

A DEFESA DA DEMOCRACIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE DEFENSE OF DEMOCRACY AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹

1. Não faz dúvida serem os direitos fundamentais a raiz da democracia moderna.

Historicamente, a prova é a de que as primeiras democracias se constroem a partir da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776 e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1787 que ambas reconhecem como direitos fundamentais, inalienáveis e imprescritíveis do ser humano a liberdade e a igualdade.

E a institucionalização política que delas decorre visa essencialmente a resguardá-los, pois, como brada o art. 16 da Declaração francesa:

¹ Professor Emérito da Faculdade de Direito da USP. Professor Titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris. Ex-Professor visitante da Faculdade de Direito de *Aix-en-Provence* (França). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto “Pimenta Bueno” - Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

“Toda sociedade na qual não é assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”.

Assim, a própria razão de ser do Estado constitucional democrático está nos direitos fundamentais pois ele resulta da lógica da liberdade e da igualdade de todos os seres humanos. Assim defender a democracia é defender os direitos fundamentais, defender os direitos fundamentais é defender a democracia.

2. É certo que o abuso de direitos fundamentais pode ameaçar a democracia em situações específicas. Cabe defender então a democracia contra esses abusos, mesmo porque esses abusos desnaturam os direitos fundamentais abusados. Esta defesa, todavia, tem de ser feita de acordo com a Constituição, a lei magna de proteção dos direitos fundamentais e não de modo arbitrário, desrespeitando o cerne desses mesmos direitos.

Não se pode, em consequência, aceitar a lição de Loewenstein e da democracia dita militante, segundo a qual “se a democracia acredita na superioridade de seus valores absolutos sobre as observações oportunísticas do fascismo, ela deve enfrentar as exigências da hora e todo esforço possível deve ser feito para salvá-la, mesmo com o risco e o custo de violar seus princípios fundamentais”.²

Isto, na verdade, significaria defender a democracia destruindo a razão de ser da democracia.

3. Dentre as liberdades públicas uma das mais preciosas é a da livre manifestação do pensamento. Quem o diz é a Declaração de 1789

2 Karl Loewenstein, “*Militant Democracy and Fundamental Rights I*”, *American Political Science Review*, vol. 31, nº 3 (junho 1937) p. 432.

no art. 11, aliás, lhe estabelece o regime jurídico, levando em conta o seu aspecto positivo e o seu eventual aspecto negativo.

Dispõe ele:

“A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, mas será responsabilizado quem abusar desta liberdade nos casos determinados em lei”.

Este preceito revela, por um lado, a percepção de que tal liberdade tem valor incomensurável. Com efeito, é condição da difusão da experiência e do saber que são indispensáveis ao progresso. Ao contrário, a inexistência dessa liberdade significa estagnação e mesmo o atraso, como tantas vezes ocorreu no passado, em virtude do cerceamento da difusão de novas ideias, de novas descobertas, de novas verdades científicas.

Por outro, ele enuncia as referidas linhas mestras de seu regime jurídico.

Está nele a proibição a censura que é a primeira das referidas linhas mestras. Igualmente, ser reservada à lei o único limite que a restringe lei esta que é – não se olvide – “a expressão da vontade geral, definida pelo povo ou seus representantes” (art. 6º).

E, terceira linha mestra, a responsabilização de quem abusar dessa liberdade, usando-a de modo prejudicial à sociedade, conforme está no art. 5º.

Traçam elas o regime jurídico dessa liberdade dos estados democráticos de direito. É este o modelo que já adotava o direito constitucional brasileiro quando nasce em 1824 e adota a Constituição-cidadã de 1988.

4. Na verdade, o impacto do abuso da liberdade de manifestação do pensamento tem muito a ver com o fato de que ela tem seu alcance estendido pelo avanço tecnológico. Este tem trazido uma difusão que acentua o seu impacto no convívio social e consequentemente impõe a necessidade de alteração de seu regime jurídico.

Com efeito, comunicação pela voz não alcança senão a poucos que a ouvem, a que se faz pela imprensa alcança inúmeros grupos sociais e persiste no tempo. Por isso, levou a uma regulamentação específica. O seu impacto foi acentuado pelo rádio, depois pela televisão. Aquele, a partir dos anos trinta, levou a milhões a palavra e as ideias de lideranças tão opostas como Roosevelt e Hitler. Após a Segunda Guerra, veio a televisão, que acrescentou a imagem à informação. Mais recentemente, a internet faz possível que o pensamento de cada um dos membros de uma comunidade possa ser transmitido a incontáveis membros desta.

5. Por outro lado, em matéria política, as comunicações que visavam ao convencimento, portanto, à razão dos que as recebiam, mudaram de perfil, passaram a visar a criar “emoções” como denuncia Loewenstein nos seus escritos dos anos 30 do século XX.

É isto uma decorrência da utilização dos conhecimentos revelados pela psicologia social, de que o ser humano e particularmente as multidões nem sempre se portam racionalmente, mas se deixam levar por mensagens dirigidas aos sentimentos, ao “irracional” da humanidade. Desenvolve-se então a propaganda e a perversão desta para desencadear paixões. – e esta passa a dominar os próprios programas partidários que se tornam obra não de pensamentos mais de “marqueteiros”.

Tal perversão é exacerbada pela tecnologia de hoje. Esta permite a difusão para milhões de mensagens que visam a difundir mentiras, distorcer fatos, exacerbar paixões como a admiração e o ódio, ou seja, aquilo que hoje se designa imprecisamente de fake news. Inclusive

ela enseja que tais abusos sejam feitos por meio de robôs, por meio de “autores” fictícios que para tanto se utilizam de “plataformas” de provedores que não as controlam.³

Decorre disto a necessidade e a urgência de uma atualização do regime jurídico dessa liberdade em face da tecnologia contemporânea, como no passado o exigiu a liberdade de imprensa. Na verdade, rádio, televisão e internet propiciam mais do que a imprensa a exploração do irracional, dos sentimentos, das “emoções” no plano da política. Esta exploração, todavia, é um fenômeno conatural à propaganda⁴. Esta explora esses nichos e tende a se limitar a essa exploração. Vê-se isto dos programas partidários, que hoje são obra não de pesadores como Marx, mas de “marqueteiros”.

Entretanto, a própria imprensa, às vezes, não hesita em fazê-lo, por exemplo, nos títulos das notícias, pois é sabido que a maioria dos leitores não vai além delas.

É preciso, todavia, não exagerar o efeito da propaganda sobre o povo, o eleitorado. Com efeito, se este não fosse capaz de racionalmente superar a mera propaganda, a democracia seria inviável. Ou não passaria de uma farsa, porque o verdadeiro poder estaria nas mãos do melhor propagandista.

Certamente o direito brasileiro necessita de tal atualização. Vale, por isso, estudar as linhas mestras do direito vigente, a fim de identificar suas vulnerabilidades.

3 V. Jamie Bartlett, *The People vs. Tech – How the internet is killing democracy (and how to save it)*, Penguin, Londres, 2028.

[?] V. Giovanni Sartori, *Homo videns – La sociedade teledirigida*, trad. esp., Ed. Taurus, Madrid, 2^a ed., 1998.

4 V. meu livro *A ressurreição da democracia*, Dia a Dia Ed., Santo André, 2020, Parte II, caps. 5 e 6.

6. O direito constitucional brasileiro desde 1824 sempre seguiu o modelo traçado pela Declaração, como já se apontou, exceto em períodos autocráticos.

Assim ele consagra a proibição da censura, a limitação dessa liberdade pela lei e a responsabilização a posteriori dos que infringirem essa limitação.

Na verdade, quanto à censura, ela a proíbe duas vezes. A primeira, de ordem geral, no art. 5º, IV e depois no art. 220 sobre a comunicação social. Neste ela estabelece:

“A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Como se isto não bastasse, o seu § 2º explicita: “É vedada qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.” Apenas na situação emergencial do estado de sítio ela admite sejam adotadas restrições “à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão” e assim mesmo “nos termos da lei”.

Em consequência as mensagens pela internet obviamente não podem ser censuradas.

7. Entretanto, é preciso não perder de vista o disposto na parte final do art. 5º, IV. Este afirma ser “livre a manifestação do pensamento”, mas acrescenta a “sendo vedado o anonimato”.

A vedação do anonimato obviamente visa propiciar a responsabilização, seja civil, seja penal, dos que abusem da liberdade de manifestação do pensamento.

Ora, disto decorre que as mensagens transmitidas pelas

plataformas não podem ser anônimas. É evidente que divulgar mensagens anônimas ou por meio de robôs – e este é caso frequente – viola a Lei Magna.

Não há exceção a esta proibição. Consequentemente ela se aplica às mensagens que se divulgam pelas plataformas digitais. Disto deriva ser inconstitucional o art. 18 da Lei nº 12.925/14 que isenta de responsabilidade os provedores de tais plataformas.

8. Vale observar que a situação jurídica dos provedores de plataformas, por analogia, é igual à dos diretores de jornais que são responsáveis pelo que neles se publica, solidária ou subsidiariamente, à dos autores do texto. Com efeito, as plataformas são os “jornais” da tecnologia contemporânea. Insista-se. Não resulta disto censura. Há responsabilização assimilada à co-autoria de eventuais violações das normas constitucionais e legais que limitam a liberdade de manifestação do pensamento.

Falta para a segurança jurídica, uma lei regule a liberdade de manifestação do pensamento por meio de mensagens pela internet, equivalente à Lei nº 2.038/1953 que regulava a “a liberdade de imprensa”. Esta – saliente-se - editada num período plenamente democrático da vida brasileira.

Tal lei dispunha sobre a penalização dos abusos de tal liberdade que definia (art. 8º e seguintes) e mesmo apontava não constituírem abusos determinadas manifestações (art. 15). Por exemplo, opiniões críticas “que não descerem a insulto pessoal sobre atos governamentais, sentenças e despachos dos juízes e tribunais” (alínea “e”).

Mais adiante discriminava sucessivamente, os responsáveis pelos delitos de imprensa, desde o autor do escrito até os dirigentes da publicação (art. 28 e s.). Ademais regulava o processo penal, a execução da sentença, o direito de resposta, etc.

9. Não é preciso lembrar que, num Estado de Direito, somente a lei pode definir e proibir e apenar as perversões e abusos que mensagens exprimem. Necessário se torna ajustar a lei penal à sua repressão que não pode ficar à mercê da opinião de qualquer autoridade. Do contrário esta exerceria uma censura que, como se apontou acima, é proibida pela Constituição, mesmo em se tratando de ideias de natureza política ou ideológica.

10. Ademais a repressão penal compete sempre - num Estado de Direito, insista-se – aos órgãos ordinariamente incumbidos de sua tarefa. Ela cabe numa democracia ao Poder Judiciário, em última análise, sem se ignorar a escala de suas instâncias e o papel de outros órgãos, desde a polícia até o Ministério Público.

Descabe, inclusive, criar para a repressão de mensagens abusivas procedimentos ad hoc ou tribunais de exceção. Estes, aliás, proibidos pelo art. 5º, XXXVIII da Constituição.

Igualmente ela deverá ser feita observando-se os princípios do devido processo legal, como o do juiz natural.

Arguir-se-á que isto dificultará a repressão, e, sobretudo, retardará que sejam tais mensagens retiradas das plataformas. Por que será isto necessário quando não o é para publicações? Não será tal retirada uma forma de censura?

Por outro, embora as mensagens abusivas sejam uma arma perigosa de propaganda, exagerar-lhes o poder é pressupor que o cidadão não tem – de modo geral – a racionalidade e espírito crítico suficientes para distinguir a mentira da verdade. E esta recusa do poder da racionalidade solapa a democracia no seu alicerce, pois equivale a dizer que o cidadão não tem as condições de tomar racionalmente as decisões políticas.

11. A conclusão deste trabalho é simples. A defesa da democracia é necessária, mas tem de ser feita respeitando a simbiose que nela existe. Não se pode aceitar a defesa da democracia contrariando direitos fundamentais, porque isto é destruir a democracia, pretendendo defendê-la.

Não se defende a democracia contra os fundamentos da própria democracia.