

35º Encontro Anual da Anpocs

GT 13

Financiamento político no Brasil: o impacto do dinheiro sobre partidos, eleições, candidatos e representantes.

Financiamento de campanhas políticas e igualdade política: uma perspectiva liberal-igualitária

Júlio César Casarin Barroso Silva¹

Caxambu, outubro de 2011

¹ Professor de Ciência Política junto ao Departamento de Ciências Sociais da Escola de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade Federal de São Paulo. Endereço eletrônico: julioesarcbbs@hotmail.com

Resumo

Em controversa decisão datada do mês de Janeiro de 2010, a Suprema Corte dos Estados Unidos --a pretexto da proteger a liberdade de expressão -- declarou inconstitucional a legislação que colocava limites à doação e ao uso de dinheiro privado para o financiamento e os gastos das campanhas eleitorais e partidos políticos naquele país. Apresentando a evolução do entendimento da Corte sobre o tema e utilizando a perspectiva teórico-normativa conferida pelo liberalismo igualitário, o presente trabalho tem o escopo de analisar os fundamentos teóricos da decisão, bem como refletir sobre as implicações corrosivas que o desatamento do dinheiro corporativo no financiamento político pode ter sobre o que Rawls chamou de “valor equitativo das liberdades políticas”.

1) Introdução Histórica

Nos Estados Unidos, há tempos que candidatos presidenciais dos dois principais partidos gastam mais de 100 milhões de dólares apenas com as primárias (LEWIS, 2007: 177). Se a atividade financeira das convenções e das candidaturas presidenciais mobilizou a quantia de 478 milhões de dólares estadunidenses em 1996, em 2000 a quantia chegou a 649,5 milhões de dólares, e em 2004 ultrapassou-se a barreira do bilhão de dólares, de acordo com o próprio órgão regulador das eleições naquele país, a *Federal Elections Commission*². E podemos afirmar sem hesitação que os números relativos a 2008 são confortavelmente maiores do que os de 2004.

Se nos dispuséssemos a fazer uma história da legislação reguladora do financiamento de campanhas nos Estados Unidos, poderíamos remontar a 1907, quando foi aprovada a Lei Tillman (*Tillman Act*), a primeira lei federal tratando de doações e de gastos de campanha, que proibia corporações de doar dinheiro diretamente a campanhas políticas. (DIONNE Jr., 2009; SMITH, 2001: 24). Para nossos propósitos aqui, contudo, não precisamos recuar tanto. Basta que retornemos à década de 1970. Foi em 1971 que, buscando pôr limites na corrida de políticos por dinheiro privado para pagar suas já preocupantemente caras campanhas, o Congresso estadunidense aprovou normas restringindo as doações individuais a candidatos e limitando os gastos dos mesmos (*Federal Election Campaign Act*), normas que foram reforçadas em 1974, na esteira do

² Dados disponíveis em: <<http://www.fec.gov/press/press2005/20050203pressum/20050203pressum.html>>

Watergate, com o *Election Act Amendment*. As restrições aplicavam-se a doações a candidatos individuais a cargos públicos, a gastos feitos pelos candidatos com os seus próprios fundos e aos gastos totais no curso de uma campanha. O problema da constitucionalidade das medidas foi levado à Suprema Corte, que chegou a uma decisão em 1976, no caso *Buckley v. Valeo*³, segundo o qual proibir um político de gastar a quantidade de dinheiro que lhe apraza no curso de uma campanha política é restringir a sua liberdade de expressão. Atentemos, no entanto, que a Suprema Corte determinou que embora os *tetos aos gastos* de campanha violavam a Primeira Emenda, entendeu também que os *limites às doações* eram constitucionais. Se o leitor se interroga sobre a diferença entre gastos e doações, esclarecemos que

“se você simplesmente preenche um cheque de mil dólares e o dá ao tesoureiro de campanha de um candidato, você está fazendo uma contribuição; se você publica um anúncio no jornal em favor do candidato sem consultar sua equipe de campanha, você está fazendo um gasto”. (HOLMES, 1990: 38)

Contribuições não são expressão política; gastos de campanha, por sua vez, ao menos para a Suprema Corte, representam uma forma de expressão política, e como tal estão no centro da proteção oferecida pela Primeira Emenda. Na opinião da Corte, a referida Emenda “nega ao governo o poder de determinar quais gastos para promover as visões políticas de alguém são desperdício, excessivos ou pouco sábios”. O tribunal invalidou ainda o dispositivo da lei que estabelecia um limite a quanto um candidato podia gastar de seu próprio bolso numa campanha política.

A *Buckley* seguiu-se *First National Bank v. Belotti*⁴. Desta vez, a Suprema Corte, por cinco votos a quatro, invalidou uma lei penal de Massachusetts que proibia gastos de bancos e empresas com o objetivo de influenciar os resultados dos votos em proposições submetidas a referendos, a menos que essas proposições afetassem materialmente a propriedade, os negócios ou ativos da empresa. A lei especificava que nenhuma questão de

³ *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976), disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0424_0001_ZS.html

⁴ *First National Bank of Boston v. Belotti*, 435 U. S. 765 (1978), disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=435&invol=765>

referendo que estivesse relacionada exclusivamente à tributação de indivíduos se encaixava nessa exceção.

Em 2002, o Congresso tenta, uma vez mais, instituir limites ao fluxo de dinheiro em direção às campanhas⁵, estatuidando limites de doações a partidos políticos e proibindo propagandas televisivas pagas por pessoas jurídicas --quer se tratasse de empresas, sindicatos ou de associações-- durante o período de campanha. Surpreendentemente, a Corte aprovou a constitucionalidade da medida, embora o tenha feito com uma margem estreitíssima, por cinco votos a quatro, e sem um argumento unificado (circunstância que torna a decisão vulnerável do ponto de vista normativo e lhe retira capacidade de se impor como precedente). Em 2010, contudo, já com dois dos juízes ultraconservadores nomeados por George W. Bush (Samuel Alito e John Roberts, este na condição de presidente do tribunal), a Suprema Corte reexaminou a questão em *Citizens United v. Federal Electoral Commission*⁶, decidindo que o Legislativo não pode estabelecer nenhum limite aos gastos políticos de corporações. Na decisão, os juízes afirmam que a “proibição de gastos corporativos é uma supressão clara da expressão política”. E continua: “Por ser a expressão livre um mecanismo essencial da democracia —é o meio pelo qual os eleitos são mantidos responsáveis ao povo— a expressão política deve prevalecer sobre leis que a suprimiriam, intencionalmente ou não”. Disso, só se pode concluir que “a Corte entende que a Primeira Emenda aplica-se a corporações”.⁷

Se as implicações que a questão tem nas campanhas para os cargos executivos e legislativos são frequentemente lembradas, uma dimensão da questão permanece relativamente pouco mencionada: na maioria dos estados dos EE. UU. os juízes estaduais são eleitos, e as campanhas muitas vezes são caras (aproximando-se do milhão de dólares, nos casos de campanha para algumas Supremas Cortes estaduais) (LEWIS, 2007: 180). Isso não ocorre no judiciário federal, que funciona por indicação política⁸. Mas em alguns estados os juízes têm mandatos fixos, precisando submeter-se a reeleições periódicas. Sem citar dados precisos, Lewis afirma que tem havido um aumento da influência de

⁵ Através da *Bipartisan Campaign Reform Act*, também conhecida como *McCain–Feingold Act*, disponível em: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ155/content-detail.html>.

⁶ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. (2010), disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/08-205.ZS.html>

⁷ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. (2010).

⁸ O sistema federal baseou-se na Constituição de Massachusetts de 1780, cujo rascunho foi feito por John Adams, e que continua vigente.

determinados grupos de pressão sobre as eleições de juízes estaduais (LEWIS, 2007: 179-80); uma vez contrariados, grupos contra o aborto, por exemplo, ou mesmo grandes companhias que, digamos, por uma razão qualquer tenham recebido uma multa do juiz local, podem mobilizar recursos e energia para desafiar o magistrado que os desagrada, “colonizando” o processo eleitoral que decidirá sobre sua continuidade ou não (do juiz). Para limitar a politização (nesse sentido) do Judiciário, alguns Estados, como Minnesota, por exemplo, aprovaram leis proibindo candidatos a juízes de declarar suas visões sobre temas controversos. Mas a lei de Minnesota foi contestada na Suprema Corte por iniciativa do Partido Republicano, que viu ali uma limitação da liberdade de expressão. Em 2002, e por cinco votos a quatro, a Suprema Corte decidiu que a lei violava a Primeira Emenda e afirmou que a politização do Judiciário é um preço a se pagar pelo sistema de liberdade de expressão.⁹

2) O debate

A questão dos limites ao dinheiro privado em campanha está no centro da forma como se entende a proteção à liberdade de expressão nos Estados Unidos. As críticas à decisão são dirigidas não ao princípio mais genérico que a guia --a centralidade da proteção ao discurso político-- mas à indiferença da Corte a outra dimensão dos direitos políticos: a da equidade. A decisão é acusada de maximizar as vantagens dos candidatos com grande riqueza pessoal e daqueles com maior capacidade ou estrutura para atrair contribuições privadas.

Paul Freund, um constitucionalista em bastante evidência acadêmica no tempo em que *Buckley v. Valeo* foi anunciada, afirmou: “Eles [os juízes da Suprema Corte] dizem que dinheiro fala. Eu pensava que esse era o problema, não a solução” (*Apud* LEWIS, 2007: 178). Freund não foi o único a se mostrar profundamente perturbado por estas decisões. Rawls afirmou que, se o caso *Brandenburg*¹⁰ parecia auspicioso para as liberdades políticas

⁹ *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765 (2002), disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/01-521.ZS.html>>

¹⁰ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444 (1969), disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0395_0444_ZS.html>. O elogio que Rawls faz desta decisão explica-se pelo fato de que foi através dela que se colocou a política no centro da proteção constitucional, descriminalizando-se definitivamente toda sorte de expressão política, mesmo aquelas que chamam à derrubada violenta do governo.

e parecia indicar que tudo caminhava para um “final feliz”, *Buckley* e sua “sequela” (o caso *First National Bank*), “ao contrário, são profundamente desanimadores.” (2000: 417). Ronald Dworkin não podia ser mais claro e direto: “Nossa política é uma desgraça, e dinheiro é a raiz do problema (...). Políticos começam a coletar dinheiro para a campanha seguinte no dia posterior ao da última eleição, e frequentemente põem mais tempo e energia nisso do que nas tarefas para as quais foram eleitos” (2000: 351). O problema não é novo: John Dewey já o apontava em texto de 1931 (DEWEY, 1993: 162). A dimensão do problema é que parece ser inédita. Dworkin menciona ainda que as poucas restrições aceitas pela Suprema Corte antes de *Citizens United* (relativas às doações por parte de indivíduos e grupos a candidatos individuais)¹¹ não tinham qualquer efetividade, pois eram facilmente burláveis: podia-se doar para partidos políticos e comitês, por exemplo, e estes repassavam o dinheiro aos candidatos e às campanhas específicas. Os doadores desse tipo de dinheiro (chamado de “*soft money*”) eram, na maioria das vezes, instituições como grandes empresas e sindicatos. Podia-se ainda pagar anúncios midiáticos que, sem pedir voto *diretamente* a este ou àquele candidato, atacam e defendem candidatos com o mesmo entusiasmo (DWORKIN, 2000, 351-2).

Essa busca desenfreada por dinheiro hipertrofia a importância e a influência políticas dos doadores privados no sistema político na medida de sua capacidade contributiva, e, por conseguinte, tende a diminuir a importância da participação daqueles que não podem contribuir com muita coisa além de seu voto e de seus argumentos. Que razões teve a Corte para decidir –em *Buckley* e em *Citizens United* -- com tamanha indiferença pelos efeitos deletérios do dinheiro privado na política?

Antes de mais nada, vejamos como a Corte entendeu os propósitos das restrições legais às quantidades ilimitadas de dinheiro privado no processo político, tomando *Buckley* como caso exemplar. O primeiro e mais importante deles --sempre na leitura da Suprema Corte-- era o de evitar a corrupção e a “aparência de corrupção” no processo político. Além disso, havia dois objetivos suplementares: o de limitar os custos das campanhas e o de equalizar a capacidades dos cidadãos de influenciar a formação da vontade coletiva (RAWLS, 2000: 417-8). Essa concepção e hierarquização dos objetivos da lei estão na origem do que parece

¹¹ Lembremo-nos de que este livro de Dworkin foi publicado dez anos antes de *Citizens United*.

—a nós e a muitos observadores— certa incoerência interna da decisão que considera gastos de campanha como expressão política (não regulável) e doações a campanhas como outra coisa (e portanto reguláveis). Stephen Holmes afirma que a Corte estava polarizada pelas posições dos juízes Burger e White, que discordavam sobre tudo no que dizia respeito à lei, exceto sobre um ponto: ambos estavam enfaticamente de acordo quanto a que a distinção entre contribuições e gastos é insustentável, e que contribuições e gastos são dois lados da mesma moeda. Mas para Burger, o principal problema da lei dizia respeito à liberdade de expressão. Para ele, embora dinheiro não seja expressão, ajuda a comunicar idéias, e no tipo de democracia de grande escala em que vivemos, a comunicação pode ser extremamente cara. *Ergo*, restringir dinheiro era, de fato, para Burger, restringir a liberdade de expressão, tanto mais por se tratar de uma restrição operante no curso do processo eleitoral, e capaz de atingir, de quebra, o direito de associação. Burger acreditava então que as limitações da lei representavam ameaças sérias à democracia, razão pela qual tanto os limites aos gastos quanto aqueles interpostos às doações deveriam ser derrubados. White por sua vez, defendia a manutenção de ambos os limites, já que, para ele a liberdade de expressão e demais garantias da Primeira Emenda não estavam em jogo no caso. Para White, o efeito do dinheiro na política é a compra de influência, não a comunicação de ideias. Portanto, a verdadeira questão em jogo para ele era a corrupção, no sentido de uso da estrutura do Estado para a satisfação de fins e interesses privados.

O que aparentemente ocorreu foi que a Corte procurou chegar a uma solução de compromisso entre duas posições principistas, tentando passar uma mensagem dupla: a de que o sistema político não dá oportunidade para a compra de favores nem permite a regulação da expressão política por agentes governamentais. Como disse Stephen Holmes, o trabalho da Corte teria sido bem mais fácil se houvesse dois tipos de dinheiro: um, de cor azul, para comprar influência, e outro, esverdeado, que permitisse aos cidadãos divulgar seus pontos de vista (HOLMES, 1990: 40-1). Infelizmente, para a Corte e para os cidadãos estadunidenses, as notas de dólar têm todas a mesma cor.

Em meio a essa polarização entre considerações sobre o papel corruptor e o papel comunicativo do dinheiro, o segundo objetivo suplementar das regulações (o de “equalizar a capacidades dos cidadãos de influenciar a formação da vontade coletiva”) parece negligenciado, para dizer o mínimo. Na verdade, o juiz White toca no tema: White

dissentiu, juntando-se a ele Brennan e Marshall, afirmando que o erro fundamental da decisão majoritária era sua incapacidade de reconhecer que o interesse do Estado ao proibir esses gastos por parte de bancos e empresas deriva *justamente* da Primeira Emenda e é o de articular do valor da livre discussão política impedindo o domínio dessa por grandes empresas. Mas essa racionalidade é meramente subsidiária na articulação do voto vencido dentro da Corte. Já Burger (o então presidente da Corte, apontado por Nixon) demonstrou uma insensibilidade espantosa para com esse valor. Mesmo que o dinheiro usado para a comunicação tivesse uma cor diferente daquele usado para a compra de influência, seria justo deixar que o dinheiro fosse a medida do acesso dos cidadãos à esfera pública de deliberação? Rawls registra o relativo abandono da equidade pela Corte, já que não é ela o valor que mobiliza a oposição ao ultraliberalismo de Burger:

“a opinião da Corte concentra-se demasiado no interesse primário de eliminar a corrupção e a aparência de corrupção. A Corte não consegue reconhecer a questão essencial, a de que o valor equitativo das liberdades políticas é necessário para um procedimento político justo, e que assegurar o seu valor equitativo é imprescindível para evitar que os que dispõem de mais propriedades e riqueza, e de maior capacidade de organização que está associada à posse desses recursos, controlem o processo eleitoral em vantagem própria. Para que isso ocorra, não é necessário haver suborno e desonestidade, nem a concessão de favores especiais, por mais comuns que esses vícios possam ser”. (RAWLS, 2000: 417)

O que levou a maioria da Suprema Corte a uma decisão tão indiferente ou hostil às considerações igualitárias? Como pôde o tribunal sustentar que, numa pretensa democracia, a oportunidade de um cidadão apresentar seus argumentos na esfera deliberativa pode ser uma função de seu poder econômico? Nosso interesse aqui é o de analisar a questão justamente sob a ótica colocada em segundo plano pela Corte, a do efeito do dinheiro no interior do *demos*, principalmente (mas não só) no curso do processo político. Quanto a esse aspecto, *Buckley* parece pressupor que as únicas diferenças entre os cidadãos que concernem ao sistema político são aquelas ativamente estabelecidas pelo próprio aparato estatal. De acordo com essa concepção, uma vez que se vede ao Estado o estabelecimento de diferenças *a priori* entre os indivíduos, o problema da igualdade está resolvido. Trata-se de uma concepção de igualdade política extremamente limitada e, em certo sentido

arbitrária, uma vez que fecha os olhos a todas as diferenças cuja origem não seja imediatamente política (no sentido de estabelecida pelo Estado), como é o caso das diferenças de cunho sócio-econômico. Mais do que considerar irrelevantes as diferenças sociais, essa concepção de igualdade considera ilegítimo que instituições estatais tomem esse problema para si. Nesse sentido, podemos falar que, com *Buckley* a Corte “privatizou” as diferenças sócio-econômicas, como se tais diferenças não guardassem (ou não deversem guardar) nenhuma relação com a vida pública, política e estatal. As diferenças entre os cidadãos cuja origem seja a própria “sociedade civil” ou o mercado são diferenças legítimas, e apenas um sistema político paternalista as consideraria um motivo de consideração governamental, segundo a racionalidade da Corte.

Buckley procura ancorar-se ainda num prestigiado precedente da Corte: aquele estabelecido pelo voto dissidente do juiz Brandeis¹² no caso *Whitney v. Califórnia*, em que o juiz afirmou que o fato de se expor uma idéia que se considera equivocada, falsa ou que de algum modo nos desagrade não deve ensejar a censura, mas deve dar causa justamente à liberdade, uma vez que “o remédio a ser aplicado é mais discussão, não silêncio forçado”. *Buckley* não vê dificuldade alguma de aplicar essa regra ao problema do financiamento de campanha. Mas como disse David Allen, o que *Buckley* revela é que “o argumento de ‘mais-discurso-é-melhor-que-silêncio-forçado’ entrou em falência intelectual, e há muito foi separado de suas raízes filosóficas e pragmáticas”. (ALLEN, 1995: 4). Enquanto em *Whitney* a sentença de Louis Brandeis tinha o escopo de conter a mão punitiva do Estado para permitir à pluralidade social comparecer à esfera pública em toda a sua exuberância, em *Buckley* prevalece a lógica do dinheiro, da propriedade privada e do mercado, a qual, como sabemos, quase sempre está em conflito com a pluralidade social (ARATO; COHEN

¹² No caso *Whitney v. Califórnia*, Brandeis redigiu um voto separado, ao qual aderiu Holmes, que concordava com o argumento da maioria de que o argumento relativo à Primeira Emenda não foi corretamente apresentado nos tribunais inferiores, mas discordava quanto à interpretação do que significava a Primeira Emenda. A rigor, no sistema de *Common Law* apenas os votos vencedores são capazes de estabelecer os precedentes judiciais e tornar-se padrão de julgamentos para casos semelhantes. Entretanto, no que diz respeito à liberdade de expressão ocorre o fenômeno curioso pelo qual são os votos vencidos de Holmes e Brandeis de *Abrams* até o começo da década de 1930 que são tratados como precedentes judiciais. Davis Strauss afirma: “Nem um único dos votos [de Holmes e Brandeis] foi encampado pela maioria da Suprema Corte. Em todos eles [Holmes e Brandeis] dissentiram do modo como a Corte entendia a Primeira Emenda. A maioria da Suprema Corte afirmava, uma vez após outra, que a lei não era o que Holmes e Brandeis diziam que ela fosse. Mas eles persistiram, recusando-se a aceitar a perspectiva da maioria da Corte, e foi a visão de Holmes e Brandeis, não a da maioria, que se tornou a lei” (STRAUSS, 2003: 49).

2000: 12). Mas a analogia é bastante reveladora do que argumentamos acima. Para a Corte, desigualdades econômicas não parecem ser dignas de serem consideradas desigualdades.

Proibir dinheiro privado em campanha seria uma intervenção governamental na discussão pública, algo capaz de alterar o que e qual tipo de informação está disponível para o público, e é por isso que o desacordo em *Buckley* é um desacordo sobre o que se entende por democracia. Essa rejeição plana de qualquer tipo de intervenção estatal está baseada numa idéia sobre que tipo de papel governamental melhor serve aos propósitos de uma democracia. Em *Buckley*, Burger e os juízes que o acompanharam apoiaram-se no que Dworkin chama de “aposta democrática”: “a crença em que a democracia está melhor protegida pelo princípio que proíbe o governo de limitar ou controlar a expressão política, qualquer que seja a forma, com o intuito de proteger a democracia”. Supõe-se que restrições à expressão política --trate-se de gastos de campanhas, de regulações de acesso aos meios de comunicação ou até mesmo de regulações triviais do processo eleitoral-- são capazes de fazer dano à democracia, “mesmo quando são produzidos com a intenção, real ou fingida, de melhorá-la” (DWORKIN, 2000: 353). De que forma? Se os ricos são impedidos de doar, os candidatos não poderão pagar tantas inserções nos meios de comunicação, e o público será menos informado. Além disso, as doações privadas tornam os candidatos aos cargos públicos mais independentes da máquina pública oficial e dos agentes públicos que ora ocupam o poder (DWORKIN, 2000: 374). O que se rejeita aqui é a regulação da esfera pública pelo governo, em suma.

Não poderíamos deixar de abrir um parêntese aqui para explorar uma pequena mas importante questão de índole léxica e conceitual, relativa ao sentido e à carga semântica da palavra “*government*” em boa parte da discussão constitucional estadunidense, e especialmente na discussão contemporânea sobre o significado da Primeira Emenda. No inglês estadunidense, “*government*” é um termo estranhamente genérico e impreciso: aplicando-se a toda e qualquer espécie de agentes públicos, trate-se do Estado como instituição, do Poder Executivo, da maioria congressual, do Poder Judiciário em qualquer de suas instâncias ou mesmo de um funcionário público de qualquer escalão. Ao mesmo tempo em que *government* se aplica a todas as manifestações particulares do Estado, contudo, não se aplica especificamente a nenhuma. Daniel Lazare chamou nossa atenção para esse ponto ao escrever:

“Com seus múltiplos centros de poder, os Estados Unidos carecem de um governo [*government*] como outros países entendem o termo. Enquanto frases como ‘o governo anunciou hoje’, ou ‘o governo declarou à noite’ são comuns na imprensa britânica, um leitor estadunidense ficaria confuso ao deparar com frase semelhante nos Estados Unidos. (...) Assim, usa-se ‘a Casa Branca anunciou hoje’ ou ‘o Departamento de Estado declarou à noite’. No lugar de ‘governo’, estadunidenses aplicam o termo britânico do século dezoito e referem-se a cada presidência como uma ‘administração’”. (LAZARE, 2001: 100).

Se a palavra “governo se justapõe a qualquer substantivo que indique de ação (regulação, interferência, gestão, etc.), adquire imediatamente carga semântica negativa: parece sempre traduzir alguma ameaça tirânica, mesmo que apenas no estágio de potência. Tem-se a impressão de que faz falta uma ferramenta conceitual capaz de dar nomes diferentes, por exemplo, ao silenciamento de um jornal da oposição pelo poder Executivo ou pela maioria congressual auto-interessada e uma política de Estado que permita a determinada organização minoritária ter espaço na televisão para apresentar sua versão numa controvérsia pública qualquer. Precisamos de um vocabulário capaz de dar conta de matizes conceituais como o que existe entre restrição e regulação. Como diz Rawls referindo-se justamente à liberdade de expressão,

“a prioridade dessas liberdades [fundamentais] não é infringida quando elas são meramente reguladas, como devem ser, para se combinarem num sistema, bem como para se adaptarem a certas condições sociais necessárias para seu exercício duradouro (...) regras de ordem são essenciais para regular a discussão livre. Sem a aceitação geral de procedimentos razoáveis de investigação e preceitos de debate, a liberdade de expressão não pode atender seu propósito. As pessoas não podem falar todas ao mesmo tempo, ou usar o mesmo foro público ao mesmo tempo para diferentes finalidades. Instituir as liberdades fundamentais, assim como satisfazer desejos diversos, requer programação e organização social” (RAWLS, 2000: 350).

Como o leitor já terá percebido, essa questão de ordem conceitual e semântica não é uma questão menor, uma vez que boa parte da defesa de *Buckley* se faz em nome da necessidade de afastar a “regulação governamental”, expressão codificada que iguala o uso

da polícia para calar dissidentes e o financiamento público de campanhas. O problema para o qual chamamos a atenção neste momento é apenas a necessidade de incorporar certa sutileza semântica mínima ao debate a fim de que podamos sair do *cul-de-sac* representado pela rejeição plana e lisa de todo e qualquer papel estatal sobre a deliberação pública. Em outras palavras, *Buckley* encampa a idéia segundo a qual a “Sociedade Civil” é o reino da liberdade, contrapondo-se ao Estado repressor. O problema desse tipo de perspectiva é que, ao mesmo tempo em que se demonstra uma preocupação legítima e diligente com a possibilidade de uma estrutura estatal hipertrofiada e constritora do debate público, fecha-se os olhos para o fato de que às vezes está no poder privado --pelo dinheiro e por controlar acesso a recursos— a origem da constrição de direitos.

Em suma, a defesa de *Buckley* está apoiada numa concepção minimalista de igualdade política, na consideração de que o mercado é uma instância justa e “natural” de distribuição e numa concepção esvaziada, rigidamente formalista e por isso mesmo pouco plausível de autonomia individual. A fonte teórica que alimenta essa decisão é a de um ultraliberalismo antediluviano mais identificado com o que podemos os padrões vitorianos de legitimidade política do que com o presente. Esse tipo de estadofobia e de compromisso com doutrinas econômicas do tipo *laissez faire* costuma ser chamada de “lochnerismo” no debate político estadunidense. Trata-se de uma referência a uma decisão da Suprema Corte do início do século XX, relativa ao caso *Lochner v. New York*¹³, hoje anatemizada, que declarou inconstitucional uma lei estadual de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos padeiros a dez horas diárias e a sessenta semanais, sob o pretexto de que a lei violava a liberdade contratual¹⁴. Rawls percebeu o vínculo que une *Lochner* a *Buckley* e fez questão de explicitar a comparação, ao afirmar que *Buckley* repetiu na esfera política o mesmo erro que *Lochner* cometeu na esfera econômica:

“A Primeira Emenda não impõe um sistema de representação de acordo com a influência efetivamente exercida na livre competição política entre desiguais, assim como a Décima Quarta Emenda tampouco impõe um sistema de liberdade de contrato e de livre competição entre desiguais na economia, como a Corte pensava na era *Lochner*. Em ambos

¹³ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0198_0045_ZS.html>

¹⁴ Para maiores informações sobre o caso, recomenda-se, além da leitura da decisão da Suprema Corte, IRONS, 2006: 254-8.

os casos, as conseqüências do livre jogo do processo eleitoral e da competição econômica só são aceitáveis se as exigências da justiça básica forem satisfeitas. Além disso, num regime democrático, é importante que a satisfação dessas exigências seja publicamente reconhecida” (RAWLS, 2000: 420-1).

A perspectiva que alimenta *Buckley e Lochner* costuma ver-se a si mesma como tributária de autores associados à defesa da limitação da soberania e da dispersão do poder, como Locke e Montesquieu, por exemplo. Mas parece-nos que nem em Locke nem em Montesquieu podemos encontrar qualquer tipo de indiferença e desconsideração lochnerista para com o exercício privado de poder. Stephen Holmes procura desmentir rasgos anti-estatistas em ambos os autores. Para ambos, a anarquia é tão ameaçadora para a liberdade quanto a tirania. Não é só em Hobbes que a sociedade civil, é “civilizada” pelo Estado. A marca da filosofia política moderna, ousamos dizer, e a consciência de que um Estado fraco expõe seus súditos a toda sorte de gangsterismo, o que faz com que tanto o Estado moderno quanto a teoria política que o justifica, explica e delimita nascem contra o exercício privado do Poder. Como diz Stephen Holmes,

“Candidatos à supressão pública justificada incluem exércitos *privados*, tribunais *privados*, impostos *privados*, tanto quando o direito *privado* de declarar guerra e o direito *privado* de punir criminosos”. A liberdade só é viável se as autoridades públicas detêm um monopólio sobre estas funções delicadas e cruciais”. (HOLMES, 1990: 22, grifos do autor)

Quem se opunha a tais medidas não eram Locke nem Montesquieu, mas o Papado e o baronato. Holmes ilustra isso com a afirmação de que “privilégio” significa, etimologicamente, leis privadas. (HOLMES, 1990: 23-4). O leitor poderá retrucar afirmando que em nenhum momento se questiona o monopólio estatal sobre esse tipo de atividade. E tem toda a razão, claro, mas o que queremos demonstrar é a proposição mais geral de que é simplesmente falso atribuir a Locke, por exemplo, o anti-estatismo e a indiferença ao poder privado tão pouco qualificados e genéricos como os parecem servir de substrato teórico a *Buckley*. Não existe em Locke uma oposição à autoridade enquanto tal, e sim uma oposição à autoridade arbitrária, exercida sem a referência a uma idéia de bem público. É isso que justifica a vigilância sobre o Poder, mas é isso que justifica a própria

soberania, cuja ausência pode conduzir ao caos e à anarquia, termos que não significam apenas a ausência de alguém capaz de impor a ordem, mas que são “eufemismos para a opressão privada, para o dano infligido pelos fortes aos fracos(...). Uma comunidade sem governo é uma comunidade à mercê de opressores privados” (HOLMES, 1990: 22). A estrita não-interferência estatal tem como resultado não apenas livre competição, mas a incapacidade dos indivíduos de defenderem-se a si mesmos. É por isso que não podemos atribuir a Locke nem a Montesquieu, sem o risco de cometer uma grande distorção, uma estrita e exclusiva defesa da liberdade como não-interferência estatal, pois ela entitula os indivíduos do direito de procurar proteção do Estado –vinda através de ação, portanto “positiva”--contra danos causados por terceiros. No mesmo sentido, Frank Michelman afirma que a distinção familiar ao direito constitucional estadunidense entre poder estatal e poder privado é arbitrária (MICHELMAN, 1989, 303-4).

A indiferença para com essa dimensão da opressão está na origem de boa parte da crítica feita por socialistas e democratas radicais ao que identificam como o “formalismo” dos assim chamados direitos civis e políticos, ou seja, ao fato de que, a despeito de serem declarados em Constituições e documentos legais, a realidade social não é capaz de efetivá-los ou de dar-lhes consequência prática. A desigualdade real operante na sociedade termina por delimitador e restringir o significado prático dos direitos humanos, degradando-os a afirmações constitucionais um tanto fúteis, por assim dizer. Esse gênero de crítica está presente já no jovem Marx:

“O Estado anula, a seu modo, as diferenças de nascimento, o *status* social, a cultura e a ocupação, ao declarar o nascimento, o *status* social, a cultura e a ocupação do homem como diferenças não-políticas, ao proclamar todo membro do povo, sem atender a estas diferenças, como co-participantes da soberania popular em base de igualdade, ao abordar todos os elementos da vida real do povo do ponto de vista do Estado. Contudo, o Estado deixa que a propriedade privada, a cultura e a ocupação atuem a seu modo, isto é, como propriedade privada, como cultura e como ocupação, e façam valer sua natureza especial”(MARX, 1991: 25).

Tentando levar em consideração esse tipo de crítica e o tipo de poder privado a que o entendimento da liberdade subjacente a *Buckley* dá espaço é que o liberalismo igualitário

de John Rawls elabora a defesa de mecanismos destinados a dar proteção ao “valor equitativo das liberdades políticas”. Vale a pena determo-nos neste ponto, então.

2.1)O “valor equitativo das liberdades políticas”

Rawls toma o que ele chama de “o velho problema de que as liberdades fundamentais podem revelar-se mera formalidade” com a devida consideração: “embora possa parecer que os cidadãos são efetivamente iguais, são demasiado grandes as desigualdades sociais e econômicas”. Dentre o conjunto das assim chamadas liberdades fundamentais, ou para usar outra linguagem, os direitos civis e políticos, são estes últimos, os direitos políticos, os de maior relevância, pela razão de simples de que o processo político tem implicações sobre todo o espectro de direitos, permitindo àqueles “com maior responsabilidade e riqueza” “controlar a elaboração legislativa em benefício próprio” (RAWLS, 2000: 381). Não é difícil entender, dessa forma, porque “a proteção adequada de outros direitos fundamentais” depende da existência de direitos políticos equitativos (RAWLS, 2000: 419).

Apesar de em grande medida corroborar a crítica socialista à insuficiência dos direitos civis e políticos como direitos meramente declarativos e de inação estatal, a crítica não é aos direitos em si mesmos, mas a sua ineficácia ou insuficiência. Rawls distingue, assim, os próprios direitos do valor que eles podem ter para determinados estratos sociais: “a ignorância, a pobreza e a falta de meios materiais em geral” “esses e outros obstáculos semelhantes” não são “restrições à liberdade”, mas fatores que afetam o proveito que as pessoas podem tirar de seus direitos constitucionais. Numa sociedade justa o problema não existe. Mas numa sociedade injusta, as liberdades políticas devem ser tratadas de forma especial, de forma a proteger-lhes o “valor equitativo” (RAWLS, 2000: 383). Embora esteja “além do alcance de uma doutrina filosófica considerar em detalhes os tipos de arranjos necessários para assegurar o valor equitativo das liberdades políticas iguais”, pode-se afirmar que o objetivo desse arranjo, em suas linhas gerais, significa o estabelecimento de mecanismos institucionais destinados a assegurar “que o valor das liberdades políticas para todos os cidadãos, seja qual for sua posição social e econômica”, seja “aproximadamente igual, ou pelo menos suficientemente igual, no sentido de que todos tenham uma oportunidade equitativa de assumir um cargo público e influenciar o resultado

de decisões políticas”. Não existe uma forma padrão nem uma fórmula para lidar com um problema “difícil e complexo”, como esse: faltam-nos “compreensão teórica e experiência histórica”. Os avanços nessa área têm de ser feitos na base da tentativa e do erro.

Quando parece hesitar, Rawls dá um passo adiante numa formulação mais concreta: Uma “diretriz” —diz ele-- “parece ser” a de estabelecer mecanismos para conservar os partidos políticos imunes a

“grandes concentrações de poder privado, tanto econômico quanto social, numa democracia de propriedade privada; e do controle estatal e burocrático, num regime socialista liberal. Em qualquer desses casos, a sociedade deve arcar pelo menos com uma grande parte do custo de organizar e realizar o processo político, e deve regular a condução das eleições” (RAWLS, 2000: 384).

Fica claro, assim, para seus leitores, que Rawls parece considerar com especial preocupação o poder do dinheiro e outras formas de poder privado no processo político. E por essa razão que “Igualdade formal não basta” (RAWLS, 2000: 419). Isso é especialmente verdadeiro para o caso da liberdade de expressão, já que essa liberdade permite-nos comunicar-nos com nossos concidadãos e fazê-los ouvir nosso ponto de vista e nossos interesses. Se a capacidade de fazer com que nossa voz chegue aos ouvidos dos demais cidadãos não é uma função de nossa disposição geral para a política, mas da quantidade de dinheiro de que dispomos, ou a nossa posição na esfera social, o valor equitativo dessa liberdade política ficará seriamente comprometido. Rawls desenvolve grande parte de seu raciocínio sobre o valor equitativo das liberdades políticas em torno das disparidades sancionadas pelos casos *Buckley* e *First National Bank*.

Traduzir esse princípio geral de equidade política em políticas públicas no campo da liberdade de expressão é um problema difícil, mas Rawls nos oferece alguns critérios para elaborar e julgar tais medidas. Em primeiro lugar, o objetivo de qualquer medida é fazer com que “cidadãos igualmente dotados e motivados tenham uma oportunidade aproximadamente igual de influenciar a política do governo e de chegar a postos de autoridade independentemente de sua classe social ou econômica. É precisamente essa igualdade que define o valor equitativo das liberdades políticas”. (RAWLS, 2000: 416). Mas não é qualquer meio que pode ser justificado sob o pretexto de proteger a equidade.

Mecanismos compatíveis com um sistema de liberdades fundamentais não podem, em primeiro lugar, comportar restrições ao conteúdo do discurso. Do contrário, as medidas seriam vistas como o favorecimento de uma doutrina política em desfavor de outras; em segundo lugar, as medidas não devem impor um ônus excessivo aos vários grupos políticos da sociedade. Se podemos discutir o que “ônus excessivo” signifique em determinados casos, está claro que “a proibição de grandes doações de pessoas ou empresas privadas a candidatos políticos não é um ônus excessivo a pessoas e a grupos abastados”. Finalmente, o último requisito é o de que as várias regulações da expressão política devem ser adequadas ao fim que perseguem e dotadas de proporcionalidade em relação a esse fim: “Elas deixam de ser razoáveis assim que alternativas consideravelmente menos restritivas e igualmente efetivas sejam conhecidas e estejam disponíveis”, diz Rawls. Uma regulação que respeite estes três critérios pode ser perfeitamente coerente com o papel central da Primeira Emenda: a deliberação política (RAWLS, 2000: 415-6).

O problema de uma decisão como *Buckley* não diz respeito apenas ao problema específico de as campanhas serem pagas com dinheiro privado. O elemento desanimador da decisão reside no fato de que com ela a Suprema Corte parece ter fechado as portas para o Congresso tentar estabelecer o valor equitativo das liberdades políticas: uma frase de *Buckley* que se tornou famosa atesta isso: “A idéia segundo a qual o governo pode restringir a expressão de alguns em nossa sociedade, visando a aumentar a voz relativa de outros é inteiramente alheia à Primeira Emenda”. Os juízes disseram ainda na decisão que “o objetivo da Primeira Emenda é assegurar a disseminação mais ampla possível de informações de fontes diversas e opostas, e para assegurar a troca irrestrita de idéias, com o objetivo de promover as mudanças políticas e sociais desejadas pelo povo.” Podemos perguntar-nos: será que uma regulação como a que estava em jogo é incompatível com esse objetivo? Esperamos ter oferecido aqui alguns elementos para responder a esta questão.

Bibliografia:

ALLEN, David. *Freeing the First Amendment: Critical Perspectives on Freedom of Expression*. Nova Iorque: NYU Press, 1995.

ARATO, Andrew & COHEN, Jean L. *Sociedad Civil y Teoría Política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

DEWEY, John. *Political Writings*. Indianápolis: Hackett Publishing Company, 1993.

DIONNE Jr., E. J. “Those Those Who Live in Glass Courthouses -- The real radicals are those who hold a majority on the Supreme Court”, in *The New Republic*, 13 de julho de 2009. Disponível em:

<http://www.tnr.com/politics/story.html?id=63a3f690-9b97-46a1-aa78-659ef7f8f124>

DWORKIN, Ronald. “Why Must Speech be Free?”, in: *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Harvard University Press, 1996.

_____. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Harvard University Press, 2000.

_____. *The Supreme Court Phalanx: The Court's New Right-Wing Bloc*. New York Review Books, 2008.

FISS, Owen. *The Irony of Free Speech*. Harvard University Press, 1996b.

GRABER, Mark. *Transforming Free Speech -- The Ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*. Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOLMES, Stephen. “Liberal Constraints on Private Power?: reflexions on the origins and rationale of acces regulation”, in: LICHTENBERG, Judith. *Democracy and the Mass Media: A Collection of Essays*. Cambridge University Press, 1990.

IRONS, Peter. *A People's History of the Supreme Court: The Men and Women Whose Cases and Decisions Have Shaped Our Constitution*. Edição revista. Penguin, 2006.

LAZARE, Daniel. *The Velvet Coup – The Constitution, the Supreme Court and the Decline of American Democracy*. Londres/Nova Iorque: Verso, 2001.

LEWIS, Anthony. *Freedom for the Thought That We Hate: A Biography of the First Amendment*. Nova Iorque: Basic Books, 2007.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. (2ª Ed.). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARX, Karl. *A Questão Judaica*. São Paulo, Edições Moraes, 1991.

MEIKLEJOHN, Alexander. *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, 1948. Disponível em <<http://digital.library.wisc.edu/1711.dl/UW.MeikFreeSp>>.

MICHELMAN, Frank. “Conceptios of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation”, in: *Tennesse Law Review*, vol. 56, número 291 (1989).

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Ed. Abril, 1979.

POST, Robert C. “Meiklejohn’s Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse”, in: *Constitutional Domains – Democracy, Community, Management*. Londres: Harvard University Press, 1995.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

SMITH, Bradley A. *Unfree Speech: The Folly of Campaign Finance Reform*. Princeton University Press, 2001.

STRAUSS, David. A., “Freedom of Speech and the Common-Law Constitution”, in: BOLLINGER, L. C.; STONE, G. R. *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*. University of Chicago Press, 2003.

STREETER, Thomas. “Free Speech, Language and the Rule of Law” in: ALLEN, David. *Freeing the First Amendment: Critical Perspectives on Freedom of Expression*. Nova Iorque: NYU Press, 1995.

SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the Problem of Free Speech*. Free Press, 1995.

Observação: todos os endereços eletrônicos citados neste texto foram testados e acessados pela última vez em meados de inícios de 2010.

Legislação estadunidense citada:

“The Constitution of the United States of America”

Lei Tillman (*Tillman Act*) de 1907

Federal Election Campaign Act, de 1971

Election Act Amendment, de 1974

McCain–Feingold Act (2002)

Decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos consultadas:

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)

Abrams v. United States 250 U. S. 616 (1919)

Whitney v. California, 274 U. S. 357 (1927)

New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)

Brandenburg v. Ohio, 395 U. S 444 (1969)

Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976)

First National Bank of Boston v. Belotti, 435 U. S. 765 (1978).

Republican Party of Minnesota v. White, 536 U.S. 765 (2002)

Citizens United v Federal Election Commission, 558 U.S. (2010).