu exercício e possibilitou sua proteção contra o poder arbitrário.

19. Para Jürgen Habermas, a esfera pública pode ser descrita como uma rede para a comunicação de conteúdos, tomadas de posições e opiniões cujos fluxos comunicacionais são filtrados e condensados em opiniões públicas relacionadas a temas específicos.
20. A funcionalidade política da esfera pública surgiu durante o século XVIII, na Inglaterra, através da manifestação de forças burguesas que desejavam ter influência sobre as decisões do poder estatal. Para tanto, recorriam ao público pensante dos cafés e dos clubes de livros a fim de obterem o apoio político e ideológico capazes de legitimar suas reivindicações perante esse novo fórum.
21. Para Habermas, a esfera pública refeudalizada, fruto das modificações ocorridas nos meios de comunicação de massas, tornou-se palco para que os poderes estatais e privados buscassem garantir o apoio popular através da inserção de motivações coerentes com suas necessidades. Com isso, a publicidade assumiu um caráter quase político, pois passou a interferir no imaginário dos indivíduos enquanto membros do Estado e, conseqüentemente, nas suas demandas.
22. A confusão entre Estado e sociedade civil resulta na perda das funções de intermediação da esfera pública política e no enfraquecimento da posição do parlamento enquanto órgão estatal da esfera pública.
23. Para possibilitar a existência de uma esfera pública politicamente ativa na democracia constitucional, é necessário garantir os direitos fundamentais, especialmente a liberdade de expressão. Essa não deve ser interpretada apenas sob o viés negativo, mas como garantia de participação dos indivíduos na arena política. A subversão da opinião pública pelo poder modifica as condições para a circulação de interesses no debate coletivo, afetando a livre formação das manifestações políticas. Além da clássica liberdade de expressão, a heterogeneidade do público requer garantias de igualdade de oportunidades no processo de comunicação pública.
24. Existem, de acordo com John Thompson, três tradições principais na análise da importância, funções e problemas relativos à expansão das *media*: (1) a teoria social crítica, oriunda da escola de Frankfurt, que, com sua visão excessivamente negativa do fenômeno midiático, torna-se pouco aplicável ao

contexto social hodierno; (2) os teóricos das *media*, representados por Harold Innis e Herbert Marshall McLuhan, auxiliam na reflexão sobre a organização social dos meios de comunicação de massas e sua relação com a distribuição desigual do poder e dos recursos e (3) a tradição hermenêutica, da qual o próprio Thompson faz parte, caracterizada pelo entendimento de que a recepção das formas simbólicas – incluindo os produtos midiáticos – sempre implica um processo de interpretação criativo e contextualizado no qual os indivíduos fazem uso dos recursos disponíveis para dar sentido – apropriação – às mensagens que recebem.

25. A televisão, em virtude do deslocamento espaço-temporal e da riqueza simbólica das suas mensagens, introduziu um novo elemento fundamental na vida social e política: o estímulo ou a intensificação das formas de ação coletiva que poderiam ser de difícil controle no contexto dos tradicionais mecanismos de exercício do poder. O desenvolvimento das *media* possibilitou o aparecimento de uma nova forma de visibilidade unidirecional, denominada “mediada”, que acabou se tornando um dos aspectos dominantes do mundo atual, em razão de dispensar a necessidade de compartilhamento do mesmo local espaço-temporal.
26. Para John Thompson, as mudanças na propriedade pública possibilitadas pelas *media* eletrônicas tornam indispensável a compreensão de que o exercício do poder político atual está cada vez mais aberto ao olhar, ou seja, submetido à visibilidade gerada pelos meios de comunicação de massas.
27. A crescente concentração de recursos nas indústrias midiáticas, característica marcante já no século XIX, tende a formar conglomerados transnacionais especializados na produção e transmissão de informações em larga escala. Essa situação passou a ameaçar a liberdade de expressão, não pelo uso desproporcional do poder estatal, mas pela equivocada compreensão de que os meios de comunicação de massas constituem uma atividade econômica como qualquer outra e, portanto, deveriam ser deixados ao arbítrio do mercado.
28. A acumulação de recursos midiáticos constitui importante meio para o exercício do poder, cuja expansão em redes globais pode resultar na limitação da autonomia e da soberania dos Estados. Nesse contexto de conglomerados

midiáticos como protagonistas da produção e distribuição de bens simbólicos, torna-se imprescindível desvincular a propriedade dos meios de comunicação de massas da liberdade de expressão.

29. A concentração proprietária das *media* é comumente justificada por argumentos de eficiência econômica. Sustentam que essa concentração, ao possibilitar a redução dos custos, cria “sinergias” econômicas positivas. Por meio da propriedade cruzada, ou seja, da concentração de diversas empresas ligadas ao jornalismo, cinema e entretenimento, os grupos midiáticos utilizam o poder de um veículo de comunicação para alavancar o sucesso do outro.
30. Ao contrário do que uma perspectiva econômica reducionista poderia supor, nem toda diminuição de custos financeiros significa aumento de eficiência, seja econômica ou social. A concentração proprietária das *media* diminui a diversidade do conteúdo difundido e, portanto, de informação sobre fatos publicamente relevantes. Como resultado, há degradação tanto da qualidade informativa quanto da democracia de maneira geral.
31. A desconstitucionalização da democracia – processo desconstituente – coloca em risco os direitos e garantias fundamentais ínsitos ao constitucionalismo contemporâneo. Pode ser demonstrada através de duas manifestações: (1) o ataque institucional ao sistema político e à democracia representativa por meio do estabelecimento de um modelo plebiscitário de tomada de decisões com forte vinculação ao chefe do poder executivo e (2) a eliminação dos valores constitucionais da consciência de grande parte dos indivíduos, o que resulta na apatia política, na falta de sentido cívico e na mudança da própria concepção de democracia no imaginário coletivo.
32. Os poderes selvagens são classificados por Luigi Ferrajoli em quatro tipos principais com base em duas distinções. A primeira delas fundamenta-se na legalidade, o que permite diferenciar os “poderes selvagens ilegais” – extrajurídicos por violarem o direito – dos “poderes selvagens extralegais” – extrajurídicos por não possuírem regulamentação. A segunda relaciona-se à sua natureza, pública ou privada. Dessa maneira, obtêm-se quatro tipos de poderes selvagens: poderes privados ilegais; poderes públicos ilegais; poderes privados extralegais e poderes públicos extralegais

33. A ausência de controle transforma as *media* em micropoderes selvagens privados extralegais, pois, sem limites estabelecidos, desenvolvem sua própria dinâmica e ignoram o sistema jurídico-constitucional vigente. Seu único princípio legitimador e regulamentador passa a ser aquele do mercado desregulado e selvagem.
34. A disponibilidade de grande parte das *media* pelos poderes econômico e político interfere no exercício da liberdade de expressão e na qualidade das informações colocadas em debate na esfera pública, situação incompatível com a democracia constitucional. A propriedade dos meios de comunicação de massas é um poder cuja concentração afeta a circulação de informações e, conseqüentemente, a autodeterminação política dos cidadãos, da soberania popular e da visibilidade e transparência dos poderes públicos.
35. A produção, fixação e transmissão de formas simbólicas e, portanto, o exercício do poder simbólico, necessita de meios de transmissão – mídias – que, em virtude da sua diversidade, podem ser analisados a partir de quatro critérios: (1) capacidade de fixação das formas simbólicas; (2) reprodutibilidade; (3) separação espaço-temporal e (4) habilidades, competências e conhecimentos necessários para utilização.
36. A regulamentação da propriedade midiática pode ser justificada por três fatores: (1) a necessidade de distribuição democrática do poder simbólico; (2) a manutenção das salvaguardas democráticas e (3) a preservação da qualidade e diversidade em contraposição à busca incessante pelo lucro.
37. Um dos aspectos fundamentais do pluralismo regulado é sua exigência de desconcentração de recursos econômicos e políticos nas *media*. Trata-se de uma ideia duplamente vinculante: por um lado, reconhece que o mercado é incapaz de garantir a liberdade de expressão e de fomentar a diversidade na esfera pública, razão pela qual exige a intervenção econômica como forma de diminuir a concentração dos recursos na indústria midiática; por outro, exige que ela seja independente do poder estatal, como forma de torná-la menos suscetível às pressões do poder político.
38. Três aspectos devem ser analisados na elaboração de regulamentação da propriedade dos meios de comunicação de massas: (1) a imposição de legislação antitruste específica para o setor das *media*; (2) a necessidade de

autorização estatal para operações que envolvam transferência de capital social, situação que deve ser minuciosamente regulamentada com o intuito de reduzir a discricionariedade e a interferência do poder político e (3) a proibição de transferências societárias entre as empresas midiáticas e da participação no capital social de grupos ligados a outros setores da economia.

39. A expansão da democracia é fruto daqueles direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, caracterizadores da própria democracia constitucional, de modo que se vincula ao problema maior, cuja concentração proprietária é apenas um viés: a existência dos poderes selvagens midiáticos.
40. Desse modo, é possível finalizar o presente trabalho afirmando que a regulamentação das *media* também deve considerar os seguintes pontos: (1) a independência editorial e a necessidade de aprovação dos profissionais como condição para fusão de conglomerados midiáticos; (2) a previsão de financiamento público inversamente proporcional às receitas publicitárias e ao espaço reservado à publicidade e (3) a democratização do acesso às infraestruturas de transmissão de conteúdo, seja pela formação de consórcios para sua gestão, do subsídio estatal ou da imposição, aos grandes conglomerados proprietários das *technical medium*, de obrigações de compartilhamento infraestrutural.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialéctica de la Ilustración**: fragmentos filosóficos. Tradução de Juan José Sánchez. Madrid: Trotta, 1994. 303 p.

ALLEN, Gene. Monopolies of news: Harold Innis, the telegraph and wire services. In: BLONDHEIM, Menahem; WATSON, Rita (orgs.). **The Toronto School of Communication Theory**: Interpretations, Extensions, Applications. Kindle Edition. Toronto: University of Toronto Press, 2007. po. 3237-3863.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. 351 p.

BAKER, C. Edwin. **Human Liberty and Freedom of Speech**. New York: Oxford University Press, 1989. 385 p.

_____. **Media Concentration and Democracy**: Why ownership matters. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. 256 p.

_____. **Media, Markets and Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. 377 p.

BLONDIAUX, Loïc. L'opinion publique. In: GINGRAS, Anne-Marie (org.). **La communication politique**: État des savoirs, enjeux et perspectives. Québec: Presses de l'Université du Québec, 2003. p. 137-158.

BOBBIO, Norberto. A democracia e o poder invisível. In: _____. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997a. p. 41-64.

_____. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. 240 p.

_____. Democracia e ditadura. In: **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 135-165.

_____. Democracia representativa e democracia direta. In: _____. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997b. p. 83-106.

_____. **El tiempo de los derechos.** Tradução de Rafael de Asís Roig. Madrid: Sistema, 1991. 257 p.

_____. **Igualdad y libertad.** Tradução de Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993. 155 p.

_____. La crisis de la democracia y la lección de los clásicos. In: _____; PONTARA, Giuliano; VECA, Salvatore. **Crisis de la democracia.** Tradução de Jordi Marfà. Barcelona: Ariel, 1985. p. 5-25.

_____. **Liberalismo e democracia.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000. 97 p.

_____. O futuro da democracia. In: _____. **O futuro da democracia.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997c. p. 17-40.

_____. **O positivismo jurídico.** Tradução de Márcio Pugliesi *et al.* São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.

_____. Pluralismo. In: _____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Diccionario de política.** Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília: UnB, 1998b. p. 928-933.

_____. Premissa. In: _____. **O futuro da democracia.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997d. p. 9-15.

_____. Sociedade Civil. In: _____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Diccionario de política.** Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília: UnB, 1998c. p. 1206-1211.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **A subjetividade do tempo:** Uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 124 p.

_____. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 104 p.

_____; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 211 p.

BOURDIEU, Pierre. **A distinção**: crítica social do julgamento. Tradução de Daniela Kern *et al.* Porto Alegre: Zouk, 2007. 560 p.

_____. Campo de poder, campo intelectual y habitus de clase. In: _____. **Campo de poder, campo intelectual**: itinerario de un concepto. Tradução de Jorge Dotti. Buenos Aires: Montessor, 2002. p. 97-118.

CADEMARTORI, Daniela M. L. de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba: Juruá, 2006. 324 p.

_____; CADEMARTORI, Sergio. Mutações da cidadania: da comunidade ao estado liberal. **Seqüência**, Florianópolis, v. 28, n. 55, p. 65-94, dez. 2007. ISSN 2177-7055. Disponível em <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15044>>. Acesso em: 11 abr. 2012.

_____; _____. O poder do segredo e os segredos do poder: uma análise histórico-conceitual dos limites e das possibilidades de convivência entre o segredo e a democracia. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 16, n. 3, p. 316-328, 3º quadrimestre de 2011. ISSN 2175-0491. Disponível em <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3416/2122>>. Acesso em: 11 abr. 2012.

CADEMARTORI, Sergio; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi *et al* (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 207-227

CALHOUN, Craig. Introduction: Habermas and the Public Sphere. In: _____. **Habermas and the Public Sphere**. Cambridge: The MIT Press, 1992. p. 1-48.

CHARLAND, Maurice. Le langage politique. In: GINGRAS, Anne-Marie (org.). **La communication politique**: État des savoirs, enjeux et perspectives. Québec: Presses de l'Université du Québec, 2003. p. 67-92.

CHOMSKY, Noam. **Deterring Democracy**. Kindle Edition. London: Vintage Books, 2006. 11307 po.

_____; HERMAN, Edward S. **Manufacturing Consent**. New York: Pantheon Books, 1988. 393 p.

COHEN, Jean L; ARATO, Andrew. **Civil Society and Political Theory**. Cambridge: The MIT Press, 1997. 771 p.

COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos Meios de Comunicação de Massa. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago; GRAU, Eros Roberto (orgs.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 149-166.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. 625 p.

_____. **Polyarchy: Participation and Opposition**. London: Yale University Press, 1971. 257 p.

_____. Polyarchy, Pluralism, and Scale. **Scandinavian Political Studies**, [S.l.], v. 7, n. 4, p. 225-240, 1984. ISSN 00806757. Acesso através do portal de periódicos CAPES.

DAS, Anupreeta; JANNARONE, John; PEERS. News Corp. Mulls Splitting in Two. **The Wall Street Journal**, New York, 26 jun. 2012. B1.

DAYAN, Daniel. Télévision: le presque-public. **Réseaux**, [S.l.], v. 18, n. 100, p. 427-456, 2000. eISSN 1777-5809.

DORFMAN, Ariel; MATTELART, Armand. **Para leer al pato Donald**. 18. ed. Cerro del agua: Siglo XXI, 1979. 162 p.

DWORKIN, Ronald. **A bill of rights for Britain**. London: Chatto & Windus, 1990. 59 p.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

_____. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. 371 p.

_____. The Right to Ridicule. **New York Review of Books**, New York, v. 53, n. 5, p. 44-44, 23 mar. 2006. ISSN 00287504. Acesso através do portal de periódicos CAPES.

_____. **Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2005. 427 p.

_____. Rights as trumps In: WALDRON, Jeremy (ed.). **Theories as rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 195-213.

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. Tradução de Mónica Utrilla de Neira. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1999. 381 p.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 304 p.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi *et al* (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a. p. 13-56

_____. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez *et al*. Madrid: Trotta, 2008. 373 p.

_____. Derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi *et al*. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez *et al*. Madrid: Trotta, 2001a. p. 19-56.

_____. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. 180 p.

_____. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1995. 991 p.

_____; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo: una conversación**. Madrid: Trotta, 2012. 155 p.

_____. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Tradução de Gerardo Pisarello *et al*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. 198 p.

_____. **Epistemología jurídica y garantismo**. Tradução de José Juan Moresco e Pablo E. Navarro. Coyoacán: Fontamara, 2004. 300 p.

_____. **Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia**. Tradução de Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. 132 p.

_____. Il processo decostituente. **Critica marxista**: analisi e contributi per ripensare la sinistra, Rioja, n. 6, p. 9-19, 2005a. ISSN 0011-152X.

_____. Il processo decostituente: depoimento. [21 de outubro de 2010]. Roma: **Scuola per la Buona Política di Torino**. Entrevista concedida a Michelangelo Bovero. Disponível em: <<http://www.sbptorino.org>>. Acesso em: 10 dez 2011.

_____. Los derechos fundamentales en la teoría del derecho. In: FERRAJOLI, Luigi *et al.* **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Trotta, 2001b. p. 139-196.

_____. Los fundamentos de los derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi *et al.* **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Trotta, 2001c. p. 19-56.

_____. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. Tradução de André Karam Trindade. In: _____ *et al* (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b. p. 231-254

_____. **Poderes salvajes**: La crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011a. 109 p.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Daniela Cademartori *et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b. 122 p.

_____. **Principia iuris**: Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Bari: Laterza, 2007a. 1021 p.

_____. **Principia iuris**: Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia. Bari: Laterza, 2007b. 713 p.

_____. **Principia iuris**: Teoria del diritto e della democrazia. 3. La sintassi del diritto. Bari: Laterza, 2007c. 1490 p.

_____. Processo decostituente. In: GALLO, Domenico; IPPOLITO, Franco (orgs.). **Salviamo la costituzione**. Taranto: Chimienti, 2005b. p. 93-110.

FISS, Owen M. **The irony of free speech**. Kindle Edition. Cambridge: Harvard University Press, 1996. 1012 po.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. 731 p.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: Justiça e Democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. 294 p.

GAY FUENTES, Celeste. **La televisión ante el derecho internacional y comunitario**. Madrid: Marcial Pons, 1994. 306 p.

GIDDENS, Anthony. **Política, sociologia e teoria social**: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. Tradução de Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998. 336 p.

_____. **Sociologia**. Tradução de Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005. 600 p.

_____. **Sociology**. 6. ed. Cambridge: Polity, 2009. 1194 p.

GINGRAS, Anne-Marie. Les théories en communication politique. In: _____. **La communication politique**: État des savoirs, enjeux et perspectives. Québec: Presses de l'Université du Québec, 2003. p. 11-66.

_____. **Médias et démocratie**: le grand malentendu. 2. ed. Québec: Presses de l'Université du Québec, 2006. 287 p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2. 354 p.

_____. Further Reflections on the Public Sphere. In: CALHOUN, Craig. **Habermas and the Public Sphere**. Tradução de Thomas Burger. Cambridge: The MIT Press, 1992. p. 421-461.

_____. **Mudança estrutural da Esfera Pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 398 p.

_____. “Reasonable” versus “verdadero”, o la moral de las concepciones del mundo. In: _____; RALWS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Tradução de Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 1998. p. 147-181.

_____. **Strukturwandel der Öffentlichkeit**: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft. Frankfurt: Suhrkamp, 1990. 391 p.

_____. **The Structural Transformation of the Public Sphere**: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society. Tradução de Thomas Burger. Cambridge: The MIT Press, 1993. 301 p.

_____. Vorwort zur Neuauflage 1990. In: _____. **Strukturwandel der Öffentlichkeit**: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft. Frankfurt: Suhrkamp, 1990. p. 11-50.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**: Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. 325 p.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Prólogo. In: FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**: La crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011. p. 9-17.

INNIS, Harold A. **Empire and communications**. Toronto: Press Porcépic, 1986. 184 p.

_____. **The bias of communication**. 2. ed. Kindle Edition. Toronto: University of Toronto Press, 2008. 5695 po.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. 335 p.

_____. **Para a paz perpétua**. Tradução de Bárbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006. 116 p.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: _____. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Boeira *et al.* 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. 257 p.

LEBEL, Estelle. Les théories en communication politique. In: GINGRAS, Anne-Marie (org.). **La communication politique: État des savoirs, enjeux et perspectives.** Québec: Presses de l'Université du Québec, 2003. p. 93-136.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia:** formas de gobierno y resultados en treinta y seis países. Tradução de Carme Castellnou. 6. ed. Barcelona: Ariel, 2010. 315 p.

LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate:** a biography of the First Amendment. Kindle Edition. New York: Basic Books, 2009. 3867 po.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil:** ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. 318 p.

MARSHALL, Thomas Humphrey. Cidadania e classe social. In: _____. **Cidadania, classe social e status.** Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 57-114.

MATTELART, Armand. **Diversidad cultural y mundialización.** Tradução de Gilles Multigner. Barcelona: Paidós, 2006. 177 p.

_____. **Geopolítica de la cultura.** Tradução de Gilles Multigner. Bogotá: Desde abajo, 2002a. 176 p.

_____. **Historia de la sociedad de información.** Tradução de Gilles Multigner. Barcelona: Paidós, 2002b. 193 p.

_____. **La comunicación-mundo:** historia de las ideas y de las estrategias. Tradução de Gilles Multigner. 2. ed. Coyoacán: Siglo XXI, 2003. 360 p.

_____. **La mundialización de la comunicación.** Tradução de Orlando Carreño. Barcelona: Paidós, 1998. 130 p.

_____; MATTELART, Michèle. **Historia de las teorías de la comunicación.** Tradução de Antonio López Ruiz e Fedra Egea. Barcelona: Paidós, 1997. 142 p.

_____; NEVEU, Erik. **Los cultural studies:** hacia una domesticación del pensamiento salvaje. Buenos Aires: Ediciones de periodismo y comunicación, 2002. 92 p.

MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; _____; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília: UnB, 1998a. p. 686-705.

_____. Opinião pública. In: BOBBIO, Norberto; _____; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília: UnB, 1998b. p. 842-845.

_____. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Tradução de Francisco Javier Ansuátegui Roig *et al.* Madrid: Trotta, 1998c. 318 p.

MCLUHAN, Marshall. **Comprender los medios de comunicación**: Las extensiones del ser humano. Tradução de Patrick Ducher. Barcelona: Paidós, 1996. 366 p.

_____. **Contraexplosión**. Tradução de Isidoro Gelstein e Isabel Carballo. Buenos Aires: Paidós, 1979. 148 p.

_____; POWERS, B.R. **La aldea global**: transformaciones en la vida y los medios de comunicación mundiales en el siglo XXI. Tradução de Claudia Ferrari. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1993. 203 p.

MENDES, Karla. Governo quer que CADE analise empresas de mídia. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 29 abr. 2011. A13.

MEYROWITZ, Joshua. **No sense of place**: The Impact of Electronic Media on Social Behavior. Kindle Edition. New York: Oxford University Press, 1985. 11253 po.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Free speech and its relation to self-government**. New York: Harper & Brothers Publishers, 1948. 107 p. Disponível em <<http://digital.library.wisc.edu/1711.dl/UW.MeikFreeSp>>. Acesso em: 05 jul 2011.

MILL, John. S. **On Liberty**. State College: Pennsylvania State University, 2006. 119 p. ISBN 1449518141. Disponível em: <http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/jsmill/JS-Mill-On-Liberty.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 851 p.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Constitucionalismo garantista: notas lógicas In: FERRAJOLI, Luigi *et al* (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 133-146.

NADEAU, Richard; BASTIEN, Frédérick C. La communication électorale. In: GINGRAS, Anne-Marie (org.). **La communication politique: État des savoirs, enjeux et perspectives**. Québec: Presses de l'Université du Québec, 2003. p. 159-188.

NEVEU, Erik. De quelques incidences des médias sur les systèmes démocratiques. **Réseaux**, [S.l.], v. 18, n. 100, p. 107-136, 2000. eISSN 1777-5809.

NOVAES, Adauto (org.). **Rede imaginária: televisão e democracia**. 2. ed. São Paulo: Companhia das letras, 1991. 317 p.

PANEBIANCO, Angelo. Comunicação Política. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al*. 11. ed. Brasília: UnB, 1998. p. 200-204.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999. 720 p.

_____. *et al*. **Sobre las libertades políticas en el Estado español: expresión, reunión y asociación**. Valencia: Fernando Torres, 1977. 170 p.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos. 550 p.

_____. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2005. 233 p.

_____. La fundamentación de los derechos humanos. **Revista de Estudios Políticos**, Logroño, n. 35, p. 7-72, Septiembre-Octubre 1983.

RAWLS, Johh. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1996. 464 p.

_____. Réplica a Habermas. In: HABERMAS, Jürgen; _____. **Debate sobre el liberalismo político**. Tradução de Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 1998. p. 75-143.

PROULX, Serge; BÉLANGER, Danielle La réception des messages. In: GINGRAS, Anne-Marie (org.). **La communication politique: État des savoirs, enjeux et perspectives**. Québec: Presses de l'Université du Québec, 2003. p. 215-256.

RAZ, Joseph. Free Expression and Personal Identification. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 11, n. 3, p. 303-324, Summer 1991. ISSN 0143-6503. Acesso através do portal de periódicos CAPES.

ROOTES, C. A. Mass society. In: OUTHWAITE, William. **The Blackwell Dictionary of Modern Social Thought**. 2. ed. Malden: Blackwell Publishing, 2003. p. 385-386.

ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática: Imparcialidad, reflexividad y proximidad**. Tradução de Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010. 317 p.

ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence. **Cardozo Law School, Public Law Research Papers**, New York, n. 41, p. 1-63, April 2001. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=265939>>. Acesso em: 16 jan. 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat Social ou Principes du droit politique**. [S.l.] : Association de Bibliophiles Universels, 1999. 82 p. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=86382>. Acesso em: 17 jul. 2012.

SAMPEDRO BLANCO, Víctor. **Opinión pública y democracia deliberativa: Medios, sondeos y urnas**. Madrid: Istmo, 2000. 215 p.

SANI, Giacomo. Consenso. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília: UnB, 1998. p. 240-242.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 493 p.

SARTORI, Giovanni. **Homo videns: La sociedad teledirigida**. Tradução de Ana Díaz Soler. Buenos Aires: Taurus, 1998. 159 p.

SODRÉ, Nelson Werneck. **História da imprensa no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1977. 583 p.

STOPPINO, Mario. Manipulação. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília: UnB, 1998. p. 727-734.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a. 420 p.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 919 p.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 110 p.

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b. 639 p.

SUNSTEIN, Cass. **Democracy and the problem of free speech**. Kindle Edition. New York: The Free Press, 1995. 326 p.

TAYLOR, Charles. **Uma era secular**. Tradução de Nélcio Schneider e Luzia Araújo. São Leopoldo: UNISINOS, 2010. 930 p.

THOMPSON, John Brookshire. **El escándalo político**: Poder y visibilidad en la era de los medios de comunicación. Tradução de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar. Barcelona: Paidós, 2001. 392 p.

_____. **Ideologia e cultura moderna**: Teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Tradução de Pedrinho Guareschi *et al.* 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999. 427 p.

_____. Mass media. In: OUTHWAITE, William. **The Blackwell Dictionary of Modern Social Thought**. 2. ed. Malden: Blackwell Publishing. 2003. p. 383-385.

_____. La nueva visibilidad. **Papers**, Barcelona, n. 78, p. 11-30, 2005. ISSN: 0210-2862.

_____. **Los media y la modernidad**: Una teoría de los medios de comunicación. Tradução de Jordi Colobrans Delgado. Barcelona: Paidós, 1998. 357 p.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Tilton. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. 261 p.

TREZZI, Humberto. Prestes a atingir maior efetivo em 17 anos, Polícia Civil aposta em geração mais jovem e tecnológica. **Zero Hora online**. Porto Alegre, 16 jun. 2012. Disponível em <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/policia/noticia/2012/06/prestes-a-atingir-maior-efetivo-em-17-anos-policia-civil-aposta-em-geracao-mais-jovem-e-tecnologica-3792679.html>>. Acesso em 18 jun. 2012.

UNESCO. **Manu Voices, One World**: Towards a new, more just and more efficient world information and communication order. London: Kogan Page, 1980. 312 p.

VAN MILL, David. Freedom of Speech. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Winter 2009. ISSN 1095-5054. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/win2009/entries/freedom-speech>. Acesso em: 29 jun. 2011. Não paginado.

VEDEL, Thierry. Internet et les pratiques politiques. In: GINGRAS, Anne-Marie (org.). **La communication politique**: État des savoirs, enjeux et perspectives. Québec: Presses de l'Université du Québec, 2003. p. 189-213.

WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 13, n. 1, p. 18-51, Spring 1993. ISSN 0143-6503. Acesso através do portal de periódicos CAPES.

_____. Dignity and Defamation: The Visibility of Hate. 2009 Oliver Wendell Holmes Lectures. **Harvard Law Review**, Harvard, v. 123, n. 7, p. 1596-1657, May 2010. ISSN 0017-811X. Acesso através do portal de periódicos CAPES.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. v. 2. 586 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. 403 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002. 156 p.

ZHAO, Xiaoquan. Revitalizing Time: An Innisian Perspective on the Internet. In: BLONDHEIM, Menahem; WATSON, Rita (orgs.). **The Toronto School of Communication Theory: Interpretations, Extensions, Applications**. Kindle Edition. Toronto: University of Toronto Press, 2007. po. 3864-4143.

ZOLO, Danilo. Freedom, property and equality in the theory of 'fundamental rights'. A commentary on an essay by Luigi Ferrajoli. **International Journal for the Semiotics of Law**, [S.l.], v. 14 n. 1, p. 71-96, 2001. ISSN 1572-8722. Acesso através do portal de periódicos CAPES.