



## Expediente da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas

**Programa de Pós-Graduação em Direito**

*ISSN (impresso) Nº 1516.4551*

*ISSN (eletrônico) Nº 2447-8709*

**Editor-chefe:** Prof. Pós-Dr. Rafael Lazzarotto Simioni.

**Periodicidade:** O volume anual compõe-se de dois números, com periodicidade semestral.

**Secretária:** Natália Carvalho Campos Azevedo.

**Editores associados:** Danielle Domingues de Carvalho; Débora Borges Prado; Rafael Alem Mello Ferreira; Renata Nascimento Gomes; Tiago de Souza Fuzari.

### **Conselho Editorial:**

Prof. Dr. Andrea Panzarola - LUM - Libera UniversitàMediterranea "Jean Monnet" Bari – Itália;

Prof. Dr. António Castanheira Neves - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

Prof. Dr. José Ignacio Martinez Estay - Universidad de los Andes;

Prof. Dr. José Lebre de Freitas - Universidade Nova de Lisboa;

Prof. Dr. José Manuel Aroso Linhares - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

Prof. Dr. Marcel Storme - Law Faculty of the University of Ghent (Bélgica);

Prof. Dr. Nicola Picardi - Universitàdegli Studi di Roma "La Sapienza";

Prof. Dr. Rodrigo Perez Lisisic - Universidade do Atacama – Chile;

Prof. Dr. Rui Manuel Moura Ramos - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

Prof<sup>a</sup>. Dra. Paula Costa e Silva - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal);

Prof. Ms. Diego GermánMejía - Lemos – National University od Singapore, Faculty of Law, Singapur;

Luiz Inácio Lucena Adams – Advogado Geral da União;

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – IDP e UCB – DF;

Prof. Dr. Celso Lafer – FAPESP e USP;

Prof. Dr. Fredie Didier Junior - UFBA;

Prof. Dr. Humberto Theodoro Junior – UFMG;

Prof. Dr. Jessé José Freir e de Souza – UFJF;

Prof. Dr. Leonardo José Carneiro da Cunha – UFPE e UNICAP;

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - UNISINOS;  
Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo - PUC São Paulo;  
Prof. Dr. Marcilio Toscano Franca Filho – UFPB;  
Profª. Dra. Angela Araújo da Silveira Espindola - UNISINOS;  
Profª. Dra. Flávia Piovesan, PUC – SP e PR;  
Profª. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha - UNISINOS;  
Profª. Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro – USP;  
Profª. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE;  
Prof. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho – UCB – DF.

**Pareceristas atuantes:**

Dra. Adriana Silva Maillart (UNINOVE)  
Me. Alberto Lima Wunderlich (FSG)  
Ma. Ana Carolina de Faria Silvestre (FDSM)  
Dra. Ana Carolina Fernandes Mascarenhas (UNIFACS)  
Dra. Angela Araujo da Silveira Espindola (UFSM)  
Me. Bernardo Silva Seixas (ITE)  
Dr. Bruno Fraga Pistinizi (PUCMG)  
Dr. Cesar Augusto Silva da Silva (UFGD)  
Dr. Christiano de Oliveira Taveira (UCAM)  
Dr. Cícero Krupp da Luz (FDSM)  
Ma. Clarissa Tassinari (UNISINOS)  
Dr. Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez (UNIMEP)  
Dr. Cristiano Thadeu e Silva Elias (FDSM)  
Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes (MACKIENZE)  
Dr. Demétrius Amaral Beltrão (FDSM)  
Pós-Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNIFAFIBE)  
Pós-Dr. Edson Vieira da Silva Filho (FDSM)  
Pós-Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo (FDSM)  
Me. Elias Jacob de Menezes Neto (UNISINOS)  
Pós-Dr. Elias Kallás Filho (FDSM)  
Dra. Fábيا Fernandes Carvalho Veçoso (UFSP)  
Dr. Fábio Periandro de Almeida Hirsch (FBD)  
Dr. Fernando Sérgio Tenório de Amorim (CESMAC)  
Dr. Flávio Luís de Oliveira (ITE)  
Dr. Frederico da Costa Carvalho Neto (UNINOVE)  
Dr. Hamilton da Cunha Iribure Jr (FDSM)  
Dr. Harrison Ferreira Leite (UFBA)  
Dr. Henrique Mioranza Koppe Pereira (UCS)  
Dr. Jesualdo Eduardo de Almeida (UNITOLEDO)  
Dr. João Henrique Roriz (USP)

Dr. Jorge Luis Fortes Pinheiro da Camara (UERJ)  
Dr. José Luiz Ragazzi (IESB)  
Dr. José Roberto Anselmo (ITE)  
Dr. Leandro Corrêa de Oliveira (FDSM)  
Dr. Lucas da Silva Taschetto (UFRGS)  
Dr. Maitê Moro (UNINOVE)  
Ma. Malu Maria de Lourdes Mendes Pereira (UNISEPE)  
Dr. Mário Lúcio Garcez Calil (UEMS)  
Dra. Marli Marlene Moraes da Costa (UNISC)  
Dr. Mateus de Oliveira Fornasier (UNIJUI)  
Dr. Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas (UNIFACS)  
Dra. Mônica Teresa Costa Sousa (UFMA)  
Dra. Nélida Cristina dos Santos (FDSBC)  
Pós-Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira (USP)  
Me. Rafael Alem Mello Ferreira (FDSM)  
Ma. Roberta Kelly Silva Souza (ITE)  
Pós-Dr. Rafael Lazzarotto Simioni (FDSM)  
Dr. Rodolfo Viana Pereira (UFMG)  
Dra. Rosa Maria Borges (PUCRS)  
Dra. Theresa Rachel Couto Correia (UFC)

**Missão:** A Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é um veículo de consolidação das linhas de pesquisas institucionais e tem por finalidade publicar trabalhos inéditos na área do Direito.

**Linha editorial:** Constitucionalismo e Democracia.

**Política de responsabilidade:** O corpo editorial da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas não se responsabiliza pelas opiniões expressas nos artigos, sendo estes de responsabilidade de seus autores.

**Política de livre acesso:** Todo o material publicado na Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é de acesso online e gratuito. Na versão impressa, é distribuída por permuta e doação a diversas instituições de ensino nacionais e estrangeiras. A cessão de artigos à revista é igualmente gratuita, não sendo cobradas, tampouco, taxas para a análise e publicação.

**Indexação:** Assembleia de Minas; Latindex; Portal de Periódicos; Sumários.org.

**Correspondência:** Toda correspondência, incluindo artigos científicos a serem submetidos para avaliação, cartas aos editores, solicitação de cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser enviada para [revista@fdsm.edu.br](mailto:revista@fdsm.edu.br). Endereço postal Av. Dr. João Beraldo, 1075 - Centro - Pouso Alegre MG - CEP 37550-000 – Tel./Fax: (35) 3449-8106.

Normas de submissão de artigos: Disponíveis

em:<http://www.fdsm.edu.br/site/posgraduacao/diretrizes.php>

# EDITORIAL

## CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E BRASILIDADE

Quando os portugueses descobriram as Américas eles já estavam acostumados com o exótico, com o mistério, com as hipérbolas das lendas e sonhos edênicos. Diferente dos espanhóis, que deixaram registros explícitos de montanhas resplandecentes de ouro e esmeraldas, a *isla femmale* e a expectativa mítica de encontrar um Éden, os portugueses não deixaram registros fantásticos das suas expedições pelos novos espaços da terra de Vera Cruz. Buscavam riquezas, claro, mas seu pensamento revelava uma episteme modernista muito mais “racionalizada” do que os mitos medievais presente nas descrições e narrativas espanholas<sup>1</sup>.

De um lado da linha de Tordesilhas, uma terra paradisíaca de seres fantásticos e mistérios. Do outro, uma terra materialista de perigos e mistérios. Para os colonizadores, as duas renderam muita riqueza, a prática do comércio e bons motivos para a sua ocupação. Para os colonizados, as atrocidades, a escravidão e a usurpação em ambos os lados.

Tordesilhas parece ainda existir no imaginário do constitucionalismo brasileiro contemporâneo: a) seja nas referências e no compromisso com os conceitos europeus, seja na antítese a esses conceitos por meio do entendimento de experiências genuinamente latino-americanas; b) seja nos discursos totalitários segundo os quais a interpretação da constituição deve ter apenas essa ou aquela referência de sentido de modo exclusivo e absoluto, seja na admissão epistemológica de uma riqueza interpretativa e de uma multiplicidade de pontos de vistas constitucionais negociáveis; ou ainda c) seja no deslocamento institucional dos espaços de construção do sentido do constitucionalismo, das academias, para os tribunais; seja no movimento inverso, dos tribunais para as academias... Se é verdade que uma disputa de paradigmas é uma disputa política, como provocativamente afirmou Habermas<sup>2</sup>, então o próprio conceito contemporâneo de constitucionalismo exigiria um pouco mais de democracia na sua definição.

Ironias à parte, podemos pensar no constitucionalismo de um modo mais honesto? Um constitucionalismo dentro da nossa brasilidade? Desprovido das vaidades e das vontades de potência na queda de braço entre tribunais e academias, entre a apropriação ingênua de teorias eurocêntricas – e hoje também norte-americanas e britânicas – e a dramática resistência em nome de um romantismo constitucional latino-americano?

Tribunais vs. academia: a posição do observador situada no contexto de uma normatividade institucional muda a perspectiva constitucional, tornando incomen-

---

<sup>1</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque. *Visão do paraíso: os motivos edênicos do descobrimento e colonização do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2000.

<sup>2</sup> HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 477: “Der Streit um das richtige paradigmatische Verständnis eines Rechtssystems, das sich als Teil im Ganzen der Gesellschaft reflektiert, ist im Kern ein politischer Streit” (A disputa pela compreensão paradigmática do direito de um sistema jurídico que se reflete como parte de toda sociedade é, no fundo, uma disputa política).

surável – e, por isso, reciprocamente incompreensível – o imaginário constitucional dos tribunais e das academias. Tribunais que precisam de conceitos funcionais para a solução de problemas do mundo prático, por um lado, e academias que precisam de conceitos coerentes e consistentes para a construção de quadros teóricos convincentemente fundamentados, por outro.

Interpretação correta *vs.* interpretação adequada: a constituição como dispositivo de um ponto de vista totalitário, autoautêntico, autofundante? Ou a constituição como disposição ativadora de uma diversidade de interpretações possíveis, potencialmente fluidas, provisórias e incoerentes? Nesse aspecto, situa-se a questão profunda, desde os embates gregos, entre a existência de um único e unívoco mundo comum correto, verdadeiro e autêntico, ou a existência de um multiverso de perspectivas de sentido, contingencialmente incompatíveis entre si e dinamicamente construídas em redes histórias de sentido.

Muitos problemas dessa ordem contemporânea são conduzidos para soluções baseadas em fundamentos, como no passado, transcendentais ao próprio sistema de referência. Fundamentos ora morais, ora culturais, ora políticos. A democracia, de certo modo, funciona aqui com um bom suplemento do constitucionalismo. Tal como o constitucionalismo, também suplementa os problemas de consistência das teorias da democracia. Mas essa relação, entendida simplesmente como tensão, dispara um tipo de pensamento fortemente normativista, que concentra toda a sua potência em ironizar a tragédia da diferença entre o ideal constitucional e a realidade social, entre a validade e a facticidade, entre o mundo do ser e o mundo do dever-ser.

Pensar o constitucionalismo na perspectiva da brasilidade significa assumir um compromisso de enfrentar essa série de questões, de modo honesto, aproximando-se das estruturas feudais que ainda organizam nossos modos de produção e de decisão jurídica, revisitando os espaços de fronteira entre a “casa-grande e a senzala”, o rancho e a fazenda, a paróquia e o engenho, Tordesilhas e as Capitanias hereditárias.

O movimento do constitucionalismo latino-americano procura, hoje, apagar a linha imaginária traçada pelo Tratado de Tordesilhas, apostando em um imaginário comum latino-americano, que abrangeria tanto uma discussão sobre a brasilidade, quanto o multiculturalismo étnico, econômico, político e tecnológico da América Latina. Esse movimento se desenvolve em diversas frentes teóricas. Alguns apresentam apelos emotivos sobre uma noção de “rosto” latino-americano oprimido, explorado e colonizado, combinado com a escolha de um inimigo comum: a hegemonia europeia sobre a epistemologia jurídica e a cultura política latino-americana.

Interessante observar que esse discurso surgiu nos anos de 1980, após o triunfo da *différence* francesa nas epistemologias do mundo ocidental, estimulado especialmente por agências de fomento à pesquisa europeias, que com um certo exagero, fixam-se nas análises de normas “exóticas” encontradas em paraísos jurídicos presentes nas Constituições do Equador e da Bolívia. Leituras do exotismo, tal como os exploradores europeus dos séculos XVI a XIX.

Sem pretender generalizações, por óbvio, mas a mesma visão edênica do paraíso que motivou o descobrimento e colonização dos espaços geográficos da América

Latina motiva também o descobrimento e colonização dos espaços simbólicos que constituem o imaginário de um constitucionalismo latino-americano. Um constitucionalismo estudado, paradoxalmente, com os mesmos olhos do colonizador europeu do século XVI: olhos que buscam o exótico, o maravilhoso, o fantástico, dentro de um imaginário humanista do oitocentos.

Por isso, antes de se pensar em um constitucionalismo latino-americano, desenhado romanticamente com o mesmo exotismo da “visão do paraíso” que nos contou Sérgio Buarque de Holanda, a cultura jurídica brasileira precisa refletir sobre a sua própria brasilidade, sobre a sua própria unidade múltipla. Precisa fundar suas bases neste solo em que vivemos, que constitui o espaço, simultaneamente real e imaginário, que hoje compartilhamos e que amanhã deixaremos para nossos filhos.

O fantasma da colonização não deixa de ser um discurso “eurodito”, um discurso que só faz sentido a partir de uma leitura realizada dentro das categorias típicas do humanismo europeu do século XIX. É a linha imaginária de Tordesilhas deslocada do plano geográfico para o plano simbólico. Um imaginário latino-americano baseado em uma experiência pós-colonial que continua a procurar o Eldorado, as montanhas resplandcentes de ouro, prata e esmeraldas, nos discursos cheios de promessas malcumpridas do constitucionalismo romântico. Tão dramático quanto hiperbólico.

Não se pode confundir o mundo do ser com o mundo do “desejo de ser”. A definição de uma noção de brasilidade exige um movimento que dificilmente pode ser apreendido em termos cognitivos. Afinal, se futebol, cordialidade, alegria e hospitalidade constituem a brasilidade, que direito, então, podemos pensar para o lado obscuro da corrupção, da punidade seletiva, da violência simbólica, da persistência de feudos políticos nas esferas do Estado e nas principais esferas públicas transoficiais, de feudos epistêmicos nas academias, de feudos econômicos nas formas de ocupação dos espaços e tantos outros feudos simbólicos que incluem uns e excluem outros, segundo critérios nem sempre baseados em futebol, em cordialidade, em alegria ou em hospitalidade?

Novamente caímos na mesma ilusão colonialista do século XVI: a de encontrar a brasilidade exatamente naquilo que é exótico, fantástico, paradisíaco. Um olhar baseado em um *alter ego* eurocêntrico, a partir do qual – e somente a partir do qual – torna-se possível ver o futebol, a cordialidade, a alegria e a hospitalidade como figuras exóticas, fantásticas e paradisíacas.

Uma brasilidade não pode ser definida apenas pelo imaginário do futebol e do carnaval, construídos pelos meios de comunicação de massa, tampouco pelos sotaques das novelas televisivas. Criticando os próprios pensadores dessa brasilidade, precisamos também repensar o uso de tipos ideais weberianos para definir as raízes do Brasil a partir de uma experiência exclusiva do sudeste. Afinal, as relações entre a casa-grande e a senzala<sup>3</sup> não exaurem a constituição de uma brasilidade, como também a cordialidade passional<sup>4</sup> não resume a identidade do ser brasileiro.

<sup>3</sup> Referimo-nos à obra de FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*: introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil. São Paulo: Record, 2000.

<sup>4</sup> Conforme a desmistificação da figura do “homem cordial” por HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 139-151.

Constitucionalismo, democracia e brasilidade são apenas três palavras, cada uma conectada a uma rede histórica bastante complexa e ativadora de diversos imaginários constitutivos da realidade em que vivemos. Dessas três, no entanto, a brasilidade é a que menos aparece no imaginário constitucional e democrático brasileiro. Como se constitucionalismo e democracia fossem conceitos capazes de existirem independentes de um contexto material de aplicação ou, como se pode dizer, de uma realidade, de um mundo prático. As teorias do constitucionalismo latino-americano têm razão em observar que nosso mundo prático não é aquele no qual foram desenvolvidos esses conceitos e relações entre constitucionalismo e democracia. Mas algumas de suas vertentes não têm razão quando procuram construir um imaginário romântico e hiperbólico de uma experiência latino-americana pós-Tordesilhas, seletivamente contada a partir do exótico, do fantástico e do paradisíaco.

Nenhum constitucionalismo e nenhuma democracia devem ser uma “visão do paraíso”. Porque na nossa brasilidade, constitucionalismo e democracia são qualquer coisa entre a casa-grande e a senzala.

Nesse espírito de reflexão sobre nossa própria cultura política em solo brasileiro, apresentamos à comunidade científica o Volume 31, n. 1, 2015, da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Esta edição nos convoca a pensar sobre o Mercosul, no artigo de Antônio Carlos Ribeiro e Mayra Thaís Silva Andrade, sobre a Jurisdição Constitucional, no artigo de Thiago Coelho Sacchetto, sobre a função social da empresa, no artigo de Carolina Iwancow Ferreira e Jean Carlos de Moraes, sobre ações coletivas na realidade brasileira, no artigo de Maria Charpinei Santos, sobre a integridade do direito em Ronald Dworkin, no artigo de Adalberto Narciso Hommerding e Cláudio Rogério Sousa Lira, sobre a relação entre o constitucionalismo e as técnicas de defesa, no artigo de Pedro Henrique Savian Bottizini e Letycia Spínola Fontes Roggero, sobre a pesquisa empírica na sociologia jurídica, em artigo de Igor Suzano Machado e Fernanda Busanello Ferreira, sobre o ativismo judicial, em dois artigos, um de Bruno Ortigara Dellagerisi e outro de Bruno Miola da Silva, sobre os jovens das periferias, em artigo de Ariane Floriano da Silva e Gustavo Noronha de Ávila, sobre privacidade nas redes sociais de internet, de Ricardo de Macedo Menna Barreto, sobre processo constitucional, de Francisco Rabelo Dourado de Andrade, sobre crise da soberania, em artigo de Mateus de Oliveira Fornaiser e Tiago Meyer Mendes e sobre o conceito de trabalho, em artigo de Ana Paula Thomaz Giovenardi e Arthur Ramos do Nascimento.

*Rafael Lazzarotto Simioni*

Pós-doutor em Teoria e Filosofia do Direito

Editor-chefe da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas

# A DEMOCRACIA EM TEMPOS GLOBAIS: UMA ANÁLISE SOBRE OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO NO PROCESSO DEMOCRÁTICO

## DEMOCRACY IN GLOBAL TIMES: AN ANALYSIS OF THE EFFECTS OF GLOBALIZATION IN THE DEMOCRATIC PROCESS

**Alessandra Brustolin\***

**Milaine Koprowski\*\***

**Catia Rejane Liczbinski Sarreta\*\*\***

### RESUMO

Tendo em vista a necessidade de equilíbrio entre as relações jurídicas e sociais, a presente pesquisa cinge-se a realizar uma análise da democracia no contexto da globalização. Para tanto, propõe-se verificar as noções históricas e conceituais de democracia, na concepção antiga e moderna. A primeira está intimamente relacionada à democracia representativa, caracterizada na figura do voto, enquanto a segunda é mais ampla e tem como marco principal a Declaração dos Direitos do Homem. Com relação a este contexto, observa-se a figura da globalização, que surge através da expansão do mercado de capitais, atingindo diretamente a vida e a dignidade do indivíduo. Este fenômeno também exerce influência direta na economia, ciência, tecnologia, nas relações sociais, políticas e culturais, gerando uma crise no Estado-nação. Diante disso, procura-se investigar

---

\* Acadêmica do 4º ano do Curso de Direito da UNIVEL – Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel. Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Rio da Paz, Km 3.5, Cascavel/PR, CEP: 85802-970, Caixa Postal 00079. E-mail: alebrustolin@hotmail.com. Telefone: (45) 9934-7952.

\*\* Acadêmica do 4º ano do Curso de Direito da UNIVEL – Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel. Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Fagundes Varela, 2827, bairro Tropical, Cascavel/Paraná, 85.807-480. E-mail: milaine\_koprowski@hotmail.com. Telefone: (45)9828-8404.

\*\*\* Doutora em Direito. Mestre. Especialista. Professora do Curso Direito da UNIVEL – Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel. Coordenadora dos Grupos de Pesquisa: Consumidor Consciente: Direitos e Deveres e O Direito Humano Fundamental a Cultura, sua diversidade e efetivação. Correspondência para/*Correspondence to*: Avenida Tito Muffato, 2317 – Santa Cruz, Cascavel/PR, CEP: 85-806-080. E-mail: catia\_sarreta@hotmail.com. Telefone: (45) 8835-4334.

a interferência da globalização no âmbito político do Estado Democrático de Direito, sobretudo quanto aos seus efeitos na democracia, através de uma linha de pesquisa que contorna o seguinte questionamento: é possível falar em uma globalização democrática?

**Palavras-chave:** Democracia; Globalização; Estado Democrático de Direito; Política.

#### ABSTRACT

The current research intends to perform an analysis of Democracy in the Globalized Context. To do so, we seek to analyse the historical and the conceptual meanings of Democracy, in the Ancient and in the Modern patterns, as the last one is closely related to Representative Democracy, as in the action of voting, while the second one is wider and has the Declaration of Human Rights as its main support. It's clear that Globalization emerges with the Capital Markets increase and, therefore, affects economy, science, technology, social relations, policies, and cultures, creating, this way, a threat to on the State-Nation. Thus, it was sought to investigate Globalization interference on the political environment of the Democratic State of Law, regarding its effects on democracy, through a research concerns this questioning: Would it be possible to talk about a Democratic Globalization?

**Keywords:** Democracy; Globalization; Democratic State; Policy.

10

## INTRODUÇÃO

O exame da democracia e da globalização, mesmo que isoladamente, percebe grande relevância no universo jurídico e social. Diante de tal importância, este estudo tem por finalidade analisá-las conjuntamente, averiguando como resiste a democracia frente ao processo globalizante em que se encontra a sociedade atual, evidenciando suas facetas quanto ao Estado Democrático de Direito.

Objetiva-se, através de uma abordagem histórica, trazer à tona as noções de democracia e globalização, assim como confirmar os problemas que incidem quando corroborados estes temas.

A democracia, em termos genéricos, trata-se da participação dos cidadãos frente aos processos democráticos, tanto políticos como sociais. Deste modo, destaca-se sua incidência no Estado Democrático de Direito. Neste contexto, revela-se a globalização como limitadora de direitos, influenciando diretamente no processo de democratização.

A globalização trata-se de um fenômeno em escala mundial, que teve papel essencial no desenvolvimento da sociedade, influenciando as transformações econômicas, sociais, culturais e políticas. Porém, ressalta-se que esta também consiste em uma das grandes preocupações no âmbito jurídico, pois de maneira desenfreada, como está ocorrendo, traz uma gama de diversidades, mas, em

## A democracia em tempos globais: uma análise sobre os efeitos da globalização ...

contrapartida, gera inúmeras desigualdades, surgindo como um obstáculo para a concretização de direitos, sendo um desafio à adequação da democracia a estes parâmetros.

Portanto, verifica-se que a globalização produz efeitos sobre a democracia, sendo que esta pesquisa visa analisar se a gama de transformações, trazidas pela globalização, podem restringir a democracia. Destarte, será possível falar em uma globalização democrática?

De modo a responder a estes questionamentos, a pesquisa desenvolver-se-á metodologicamente através do método dedutivo, quanto aos meios e a investigação será bibliográfica e documental.

### NOÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O CONCEITO DE DEMOCRACIA E OS LEGITIMADOS PARA O SEU EXERCÍCIO

Em relação ao conceito de democracia, já de antemão podem-se observar duas formas de análise, sendo que uma delas era tida, *a priori*, como democracia direta e a outra, democracia representativa, qual é verificada atualmente.

A democracia representativa nada mais é do que o voto, as eleições para a escolha do representante da maioria. Contudo, observa-se que a democracia é o poder de decisão da maioria, mas, a maioria não decide, ela meramente elege alguém que decida por ela. Já a democracia direta consistia na reunião de cidadãos na praça ou em assembleia para a tomada de decisões. Deste modo, “a palavra ‘Democracia’ vem do significado de poder do *démos*, o contrário é observado atualmente, pois o que se observa é o poder dos representantes do *démos*”<sup>1</sup>.

Quanto às demais formas de governo, Aristóteles menciona algumas outras, como a Monarquia, Aristocracia, Politeia, Tirania, Oligarquia. A monarquia é o governo de um indivíduo a favor de todos, ou tirania, que seria uma monarquia corrompida; a aristocracia seria o governo de alguns em favor de todos, e sua forma corrompida é a oligarquia; a última forma seria a politeia, que é o governo de muitos em favor de todos, e a democracia seria a forma corrompida desta última.

Mister se faz analisar a relação entre aristocracia e democracia, sendo que

A diferença entre aristocracia e democracia não está na diferença entre os poucos (indivíduos) ou muitos (indivíduos). Que em uma democracia sejam os muitos a decidir não transforma esses muitos em uma massa que possa ser considerada globalmente, porque a massa, enquanto tal, não decide nada<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2000, p. 377.

<sup>2</sup> BOBBIO, op. cit., p. 377.

Assim, resta clarividente o fato de que a massa dos cidadãos não possui o poder de decidir; na democracia, assim como na aristocracia, o fato de estarem reunidos não quer dizer nada, mas o indivíduo enquanto ser singular que faz parte dessa massa, este sim poderá decidir.

Assim, desde os primórdios das civilizações existem debates a respeito das formas de Estado e formas de Governo, parece até mesmo uma discussão sem rumo certo, visto que a sociedade está em constante transformação, evoluindo e também regredindo. Desta maneira, não se sabe ao certo até onde vai a democracia, principalmente em um mundo cada dia mais globalizado.

Em tempos modernos, a democracia está e é umbilicalmente ligada pelos ideais revolucionários de 1930, com a chamada Revolução Francesa, que trouxe três princípios: Igualdade, Fraternidade e Solidariedade. Os jusnaturalistas, então, partem de uma análise individualizada dos seres humanos, em que seus direitos pertencem a cada ser desde o início. Esses direitos são naturais a cada ser humano e, por isso, não podem ser inalienáveis e invioláveis; surgiu, assim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A democracia moderna tem como principal fundamento a Declaração dos Direitos do Homem, e isso era desconhecido na democracia antiga. Já a democracia moderna depende do reconhecimento desses direitos fundamentais previstos na Carta Magna atualmente.

12

Entre um extenso rol de direitos fundamentais encontram-se os direitos políticos, sendo que se apresentam como cidadãos aqueles que estão em gozo de seus direitos políticos. Assim, na democracia percebe-se que o poder está nas mãos de cada um dos cidadãos e não na mão do povo, visto que é o indivíduo de modo singular o detentor do poder, e pode-se dizer que aí está todo o enredo da democracia.

Fala-se em soberania de cada um dos indivíduos, sendo que é cada um deles que detém o poder enquanto cidadãos, em relação à soberania de um povo, considerando que só se percebe a soberania do povo a partir da instituição do sufrágio universal<sup>3</sup>.

Diante destes breves relatos, chega-se a compreensão que a democracia foi constituída com o intuito e fundamento para que todos os indivíduos, ou melhor, todos os cidadãos pudessem opinar. Logo, apresenta-se a democracia como

[...] aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo do poder legítimo<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> BOBBIO, 2000, p. 379.

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 13.

Assim, pode-se considerar a democracia como um direito fundamental de quarta geração, tendo em vista a luta pela repolitização de sua legitimidade, visto que, para se exercer o Poder, devem existir partes legitimadas para tanto; é o que se chama, no Estado Democrático, de cidadãos, indivíduos que possuem legitimidade para escolher representantes para o exercício do Poder. Esse processo de escolha se dá através da eleição, sendo adotado um sistema majoritário, ou seja, a decisão da maioria se sobrepõe sobre a da minoria.

Pela regra da maioria, o governo estava obrigado a servir aos interesses de todos e dar-lhes proteção, de modo que em determinadas circunstâncias os direitos e os interesses da minoria seriam sacrificados, mas se devia proteger esta contra a tirania da maioria<sup>5</sup>.

Nesta perspectiva, o Estado Democrático de Direito é o poder formal da maioria de eleger um representante, de modo a não afetar a minoria, tendo em vista que, na Democracia, o poder para “ser obedecido e permanecer, precisa absolutamente do *consentimento* da maioria dos membros do grupo social”<sup>6</sup>.

Todavia, cumpre ressaltar que o Estado Democrático pode ainda ser manipulado, visto que a lei pode representar um instrumento desta manipulação, pois, ao serem modificadas, podem gerar novos rumos ao Estado. Assim, nota-se que a democracia em alguns pontos apresenta-se ainda como não eficaz. Deste modo, busca-se analisar a efetivação da democracia, afinal, será mesmo que vivemos em um Estado Democrático de Direito?

### A efetivação da democracia no Estado Democrático de Direito

Sabe-se que a democracia é muito mais que a participação do cidadão no processo de escolha de seus representantes, estando intimamente relacionada às noções de igualdade, liberdade, segurança e direitos humanos, uma vez que são estes os princípios e as bases fundamentais do Estado Democrático de Direito, considerando que “o direito de voto, apesar de ser uma das mais importantes conquistas operárias do século XIX, pode tornar-se um simples ritual, deixando intacta a estrutura política e social se ele não vier acompanhado de outras formas de intervenção política”<sup>7</sup>.

Esta ideia de democracia veio consagrada na Carta Magna de 1988, em que se observou em seu art. 1º, *caput*, uma inovação frente às constituições anteriores: “A república Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito

<sup>5</sup> COSTA, Nelson Nery. *Ciência política*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 218.

<sup>6</sup> AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2008, p. 83.

<sup>7</sup> ROSENFELD, Denis. *O que é democracia*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 21.

[...]”<sup>8</sup>. Deste modo, fica evidente que “os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição de forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional”<sup>9</sup>, em amplitude formal e material.

Todavia, a democracia enquanto exercício dos direitos políticos não garante a satisfação das necessidades materiais dos cidadãos, podendo até mesmo caracterizar formas políticas autoritárias ou ainda totalitárias. Com os efeitos da globalização, a democracia passou a ser ainda mais afetada, afinal de contas, as questões econômicas parecem valer mais do que a efetivação de qualquer direito previsto na Constituição.

Contudo, o Estado Democrático ainda não conseguiu garantir a democracia, visto que há grandes deficiências e, ainda, os direitos assegurados pela Constituição não são efetivados. Assim, percebe-se que o Estado Democrático previsto na Constituição Federal, assim como os direitos fundamentais, não passam de formalidades, ou seja, na realidade a sua efetivação não acontece.

Por isso a democracia brasileira é também meramente formal, ou seja, se limita a um rol de regras universais de conduta e se preocupa fundamentalmente com “quantos” governam e “como” se governa, e não com “quem” governa e sobre “o quê” se governa<sup>10</sup>.

14

O princípio democrático brasileiro nada mais é do que deficiente, pois este não garante a efetivação na sociedade, assim pouco há de se considerar a respeito do Estado Democrático de Direito. Ademais, ao que tange a “representatividade” nos Estados Democráticos, verifica-se que ela é apenas formal, pois, na verdade, elegem-se representantes para que estes se tornem os verdadeiros detentores do poder. Assim decorrem os problemas. Ao se eleger um candidato, não se sabe se este realmente atenderá aos anseios da sociedade que o elegeu; no fim, tanto a maioria quanto a minoria ficam à mercê e subordinados aos governantes. Diante disto, como se verificar a existência da real democracia? Cumpre destacar que “nunca existiu uma verdadeira democracia nem jamais existirá”<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> BRASIL, Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*: texto constitucional promulgado em 5 de out. de 1998, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão ns. 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais ns. 1/92 a 75/2013 e pelo Decreto Legislativo n. 186/2008. Brasília: Senado Federal, 2013, p. 11.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 58.

<sup>10</sup> DEMETERCO NETO, Antenor. *Democracia e regulação*: uma teoria para a efetivação do direito humano ao desenvolvimento econômico. Disponível em: <<http://defigueiredodemeterco.com.br/wp-content/uploads/Democracia-e-Regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2014, p. 6.

<sup>11</sup> NUNES, Luiz Antonio. *A lei, o poder e os regimes democráticos*. São Paulo: RT, 1991, p. 76.

É, ainda, importante revelar que

Os críticos têm razão em afirmar que a regra da maioria, enquanto tal, é absurda. Porém, ela nunca é pura e simplesmente uma regra da maioria... É importante saber quais são meios através dos quais uma maioria chega a ser maioria: os debates anteriores, a modificação dos pontos vista para levar em conta as opiniões das minorias [...]. Noutras palavras, a coisa mais importante consiste em aprimorar os métodos e condições do debate, da discussão e da persuasão<sup>12</sup>.

Ressalta-se que o principal objetivo do Estado Democrático de Direito, como o próprio nome já diz nada mais é do que uma junção do Estado Democrático com o Estado de Direito. No entanto, é necessário que este Estado de Direito passe de um Estado formal e se torne um Estado material, ou seja, que concretize os anseios da sociedade. Para que esse Estado passe do formal para o material, é preciso a interferência da democracia, caracterizando, assim, o Estado Democrático de Direito, instituído através de uma Constituição<sup>13</sup>.

Diante de uma democracia já pouco efetiva, o processo de globalização desencadeia vários outros desfechos trágicos, visto que a globalização além de influenciar no aspecto econômico, tem interferência direta nas relações sociais, políticas e culturais e pode limitar ao invés de expandir diversos direitos<sup>14</sup>.

Percebe-se que a globalização, de pronto, apresenta-se como ameaça à democracia, uma vez que esta suprime direitos e relativiza as fronteiras nacionais, estendendo-se sobre as noções de soberania nacional. Diante disso, será possível democratizar a globalização?

15

## O PROCESSO GLOBALIZANTE COMO LIMITADOR DE DIREITOS: SURTI- MENTO E INFLUÊNCIAS

A globalização trata-se de um fenômeno em escala mundial, que teve papel essencial no desenvolvimento da sociedade. Historicamente, iniciou-se com as grandes navegações e descobertas marítimas por volta dos séculos XV e XVI, pois através do descobrimento foram estabelecidas relações entre os continentes. Ela ainda pode ser observada nos escritos de Marx, na corrida pela produção desenfreada. Em relação ao capitalismo, os produtores diretos estariam totalmente desvinculados do seu objeto e meio de trabalho, surgindo, então, a figura dos “trabalhadores livres”. Ocorre, assim, o contrato de compra e venda da força de

<sup>12</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 27 apud DEWEY, 1954, p. 207-208.

<sup>13</sup> NUNES, 1991, p. 101.

<sup>14</sup> FRIEDE, Reis. *Curso resumido de ciência política e teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 95.

trabalho que transforma a força do trabalho em mercadoria e o excesso de trabalho em mais-valia, sendo esta a base do Estado capitalista. É a partir da figura do capitalismo que várias transformações ocorrem, entre elas “a separação do Estado e da economia e a presença-ação do Estado na economia [...]”<sup>15</sup>.

Entretanto, foi na década de 1980 que ocorreu a expansão do mercado com as relações econômicas em nível mundial, com a abertura das fronteiras econômicas, sobretudo com o advento das novas tecnologias, o que permitiu a expansão desregulamentada do capitalismo. Neste sentido, “o globo não é mais exclusivamente um conglomerado de nações, sociedades nacionais, Estados-nações, em suas relações de interdependência, dependência, colonialismo, imperialismo, bilateralismo, multilateralismo”<sup>16</sup>, o que deixa claro o rompimento das fronteiras com a globalização que apresenta danos ainda mais complexos que os da dimensão econômica.

O impacto mais visível da globalização verifica-se no setor econômico, pois “todas as formas de capital estão circulando mais ampla e rapidamente, e em larga escala, se comparado a épocas passadas”<sup>17</sup>; essa política econômica vem impondo rotinas de consumo mundial. Segundo a mesma doutrinadora, em decorrência deste ritmo acelerado da economia “os mercados têm-se mostrado incompletos, falhos e imperfeitos [...] a integração econômica mundial tem contribuído para aumentar a desigualdade”<sup>18</sup>.

16

Logo, percebe-se que

[...] em pouco tempo, as províncias, nações e regiões, bem como culturas e civilizações, são atravessadas e articuladas pelos sistemas de informação, comunicação e fabulação, agilizados pela eletrônica [...] na ideia global, além das mercadorias convencionais, sob formas antigas e atuais, empacotam-se e vendem-se as informações. Estas são fabricadas como mercadorias e comercializadas em escala mundial<sup>19</sup>.

Frente a este contexto, apresenta-se a globalização como limitadora de direitos, tais como igualdade e liberdade, dentre tantos outros pode chegar a ferir o mais importante de todos: o direito à vida, uma vez que “o forte padrão de exclusão socioeconômica constitui um grave comprometimento às noções de universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos”<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. 4. ed. São Paulo: Graal, 2000, p. 18.

<sup>16</sup> IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 13.

<sup>17</sup> PIOVESAN, Flávia. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 62.

<sup>18</sup> PIOVESAN, 2002, p. 63.

<sup>19</sup> IANNI, 1999, p. 16.

<sup>20</sup> PIOVESAN, 2002, p. 64.

## A democracia em tempos globais: uma análise sobre os efeitos da globalização ...

Ocorre que os impactos da globalização estão muito além da dimensão econômica, tanto que do ponto de vista jurídico este fenômeno trata-se do

[...] deslocamento da capacidade de formulação de definição e execução de políticas públicas, antes radicada no Estado-Nação, para arenas transnacionais ou supranacionais, decorrentes da globalização econômica e seus efeitos sobre a extensão do poder soberano<sup>21</sup>.

Sendo assim, nota-se que a globalização se tornou muito mais ampla e complexa, atingindo diretamente a vida e a dignidade do indivíduo. Pretende-se demonstrar a interferência da globalização no âmbito político do Estado Democrático de Direito, sobretudo no que tange à democracia; mas antes de adentrar neste mérito, verificar-se-á como a globalização gerou uma crise no Estado-nação.

Visando ao estabelecimento de um conceito de globalização, destaca-se que se trata de “um conjunto de relações sociais que traduzem na intensificação das interações transnacionais, sejam elas práticas interestatais, práticas capitalistas globais ou práticas sociais e culturais transnacionais”<sup>22</sup>.

Há duas formas de globalização: o “localismo globalizado” e o “globalismo localizado”. Ambos estão associados, mas o primeiro está relacionado à dominação do mercado que ocorre dentro de uma mesma região, enquanto o segundo é relativo à escala mundial, frente a dominação dos países não periféricos em detrimento dos periféricos<sup>23</sup>. Nota-se que há o rompimento das fronteiras nacionais, pois

O fenômeno da globalização ultrapassa fronteiras, altera a realidade em ritmo frenético, ao se configurar numa dinâmica que minimiza o controle do Estado pobre, as relações comerciais, a expansão e a abertura das fronteiras territoriais comerciais, a disseminação e o uso de novas tecnologias de informação e comunicação a partir de um mercado exigente e de um consumidor explorado<sup>24</sup>.

Resta evidente que a globalização incide de forma a romper as fronteiras nacionais, o que gera uma crise do Estado-nação e o aumento das desigualdades sociais.

<sup>21</sup> FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. Os direitos sociais como direitos humanos num cenário de globalização econômica e de integração regional. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 105.

<sup>22</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

<sup>23</sup> SANTOS, op. cit.

<sup>24</sup> ESCARIÃO, G. N. D. *A globalização e a homogeneização do currículo no Brasil*. 151p. Tese Doutorado – Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa: 2006, p. 59.

Com a consagração do capitalismo por meio da globalização, constata-se que os séculos XX e XXI trouxeram uma nova realidade, marcada pela complexidade das relações sociais e econômicas, combinada com a inovação de tecnologias, “denominadas ‘poluição das liberdades’ que caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em face do uso de novas tecnologias”<sup>25</sup>. Seria isso consequência do nacionalismo, já que

A identidade nacional buscou abolir a existência de fronteiras internas, a globalização da cultura gerou uma crise no Estado-nação, provocando um enfraquecimento, ou quase uma abolição, das fronteiras nacionais, o que propiciou a reivindicação de culturas marginais ou minoritárias a serem reconhecidas como culturas nacionais, como uma reação concomitante às políticas nacionais e à globalização da cultura<sup>26</sup>.

Assim como na cultura, ocorre também na política e na economia, sendo que as principais decisões tomadas neste sentido passam a ocorrer em nível mundial, e não mais local, o que evidencia fortes modificações quanto à soberania e cidadania. Então, nota-se que esta incessante busca econômica trouxe efeitos negativos, trazendo ainda mais dificuldade quanto à efetivação da democracia em um momento em que se obtém, em tese, a sua consagração, gerando um colapso no Estado-Nação.

Com relação a este contexto, o presente estudo visa demonstrar os impactos e as influências da globalização na democracia. Por estes motivos, questiona-se: Quais os efeitos da globalização no processo de democratização? A gama de transformações, trazidas pela globalização, podem restringir a democracia? É o que se procura desvendar a seguir.

## OS IMPACTOS E AS INFLUÊNCIAS DA GLOBALIZAÇÃO NA DEMOCRACIA

Tendo em vista que a globalização contribui para agravar as desigualdades entre países desenvolvidos e periféricos e no âmbito interno de cada país. A democratização em sua complexidade, ao envolver direitos humanos e eleições livres, empreende vários fatores que ultrapassam as fronteiras nacionais. Neste sentido, com a globalização os processos de construção democrática são afetados por um conjunto de fatores. Não há que se falar em globalizar sem uma breve análise das relações de produção. O processo econômico e as relações de produção compreendem poderes ligados às relações políticas e ideológicas presentes nas relações econômicas. Segundo o autor, “o processo econômico é luta de classes e, portanto,

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, 2009, p. 49 *apud* Luño, 1991, p. 206.

<sup>26</sup> CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. *Percepção do intangível: entre genealogias e apropriações do patrimônio cultural imaterial*. Belo Horizonte: Arres Editores, 2013, p. 11.

relações de poder<sup>27</sup>. Assevera-se que a busca pelo poder econômico gerou diversas consequências na história da sociedade, apresentando-se, atualmente, a globalização como sua caracterização mais evidente, pois

Observa-se a produção, como lados da mesma moeda, de dois domínios igualmente independentes no que diz respeito aos indivíduos: o Estado, instância político-administrativa, e o capital, sendo ambos fatores ativos de uma nova temporalidade histórica. O capital, por exemplo, transcende as fortunas individuais, invade a esfera do Estado (empresas estatais), dá nova forma às relações sociais e permanece quando nós já não mais estamos lá<sup>28</sup>.

Diante desta análise, chega-se ao seguinte questionamento: quais são os efeitos da globalização no processo democrático? A globalização transformou a economia, a cultura e a política, sendo que as principais decisões tomadas neste sentido passam a ocorrer em nível mundial, e não mais local, o que evidencia fortes modificações quanto à soberania e cidadania e gera uma crise no Estado-nação.

A globalização, quando não analisada por um viés correto, pode negar o valor das instituições democráticas devido à importância da sociedade democrática, bem como da consciência democrática, de discursos verdadeiros sobre fatos econômicos, sociais e políticos, os quais almejam o bem-estar social<sup>29</sup>. Assim, há de se destacar que por conta da globalização ocorre o rompimento das fronteiras do estado nacional, sendo que através deste rompimento incide uma violação no campo político, considerando que não há possibilidades da democracia, por si só, garantir os direitos sociais. Porém, o centro deste processo global não é mais o indivíduo, mas abarca a figura dos Estados nacionais, uma vez que rompe a existência de fronteiras internas.

Deste modo, há nações que são centros de investimento, enquanto outras revelam o cenário da exploração do mercado econômico, o que claramente demonstra os efeitos de um mundo globalizado, em que fica difícil verificar a incidência da democracia, pois “a democracia parte do não reconhecimento de uma verdade ‘política’ que tenha a pretensão de possuir uma chave que lhe permita abrir as portas das quais se possa resolver todos os conflitos políticos e todas as contradições sociais”<sup>30</sup>.

Destarte, com o acostamento das redes de alcance mundial, há a possibilidade de uma interação imediata e isso impossibilita a imperatividade da democracia. Logo, os efeitos da globalização no processo democrático ocorrem na

<sup>27</sup> POULANTZAS, 2000, p. 34.

<sup>28</sup> ROSENFELD, 1989, p. 44.

<sup>29</sup> ROSENFELD, op. cit., p. 45.

<sup>30</sup> ROSENFELD, op. cit., p. 50.

diminuição das fronteiras, onde o Estado já não possui mais controle, causando a exclusão das minorias, por raça, ideologia, padrões impostos pelo processo de globalização, ferindo a igualdade e atingindo a garantia de direitos, sendo que há o afastamento dos setores sociais, diminuindo a credibilidade dos institutos políticos.

Mas, será possível falar em uma globalização democrática? É possível a adequação do processo democrático aos novos tempos globais, porém este precisa ser universal. Neste contexto, afirma-se que

para que a globalização seja efectivamente um mecanismo de promoção da democratização, o conceito tradicional de “democracia do povo” tem de ser alargado para além das fronteiras territoriais, no sentido em que faz-se às forças globais, esta relação não se pode restringir à dualidade de população-Estado incluída no entendimento tradicional do termo. Nesta perspectiva, a globalização já teve como efeito a elaboração de políticas supraestatais, que ultrapassam em larga medida as jurisdições nacionais [...] para além do Estado nacional, onde é possível a legitimidade democrática no seio da comunidade política, por meio da expressão da vontade popular [...] neste contexto de desnacionalização, as organizações internacionais permitem reflectir decisões políticas restritas no conceito de decisão global, procurando reforçar as comunidades políticas no contexto global. Podem por isso constituir veículos de promoção da democratização, pelo seu papel regulador e de governação a nível supranacional, enquanto respeitando e reflectindo princípios democráticos de promoção social e económica<sup>31</sup>.

20

Portanto, é possível falar em democratização da globalização, mediante convenção das autoridades nacionais com o compromisso de garantia da democratização na esfera global, o que gera independência nas relações internacionais e viabiliza através dos princípios democráticos a transmissão dos liberais e da economia de mercado. Todavia, cabe ressaltar que a “autonomização do econômico e do político é uma das condições do advento de uma sociedade que iguala todos os indivíduos como objetos”<sup>32</sup>.

## **REFLEXOS DA GLOBALIZAÇÃO: AS CORTES INTERNACIONAIS E SUA INFLUÊNCIA NA DEMOCRACIA DOS ESTADOS-MEMBROS**

Sabendo que é possível democratizar a globalização e que este fenômeno gera independência nas relações internacionais, faz-se necessária uma análise

<sup>31</sup> SOUSA, Fernando de. A democracia, face política da globalização? *Revista Brasileira de Política Internacional*. Brasília, v. 49, n. 1, p. 6-8, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292006000100001>>. Acesso em: 2 out. 2014, p. 7.

<sup>32</sup> ROSENFELD, 1989, p. 23.

que ultrapassa as fronteiras nacionais, sendo imperioso tratar da sociedade internacional e das respectivas Cortes internacionais, sobretudo no que tange à influência destas na democracia dos países-membros.

Para tratar da sociedade internacional, em princípio, é imprescindível falar de suas diferenças, comparada à ordem jurídica interna em aspecto formal e material.

Sob a primeira ótica “a diferença da sociedade internacional para a ordem interna baseia-se na sua estrutura, pelo fato de ali não existir um território determinado, dentro do qual vive certa população, coordenada por um poder soberano”<sup>33</sup>. Ademais, na sociedade internacional não há subordinação aos ditames de um poder central, tal como ocorre na ordem jurídica interna, mas uma cooperação de interesses recíprocos. Quanto à segunda ótica, revela-se que

[...] a sociedade internacional jamais se igualará à sociedade de pessoas (ou, até, à *comunidade* destas) no Direito interno, uma vez que as matérias que disciplina provém de um *conjunto* de Estados com poderes soberanos limitados (em razão da própria ideia de descentralização), e não de uma vontade única eleita pelos seus sujeitos para reger-lhes a conduta [...]<sup>34</sup>.

Frente a esta comparação, nota-se que as diferenças entre a sociedade internacional e a ordem jurídica em âmbito nacional dos Estados se desenvolvem, sobretudo, perante as noções de soberania, que está intrinsecamente ligada à condição de Estado.

A soberania é determinante para reconhecer um Estado como sujeito de direitos no âmbito internacional. Assim, insta destacar que o conceito de soberania foi se moldando com os interesses e o desenvolvimento do Estado com o passar dos séculos. Uma concepção clássica de soberania a caracteriza como “o poder absoluto e perpétuo da República”<sup>35</sup>. Todavia, as teorias democráticas modificaram este paradigma; para Rousseau<sup>36</sup>, a soberania não é titularidade do monarca, mas sim do povo e neste teria origem. Para o filósofo, as bases da soberania encontravam-se na igualdade política e no sufrágio universal, tem-se assim uma breve noção de soberania democrática, que foi significativa para a inserção do direito universal ao voto.

<sup>33</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.

<sup>34</sup> MAZZUOLI, op. cit., p. 50.

<sup>35</sup> BODIN, Jean. Seis livros sobre a República. [S.I.]: [s.n.], 1576, liv. I, cap. VIII apud BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5. ed. São Paulo: UnB, 2000, p. 96.

<sup>36</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Tradução de Vicente Sabino Jr. São Paulo: CD, 2005, p. 162-163.

Ocorre que a partir da Segunda Guerra Mundial, a tutela de alguns direitos deixou de ser apenas uma preocupação nacional, com mecanismos de proteção local, para passar a uma rede internacional de proteção, e a soberania já não é mais entendida no seu sentido absoluto, pelo contrário, ela é tomada como dependente da ordem jurídica internacional.

Atualmente, o Estado soberano deve ser entendido como aquele que se encontra relacionado direta e imediatamente à ordem jurídica internacional, sem que exista entre ele e o direito internacional qualquer outra coletividade. Deste modo, o Estado apresenta-se como sujeito de direito internacional com capacidade plena que tem a “competência da competência” na linguagem dos autores alemães<sup>37</sup>.

Com a nova estrutura da sociedade global houve uma flexibilização do conceito de soberania, sendo que a globalização teve grande influência neste sentido. Não bastasse as dificuldades já encontradas pelo desequilíbrio evidente entre alguns Estados, essa flexibilização culminou em entraves ainda maiores para estes Estados, impedindo sua participação isonômica nas relações internacionais.

Pode-se afirmar que um dos maiores objetivos desta organização internacional é que os países se organizem num único sistema, constituindo uma única sociedade. Através de um estudo comparado da sociedade internacional antiga com a contemporânea é possível extrair a seguinte análise:

22

O colapso da dominação europeia não dissolveu a rede mundial de interesses e de pressões que envolvia todo o planeta num único sistema, organizado por uma única sociedade. O controle europeu diminuiu, de maneira gradual e esgarçada; mas a natureza global do sistema sobreviveu, com tal grau de continuidade que é difícil dizer em que ponto, em termos de tempo ou de função, o sistema deixou de ser europeu. O desenvolvimento explosivo da tecnologia, especialmente a velocidade das comunicações, o alcance e o caráter mortífero dos armamentos, continua a tornar o mundo mais integrado, de modo que cada Estado se vê mais limitado e pressionado do que antes. No âmbito desse mundo que encolhe surgiram novos padrões de pressão e de interesse<sup>38</sup>.

Expõe-se aqui claramente a interferência da globalização no direito internacional, que afeta significativamente a tomada de decisões internacionais.

Certamente, essa necessidade de relações internacionais e de um mecanismo regulador para as mesmas (o direito internacional) também são efeitos do processo

<sup>37</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 188. v. 1.

<sup>38</sup> WATSON, Adam. *A evolução da sociedade internacional: uma análise histórica comparativa*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 418.

de globalização, o que significa dizer que a flexibilização da soberania sofreu grande influência por este processo, o que acarreta em consequências na esfera interna dos Estados, já que a acepção da política nacional de cada Estado está notadamente vinculada à política internacional e aos rumos da economia global.

Importante destacar que

A globalização tem inspirado reformas estruturais no Estado. Vive-se uma crescente interdependência entre os Estados contemporâneos, que reclamam a implantação de alterações na legislação interna e adoção de políticas econômicas, que se adequem a um processo integracionista, bem como a adesão a acordos e compromissos internacionais<sup>39</sup>.

Considerando que os Estados passaram a firmar diversos compromissos internacionais, tais como: a assinatura de tratados e convenções, bem como reconhecimento da competência das Cortes internacionais aceitando se submeter a seus julgamentos e estarem vinculados a estes, fim de implementar decisões em âmbito nacional, o que acaba por flexibilizar sua soberania.

Este relacionamento internacional pode ser benéfico, do ponto de vista que visa à promoção e salvaguarda de diversos direitos de relevância social e mundial. Mas, também pode não ser, pois busca, sobretudo, uma cooperação internacional para facilitar os negócios, seja de ordem política, seja econômica, e o problema principal não se encontra neste ponto.

Diante dessa busca pela cooperação internacional, muitos tratados que contradizem a lei maior dos Estados (no caso do Brasil, a Constituição Federal) são assinados e a competência das Cortes reconhecidas; neste ponto, questiona-se: teriam as Cortes internacionais alguma influência na democracia dos países-membros?

Ao assinar um compromisso internacional que trata do reconhecimento a uma Corte internacional, o Estado vincula-se a ela e, se for parte em algum litígio perante alguma das Cortes, está sujeito às suas decisões. Essas decisões devem ser cumpridas dentro do território nacional, sem qualquer interferência, no caso do Brasil, dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que estão subordinados àquela decisão, que deve ser cumprida sob pena de acarretar em novas sanções ao Estado.

Do mesmo modo, se algum cidadão do Estado violar uma norma de direito internacional, também estará sujeito ao julgamento de alguma das Cortes e vinculado à sua decisão, devendo cumpri-la.

<sup>39</sup> PESSOA, Ana Paula Gordilho. *Divagações em torno do conceito de soberania*. p. 40. Disponível em: <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unifacs.br%2Frevistajuridica%2Farquivo%2Fedicao\\_setembro2007%2Fdocente%2Fdoc2.doc&ei=C9h0Vfq9H4\\_lsASWqYGoBA&usq=AFQjCNFP6zRw5-Uao0hEplMRYxmXdxQfhQ&sig2=GkraDCN5Ew2UH5L3AZBQEW&bvm=bv.95039771,d.cWc](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unifacs.br%2Frevistajuridica%2Farquivo%2Fedicao_setembro2007%2Fdocente%2Fdoc2.doc&ei=C9h0Vfq9H4_lsASWqYGoBA&usq=AFQjCNFP6zRw5-Uao0hEplMRYxmXdxQfhQ&sig2=GkraDCN5Ew2UH5L3AZBQEW&bvm=bv.95039771,d.cWc)>. Acesso em: 3 jun. 2015.

Ocorre que, assinar ou não um tratado internacional, trata-se da escolha de uma única autoridade máxima dentro do território nacional que, no Brasil, apresenta-se na figura do Presidente da República.

Deste modo, partindo da premissa de que apesar dos cidadãos não participem diretamente das decisões em âmbito internacional, eles elegeram alguém como representante, no caso, o Presidente da República, para que tomasse decisões na esfera internacional e, ao longo deste estudo, observou-se que a democracia não deve incidir apenas na escolha dos representantes políticos, mas sim na escolha de decisões governamentais; é possível analisar que a democracia, ao menos em âmbito formal, não estaria sendo violada ou afetada.

Contudo, a partir do momento em que o reconhecimento da competência de Cortes internacionais são decisões tomadas sob uma situação de pressão internacional, é possível afirmar que a democracia sofre um grande impacto. Todos os Poderes e cidadãos do Estado que reconheceu a competência estarão subordinados às decisões das Cortes e, não bastasse isso, diversas Cortes internacionais possuem competência contenciosa. Significa dizer que todos os Estados-membros que reconheceram a competência possuem vinculação às suas decisões, independentemente de serem parte no litígio ou não, não podem agir em âmbito nacional em desacordo ao entendimento consolidado internacionalmente pelas Cortes.

24

Com relação a essas situações corroboradas com o conceito de soberania já analisado, percebe-se que o Estado não se sujeita e nem deve se sujeitar a outro Estado, contudo se sujeita a sociedade internacional. Neste sentido, observa-se que:

A subordinação do Estado a outro Estado é inadmissível, por contrariar o dogma da igualdade. No entanto, não se pode fugir a sujeição do Estado à ordem jurídica internacional. As normas de direito internacional a cada dia se colocam como superior às normas internas<sup>40</sup>.

Nota-se que as normas de direito internacional a cada dia se fazem mais presentes no cotidiano da sociedade, além disso, evidente que estas são mais respeitadas do que as normas internas, sendo esse um dos maiores fatores impactantes da democracia.

Importante destacar o Estado brasileiro, que já editou e vem editando de modo crescente emendas constitucionais a fim de tornar a lei interna, a Constituição da República compatível com os tratados e convenções que ratificam em âmbito internacional, gerando, assim, grande instabilidade na ordem jurídica interna e, conseqüentemente, na democracia brasileira. Neste sentido:

---

<sup>40</sup> GOMES, Eduardo Biacchi. *A globalização econômica e a integração no continente americano: desafios para o Estado Brasileiro*. Ijuí: UNIJUÍ, 2004, p. 28.

Importante enfatizar que a sujeição do Estado a normas internacionais, por força da celebração de tratados e convenções, que impliquem ou não na adesão a organizações internacionais, não significa qualquer restrição ao poder soberano do Estado. A aquiescência a tratados decorre de ato praticado livremente pelo Estado. Todavia, as desigualdades de fato suplantaram a igualdade teórica dos Estados, quebrando o equilíbrio na sociedade internacional<sup>41</sup>.

Assim, observa-se que, ao analisar a globalização, democracia e soberania em âmbito internacional, com relação à influência das Cortes internacionais no âmbito interno dos Estados, é possível verificar que apesar do direito internacional ser necessário e consistir em um fenômeno de integração entre os Estados, ou seja, união de forças, em contrapartida, é também possível questionar a maleabilidade do conceito de democracia diante dessa situação.

Faz-se necessária a compatibilização do direito internacional e da democracia interna. Observa-se uma renúncia dos interesses nacionais, quando o Estado é induzido a tomar decisões para se integrar na comunidade global. Neste ponto, cabe a imposição de um limite para que aquele possa identificar até que ponto estará autorizado a renegar seus interesses sem comprometer sua autonomia e democracia.

Entretanto, percebe-se que, mesmo de modo maleável, a fim de compatibilizar a democracia interna com as relações internacionais é evidente que a democracia sofre uma instabilização e também acaba sendo flexibilizada quando da subordinação de um Estado-membro às decisões de uma Corte internacional, vez que as normas internacionais interferem diretamente na normatização interna de um país.

Portanto, verifica-se que um Estado pode vir a ceder a pressões internacionais para se incluir numa sociedade internacional cada dia mais globalizada, sendo que para isso ocorrer a ordem jurídica interna é de certo modo massacrada, uma vez que não tem condão de nem mesmo analisar a norma internacional. Esses fatores, muitas vezes, podem conflitar com o direito interno, gerando, assim, grande impacto da democracia.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos fundamentos expostos, conclui-se que o processo de globalização possui grande influência sobre o Estado Democrático de Direito. Afinal, o Estado Democrático abarca um extenso rol de direitos, no qual a liberdade possui um papel essencial para que ocorra a democratização global. Fica evidente que

---

<sup>41</sup> GOMES, 2004, p. 22-23.

a democracia vai além dos direitos políticos, visto que engloba toda a gama de direitos fundamentais previstos pela Carta Magna, consagrados através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Deste modo, para se falar em Estado Democrático de Direito é necessário que haja a efetivação dos direitos sociais, todavia este não conseguiu garanti-la, devido a suas deficiências, e a democracia enquanto apenas exercício de direitos políticos não garante a satisfação desses direitos. Assim, *a priori*, não há o que se falar em uma globalização democrática.

No que tange ao aspecto global, difícil fica separá-lo da economia, desta feita, a prática da política econômica impõe o consumismo, acarreta desigualdades sociais, pobreza e exclusão social, constituindo esses, valores de um Estado Democrático de Direito. Assim, o processo de globalização não se insere apenas no aspecto econômico, ela vai mais além, interferindo na soberania e cidadania, fundamentos do Estado Democrático. Em relação a esses fatores negativos, observa-se, então, uma dificuldade maior ainda em relação à efetivação da democracia, caracterizando, assim, o grande colapso no Estado-Nação.

Portanto, a globalização, quando não analisada de modo coerente, pode negar o valor das instituições democráticas rompendo com as fronteiras do Estado nacional, e este rompimento gera ainda repercussões no campo político, visto que não há possibilidades da democracia por si só garantir os direitos sociais. Assim, para que a globalização se insurja num processo de democratização, deve haver a transcendência das fronteiras nacionais, podendo ser possível, deste modo, a legitimidade da democracia na comunidade política, por meio da vontade popular, buscando, então, reforçar as decisões políticas no conceito de decisão global.

## REFERÊNCIAS

- AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2000.
- BODIN, Jean. *Seis livros sobre a República*. [S.I.]: [s.n.], 1576, liv. I, cap. VIII. apud BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5. ed. São Paulo: UnB, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- BRASIL, Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de out. de 1998, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão ns. 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais ns. 1/92 a 75/2013 e pelo Decreto Legislativo n. 186/2008*. Brasília: Senado Federal, 2013.
- CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. *Percepção do intangível: entre genealogias e apropriações do patrimônio cultural imaterial*. Belo Horizonte: Arres Editores, 2013.

## A democracia em tempos globais: uma análise sobre os efeitos da globalização ...

- COSTA, Nelson Nery. *Ciência política*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- DEMETERCO NETO, Antenor. *Democracia e regulação: uma teoria para a efetivação do direito humano ao desenvolvimento econômico*. Disponível em: <<http://defigueiredo-demeterco.com.br/wp-content/uploads/Democracia-e-Regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2014.
- ESCARIÃO, G.N.D. *A globalização e a homogeneização do currículo no Brasil*. 151p. Tese Doutorado – Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa: 2006.
- FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. Os direitos sociais como direitos humanos num cenário de globalização econômica e de integração regional. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FRIEDE, Reis. *Curso resumido de ciência política e teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- GOMES, Eduardo Biacchi. *A globalização econômica e a integração no continente americano: desafios para o Estado Brasileiro*. Ijuí: UNIJUÍ, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.
- IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- NUNES, Luiz Antonio. *A lei, o poder e os regimes democráticos*. São Paulo: RT, 1991.
- PESSOA, Ana Paula Gordilho. *Divagações em torno do conceito de soberania*. Disponível em: <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unifacs.br%2Frevista-juridica%2Farquivo%2Fedicao\\_setembro2007%2Fdocente%2Fdoc2.doc&ei=C9h0Vfq9H4\\_lsASWqYGoBA&usg=AFQjCNFP6zRw5-Uao0hEplMRYxmXdxQfhQ&sig2=GkraDCN5Ew2UH5L3AZBQEw&bvm=bv.95039771,d.cWc](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unifacs.br%2Frevista-juridica%2Farquivo%2Fedicao_setembro2007%2Fdocente%2Fdoc2.doc&ei=C9h0Vfq9H4_lsASWqYGoBA&usg=AFQjCNFP6zRw5-Uao0hEplMRYxmXdxQfhQ&sig2=GkraDCN5Ew2UH5L3AZBQEw&bvm=bv.95039771,d.cWc)>. Acesso em: 3 jun. 2015.
- PIOVESAN, Flávia. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia. (Org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 39-76.
- POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. 4. ed. São Paulo: Graal, 2000.
- ROSENFELD, Denis L. *O que é democracia*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Tradução de Vicente Sabino Jr. São Paulo: CD, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A globalização e as ciências sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

Alessandra Brustolin / Milaine Koprowski / Catia Rejane Liczbinski Sarreta

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUSA, Fernando de. A democracia, face política da globalização? *Revista Brasileira de Política Internacional*. Brasília, v. 49, n. 1, p. 6-8, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292006000100001>>. Acesso em: 2 out. 2014.

WATSON, Adam. *A evolução da sociedade internacional: uma análise histórica comparativa*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

Data de recebimento: 28/11/2014

Data de aprovação: 25/06/2015

# APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PELO STF: DADOS E CRÍTICAS

## APPLICATION OF HUMAN RIGHTS INTERNATIONAL TREATIES BY STF: DATA AND REVIEWS

Nelson Camatta Moreira\*  
Leonardo Cunha Silva\*\*

### RESUMO

O presente estudo objetivou analisar o processo de implementação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal entre os anos de 2001 e 2013. Utilizou-se do banco de jurisprudência disponibilizado no sítio eletrônico da Suprema Corte para levantar dados acerca das características comuns dos precedentes que invocaram esses tratados internacionais, meio pelo qual se observou que a utilização dos tratados internacionais dessa natureza nos precedentes da Corte tem aumentado progressivamente no decorrer dos últimos 13 anos, mas também tem se restringido, preponderantemente, à proteção dos direitos de primeira dimensão, em detrimento dos direitos sociais e econômicos. Nesse mesmo sentido, utilizou-se da discussão de filosofia política sobre o papel de uma corte constitucional para se compreender as causas desse fenômeno, o que resultou no reconhecimento da presença da crise hermenêutica, que impede a utilização de todo o potencial transformador dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição constitucional.

- 
- \*\* Doutor em Direito (UNISINOS-RS), com estágio de pesquisa anual na Universidade de Coimbra, com bolsa de pesquisa CAPES. Mestre em Direito (UNISINOS-RS), com bolsa de pesquisa CAPES. Líder do Grupo de Pesquisa CNPQ “Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional”, da FDV-ES. Professor da Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* (Doutorado e Mestrado) e da Graduação em Direito da FDV-ES. Email: nelsoncmoreira@hotmail.com.
- \* Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Membro do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional”. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7047832324184278>. E-mail: leonardocunhasilva@hotmail.com.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 30, n. 2: 29-58, jul./dez. 2014*

**Palavras-chave:** Tratados internacionais de direitos humanos; Aplicação; Supremo Tribunal Federal; Dados.

#### ABSTRACT

This paper aimed to analyze the enforcement process of human rights international treaties by the Federal Supreme Court from the years 2001 to 2013. The jurisprudence database was used which is available in the Federal Supreme Court's website in order to gather information on the common characteristics of previous subjects who called on these international treaties. It was possible to observe that the use of these human rights international treaties by the Federal Supreme Court has gradually increased throughout these 13 years. However, the performance has been preponderantly restricted to the protection of dimension individual rights over social and economical rights. In this way, political philosophy matters were discussed about the role of a Federal Court to comprehend the causes of this phenomenon which has caused the acknowledgment of a hermeneutics crisis. It prevents the usage of all the transforming potential of the human rights international treaties by the Constitutional authority.

**Keywords:** Human rights international treaties; Application; Federal Supreme Court; Brazil; Data.

## INTRODUÇÃO

O século XX foi marcado por alterações profundas na Ciência do Direito. Em especial, após a Segunda Guerra Mundial, o discurso de autonomia radical entre direito, moral e política, assim como o de aplicação do Direito com base nos pressupostos da Ciência Moderna, cedeu espaço para a formação de um novo discurso, que reaproximou as esferas ética e jurídica.

De forma generalizada, o resgate ético do Direito é o retorno da aproximação entre Direito e justiça, que direciona a atuação legislativa, executiva e judiciária. Ao negar a autonomia do ordenamento jurídico e instituir um limite ético<sup>1</sup> ao conceito de Direito, assim como racionalizar as concepções do Estado de Direito de forma material (de acordo com seus valores sociais de preponderância), esse novo paradigma do Direito rompe com o positivismo cético e cria as bases para os Estados Democráticos no pós-guerra. Dessa forma, as

---

<sup>1</sup> Aqui tratado no sentido da fórmula da justiça de Gustav Radbruch, segundo a qual “quando nem sequer aspira realizar a justiça, quando na formulação do Direito positivo se deixa de lado conscientemente a igualdade, que constitui o núcleo da justiça, então não estamos só ante uma lei que estabelece um ‘Direito defeituoso’, e sim, melhor dizendo, o que ocorre é que estamos ante um caso de ausência de Direito” Cf. RADBRUCH, Gustav *apud* ALEXY, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. In: *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n. 5, p. 75-96, 2001.

## Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas

constituições do pós-guerra positivaram bens morais como justiça e bem comum de forma que se pudesse garantir a proteção dos cidadãos frente aos arbítrios das maiorias e do Estado, assegurar a concretização dos valores socialmente compartilhados e garantir um fortalecimento das estruturas de deliberação democrática.

Assim sendo, se, por um lado, os regimes totalitários europeus e as ditaduras latino-americanas chocaram o mundo por seu descaso com a dignidade humana, por outro, esses acontecimentos históricos permitiram a formação de uma consonância frente à necessidade de valorização da pessoa humana, base das Declarações de Direitos em âmbito internacional, que gerou um consenso valorativo outrora considerado impossível pelas doutrinas céticas.

Ilustra bem essa situação o caso ocorrido na Comissão da UNESCO sobre os direitos dos homens, em que “se admirava que se mostraram de acordo sobre a formulação de uma lista de direitos, paladinos de ideologias abertamente contrárias. ‘Em efeito, disseram eles, estamos de acordo no tocante a estes direitos, mas com a condição de que não nos perguntem o porquê’”<sup>2</sup>.

Não em outro sentido, esse fenômeno de preocupação global com os direitos humanos, consubstanciados nos diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos assinados após 1945, foi transportado para as constituições nacionais, seja na forma da reprodução desses direitos<sup>3</sup>, seja pelo reconhecimento dessa interação dos valores compartilhados internamente com o sistema internacional de proteção da pessoa humana, marcado na Constituição brasileira pelo § 2º do art. 5º.

Contudo, no caso brasileiro, ao instituir os direitos à vida, à igualdade, à moralidade (e demais valores sociais), o texto constitucional cria uma realidade jurídica diferente daquela propagada e consolidada na cultura nacional no que se refere à interpretação do Direito, que se baseia na tradicional dogmática entendida a partir do formalismo, da neutralidade interpretativa e da obediência absoluta às leis<sup>4</sup>.

A partir da hipótese de que a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos padece da mesma crise hermenêutica vista na aplicação dos direitos

<sup>2</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La fundamentación de los derechos humanos. *Revista de Estudios Políticos*, n. 35, set./out., 1983.

<sup>3</sup> Pode-se observar o grau de semelhança entre os direitos resguardados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos com os direitos fundamentais da Constituição de 1988, por exemplo, o *caput* do art. 5º, que representa uma consolidação dos arts. 7º, 3º e 17 da Declaração.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 131-132.

fundamentais inseridos no texto constitucional<sup>5</sup>, a pesquisa que se segue tem como objetivo buscar responder a seguinte questão: como o STF tem aplicado os tratados internacionais de direitos humanos, que são reflexos do novo paradigma de resgate ético do Direito após a Segunda Guerra Mundial?

## A CRISE DE PARADIGMAS NA MENTALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA

A mentalidade tradicional do jurista brasileiro ainda guarda os aspectos das teorias normativas, para as quais os princípios internacionais incorporados no ordenamento estatal, por não terem um sentido unívoco, precisam ser traduzidos na forma de leis; caso contrário, são entendidos como não obrigatórios<sup>6</sup>. A partir desse pressuposto, Kelsen sustenta que

disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à igualdade, à liberdade, à moralidade, etc. poderiam ser interpretadas como diretivas concernentes ao conteúdo das leis. Equivocadamente, é claro, porque só seria assim se a Constituição estabelecesse uma direção precisa, se ela própria indicasse um critério objetivo qualquer<sup>7</sup>.

Assim sendo, Kelsen defende que qualquer democracia que tiver um tribunal constitucional, deve, em sua Constituição, “abster-se desse gênero de fraseologia, e se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, formulá-los da forma mais precisa possível”<sup>8</sup>. De forma que não se imagine que a Constituição queira, por ter empregado “uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político”<sup>9</sup> e gerasse um deslocamento de poder do Parlamento para uma esfera alheia ao Legislativo<sup>10</sup>.

A passagem de Kelsen é relevante para sua concepção de Direito. Sob um paradigma no qual apenas categorias transcendentais e objetivas são capazes de gerar conhecimento jurídico seguro, é importante que os textos normativos tenham poucas referências a valores plurívocos. Contudo, a crítica kelseniana aos princípios valorativos dos tratados internacionais demonstra a observação de um fenômeno jurídico novo, sob pressupostos antigos. Daí falar-se de uma “crise de

<sup>5</sup> Acerca da crise hermenêutica *vide* STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011 e MOREIRA, Nelson Camatta. *Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos*. Belo Horizonte, Fórum, 2012.

<sup>6</sup> KELSEN, H. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 167-168.

<sup>7</sup> KELSEN, op. cit., p. 169.

<sup>8</sup> KELSEN, op. cit., p. 170.

<sup>9</sup> KELSEN, op. cit., p. 169-170.

<sup>10</sup> Idem.

## Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas

paradigmas que obstaculiza a realização (o acontecer) da Constituição”<sup>11</sup>.

Para solucionar o conflito de paradigmas entre aquele em que se funda os tratados internacionais de direitos humanos e aquele que impera na cultura jurídica nacional, é necessário que os juristas compreendam a nova ordem fundada pelo texto constitucional de 1988 e pelas declarações de direitos.

Nesse novo paradigma, o Poder Judiciário ganha destaque nas relações de poder que guiam a atuação estatal e a positivação dos direitos fundamentais está no “cerne do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política”<sup>12</sup>. Assim sendo,

o Poder Judiciário [é visto] como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo *check and balances* e da garantia da autonomia individual e cidadã<sup>13</sup>.

Uma vez que o Poder Judiciário é o guardião dessa nova ordem jurídica, caberá a ele, em última instância, resguardar a ordem democrática expressa na Constituição. Somente assim pode-se pensar em um Estado Democrático no qual existe um tribunal constitucional que não se torna arbitrário frente à abertura moral dos textos normativos: a preponderância dos valores morais e o projeto social que guiam a atuação do tribunal constitucional já estão esculpidos no texto constitucional, atribuindo uma função política a tribunais dessa natureza, sem atribuir-lhes, no entanto, o poder de escolha, embora garanta o de concretização.

Para tanto, a partir do projeto político constitucional do Estado Democrático de Direito presente em determinado ordenamento jurídico, a atuação do tribunal constitucional passa a apresentar um caráter substancial, de relevante participação na esfera política.

### O PAPEL POLÍTICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A atuação substancial de uma corte constitucional baseia-se na ideia de que,

<sup>11</sup> Nesse sentido: “Questão delicada se impõe, então, ao aplicador da lei, ou seja, ao juiz, que, não obstante toda a complexidade atual, encontra-se ainda influenciado pelo pensamento exegético normativista que determina que ele se comporte da maneira classificada por François Ost como ‘jupiteriana’ no ordenamento jurídico”. Cf. MOREIRA, 2012, p. 79 e 144.

<sup>12</sup> VIANNA, Luiz Weneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22.

<sup>13</sup> VIANNA *et al.*, *op. cit.*, p. 24.

ao se firmar como sociedade, os indivíduos assumem-reconhecem valores substanciais que conduzem à noção ideal de sociedade que desejam, formulando entendimentos sobre resultados justos e, por isso, acabam por tornar possível que o próprio tribunal constitucional garanta esses resultados. Assim, ao contrário das teses procedimentalistas cuja teoria tem como foco a legitimidade do Direito, as teorias substancialistas voltam-se aos elementos substanciais da justiça e do bem comum como guia para a atuação do tribunal constitucional<sup>14</sup>.

Nesse sentido, as discussões acerca da atuação substancialista do tribunal constitucional podem ser divididas, didaticamente, em duas correntes: aquela que defende a preponderância da tutela dos valores individuais; e outra que defende a dos valores sociais. De forma geral, os doutrinadores que defendem a primeira corrente acreditam que o Estado Democrático de Direito deve se ater na garantia das liberdades básicas e da igualdade de oportunidades aos cidadãos. Enquanto isso, os autores que defendem a segunda corrente entendem que as cortes constitucionais devem se utilizar dos instrumentos de jurisdição constitucional para concretizar as condições sociais dispostas no texto constitucional.

Entre os autores do substancialismo individualista está John Rawls, para quem a justiça como equidade é tida como substantiva, no sentido de que “se origina da tradição do pensamento liberal e pertence à comunidade mais ampla da cultura política das sociedades democráticas”<sup>15</sup>, em que, ao serem incorporados em uma Constituição, as liberdades fundamentais devem ser investigadas de forma histórica e compreendidas a partir do funcionamento das instituições democráticas em uma perspectiva cultural e social.

A relevância da cultura no estudo desses princípios não significa que as teorias de justiça padecem de um relativismo histórico-valorativo, mas que a adequação ao contexto social concreto não impede que também estejam de acordo com “princípios de direito e de justiça”<sup>16</sup>.

Portanto, apesar de as teorias e perspectivas construídas socialmente (de pretensão democrática) serem frutos da liberdade humana, elas esbarram na ideia de precisarem se mostrar como “politicamente razoáveis”<sup>17</sup>, ou seja, a concepção individualista concebida por Rawls, entende que “os princípios especificam determinados direitos, liberdades e oportunidades, conferindo-lhes certa prioridade sobre outras exigências, e prescrevem arranjos que capacitem a todos os

<sup>14</sup> Acerca da justiça substancial como uma justiça de resultados e a justiça procedimental como uma justiça de procedimento, *vide* RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 499.

<sup>15</sup> RAWLS, *op. cit.*, p. 512.

<sup>16</sup> RAWLS, *op. cit.*, p. 491.

<sup>17</sup> RAWLS, *op. cit.*, p. 447.

cidadãos a fazer uso importante e efetivo de suas liberdades”<sup>18</sup>.

Os pressupostos liberais também implicam uma preponderância da autonomia privada frente à pública, de forma que os valores individuais transcendem a esfera política. A “justiça como equidade [...] considera um equívoco subordinar o bem da sociedade civil àquele da vida pública”<sup>19</sup>. Da mesma forma, nega que algum procedimento equitativo tenha “valores que lhes sejam intrínsecos – por exemplo, um procedimento que exprima o valor de imparcialidade ao assegurar a todos igual oportunidade de defender sua posição”<sup>20</sup>, de forma que a justiça do procedimento depende da capacidade dele de gerar resultados justos<sup>21</sup>.

Assim sendo, o substancialismo individualista tentará sanar os problemas gerados pelo paradigma normativista na análise da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos (baixa normatividade dos textos e discricionariedade do julgadores) a partir da percepção do tribunal constitucional como um modelo institucional de “razão pública”, que é a característica do “povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham do *status* da cidadania igual<sup>22</sup>, que tem por objeto “o bem público, aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica institucional da sociedade e os propósitos e fins a serviços dos quais tal estrutura deve se colocar”<sup>23</sup>.

Assim, quando a Constituição institui as liberdades fundamentais, criam limites aquelas questões que envolvem os “elementos constitucionais essenciais”<sup>24</sup> e questões de justiça básica<sup>25</sup>, de forma a “fixar um âmbito de liberdade imune a interferências externas indevidas”<sup>26</sup>. Por isso, o tribunal constitucional deve-se utilizar dos “valores políticos da razão pública [que] fornecem à Corte as bases

<sup>18</sup> RAWLS, op. cit., p. 159.

<sup>19</sup> RAWLS, 2011, p. 498.

<sup>20</sup> RAWLS, op. cit., p. 499.

<sup>21</sup> RAWLS, op. cit., p. 500.

<sup>22</sup> RAWLS, op. cit., p. 250-251.

<sup>23</sup> Idem.

<sup>24</sup> Enquanto liberal, Rawls expressamente defende que questões de ordens econômicas e desigualdades sociais, apesar de importantes em relação a concepção de sociedade bem ordenada, não constituem um elemento constitucional essencial. Em suas palavras: “embora algum princípio de igualdade de oportunidades seja com certeza um elemento essencial desse tipo, tal como um princípio que exija liberdade equitativa de oportunidades (como a defini) vai além disso e não constitui um elemento essencial desse tipo. De maneira semelhante, embora um mínimo essencial que atenda às necessidades básicas de todos os cidadãos também seja um elemento essencial, aquilo que denominei ‘princípio de diferença’ exige muito mais do que isso e não constitui um elemento constitucional essencial”. Cf.: RAWLS, 2011, p. 270.

<sup>25</sup> RAWLS, 2011, p. 252.

<sup>26</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000. p. 183.

da interpretação. Uma concepção política de justiça abarca as questões fundamentais tratadas pela lei mais alta e articula valores políticos com base nos quais essas questões podem ser decididas”<sup>27</sup>. Dessa forma, permite-se que os textos constitucionais de conceituação difusa ganhem normatividade.

Nesse sentido, o tribunal constitucional “é somente o intérprete judicial de última instância da Constituição”<sup>28</sup>, sem que o poder supremo lhe seja atribuído, assim como também não é dado ao Parlamento<sup>29</sup>. Em consonância com a razão pública<sup>30</sup>, o tribunal constitucional deve não apenas atuar defensivamente, mas também garantir o “modelo constitucional dessa razão”<sup>31</sup>, no sentido de que se pode utilizar do *judicial review*<sup>32</sup> para reforçar a democracia, que ocorre com o reforço aos princípios da razão pública.

Assim, “o tribunal não é antimajoritário em relação à lei mais elevada quando suas decisões estão razoavelmente de acordo com a própria constituição, com as emendas que recebeu e com as interpretações feitas sobre ela que tenham sido politicamente determinadas”<sup>33</sup>. Quem diz o que é a Constituição, portanto, não é o tribunal constitucional, mas o que o “povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, por fim permitirá à Corte dizer o que é. Uma interpretação da Constituição pode impor-se à Corte por meio de emendas ou por uma maioria política ampla e duradoura”<sup>34</sup>.

O dever de análise tanto da produção legislativa atual quanto da concepção pública de justiça exige do tribunal constitucional uma interpretação construtivista da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos. A

36

<sup>27</sup> RAWLS, 2011, p. 277.

<sup>28</sup> RAWLS, 2011, p. 274.

<sup>29</sup> RAWLS, op. cit., p. 274.

<sup>30</sup> Destacando-se que os valores políticos da razão pública “não são [...] frutos de procedimentos majoritários, mas, ao contrário, são subscritos pelo conjunto dos membros da sociedade e, neste sentido, devem estar inscritos na Constituição”. Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p. 184.

<sup>31</sup> RAWLS, 2011, p. 278.

<sup>32</sup> “O controle jurisdicional, generalizado hoje em dia, denominado judicial review nos Estados Unidos da América do Norte, é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais” Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 49.

<sup>33</sup> RAWLS, 2011, p. 276.

<sup>34</sup> Neste ponto, cabe ressaltar o processo de tensão que se torna natural segundo essa concepção entre as maiorias e o tribunal constitucional, de forma que “em meio a qualquer grande mudança constitucional, quer seja legítima ou não, a Suprema Corte está fadada a ser o centro da controvérsia. Não é raro que seu papel obrigue a discussão política a transcorrer com base em princípios, de modo que a questão constitucional seja tratada em conformidade com os valores políticos da justiça e da razão pública”. Cf. RAWLS, 2011, p. 281 e 283.

inserção dos valores políticos na interpretação constitucional por parte do tribunal impede que a presença de termos vagos resulte na discricionariedade do julgador, ou que esses termos sejam tratados como normas sem conteúdo semântico específico, mas tornem-se princípios jurídicos deontológicos, “que decorrem da justiça e da equidade e que fixam limites ao poder governamental”<sup>35</sup>.

Essa limitação encontra-se na produção do Direito pelo Legislativo, na administração pelo Executivo e na interpretação judicial do Judiciário. Assim, nos casos em que o tribunal constitucional é chamado a resolver questões acerca das liberdades básicas, há também o limite de integridade com a história institucional do tribunal e da sociedade em que atua<sup>36</sup>.

Em suma, o substancialismo individualista encontra a resposta para os problemas de normatividade e discricionariedade, trazidos pela teoria normativista, com base no entendimento de que os direitos fundamentais constituem princípios que têm tanta força cogente quanto qualquer outra norma que tenha um conteúdo de aplicação mais definido. Da mesma maneira, transforma a história institucional do Direito e o dever de respeito aos valores políticos em limites à atuação do tribunal constitucional.

Contudo, as correntes substancialistas de caráter comunitário têm a “ideia de Constituição como um conjunto de valores compartilhados por determinada comunidade política, cabendo ao intérprete revelar à sociedade o seu existir comunitário”<sup>37</sup>. Sendo assim, a atuação do tribunal constitucional precisa “estar orientada ou pela salvaguarda dos valores forjados pelo povo nos momentos decisivos de sua história constitucional ou pela adoção de medidas que representem a renovação da sua identidade política”<sup>38</sup>.

Com isso, quer-se dizer que os termos difusos e abertos dos textos constitucionais contemporâneos representam a incorporação de valores sociais<sup>39</sup>, que nem sempre estão submetidos a uma racionalidade comum, como querem os liberais, e nem geram uma prevalência necessária às liberdades. A atuação da corte constitucional precisa reconhecer o particularismo das identidades comunitárias e culturais e garantir a eficácia dos legítimos processos deliberativos democráticos nos quais se traduz o direito de autodeterminação cidadã<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> CITTADINO, 2000, p. 191.

<sup>36</sup> CITTADINO, 2000, p. 191-192.

<sup>37</sup> MOREIRA, 2012, p. 79.

<sup>38</sup> CITTADINO, 2000, p. 203.

<sup>39</sup> “O fundamento ético do ordenamento jurídico se revela, precisamente, no momento em que a Constituição apresenta, no seu corpo normativo, um sistema de valores. Por conseguinte, a aplicação das suas normas, por via interpretativa, se torna uma realização de valores” Cf. CITTADINO, 2000, p. 46.

<sup>40</sup> CITTADINO, 2000, p. 203.

Quando se fala em identidades culturais, trata-se de defender que a atuação do tribunal constitucional, principalmente naqueles países multiculturais, não deve significar uma posição de neutralidade, mas de empenho na busca pela preservação das identidades culturais. Por isso, nesses casos de multiculturalismo, defender o *judicial review* seria permitir o sacrifício dessas comunidades<sup>41</sup>. Não obstante, o *judicial review* pode ser “legítimo na medida em que preserva as decisões provenientes da autoridade de um povo mobilizado, capaz de soberanamente deliberar e instituir as normas e princípios que regulam as suas próprias relações”<sup>42</sup>.

Portanto, os valores sociais introduzidos nos textos constitucionais e nos tratados internacionais de direitos humanos devem ser interpretados a partir do entrelaçamento dos textos com o momento histórico concreto da sociedade, gerando uma leitura axiológica da Constituição que permita a concretização desses direitos<sup>43</sup>. Essa perspectiva atribui ao texto constitucional um caráter “dirigente-valorativo-principiológico”<sup>44</sup>, para o qual a incompatibilidade dos textos gerais e abstratos e das normas individuais e concretas podem ser resolvidos “pelo trabalho criativo do juiz, que se coloca ‘no lugar do legislador – o que implica que tenha de recorrer a considerações substantivas”<sup>45</sup>.

Ao fazer isso, o Poder Judiciário torna-se uma opção na concretização dos anseios constitucionais, e o tribunal constitucional passa a ganhar relevo político, tendo em vista que o direito adquire uma dimensão transformadora<sup>46</sup>. A atuação do tribunal constitucional, portanto, passa a ser a de concretizar “um

<sup>41</sup> CITTADINO, op. cit., p. 195-196.

<sup>42</sup> CITTADINO, 2000, p. 199.

<sup>43</sup> Nesse sentido: “o reconhecimento dos valores (comunitários) materializados na Constituição, no momento da interpretação, [...] requer uma leitura axiológica do Texto Constitucional no sentido sugerido, por exemplo, nos moldes que prevê o Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha, que estabeleceu o ‘princípio da ação recíproca’, no qual cada elemento isolado da ordem jurídica pode, no seu todo e de acordo com o contexto, ser interpretado de modo diferente, a partir da compreensão da ‘ordem axiológica da lei constitucional’. Cf. MOREIRA, 2012, p. 152.

<sup>44</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 148.

<sup>45</sup> STRECK, 2004, op. cit., p. 152.

<sup>46</sup> Para explicitar melhor a característica transformadora que o Direito e a atividade da jurisdição desempenham no Estado Democrático de Direito pela perspectiva comunitária: “o advento do Estado Democrático de Direito representa um salto e um *plus* (normativo) sobre o modelo anterior de Estado-Intervencionista [...]. Trata-se, enfim, de entender que o Estado Democrático de Direito exsurge de uma nova pactuação, com as especificidades próprias de cada país. Nesse contexto, a noção de Estado Democrático de Direito aparece como superador da noção de Estado Social. Ou seja, a noção de Estado Social dependia de mecanismos implementadores, razão pela qual o Direito apareceu (nos textos constitucionais) com a sua face transformadora” Cf. STRECK, 2004, p. 167.

‘ piso democrático ’ na avaliação das medidas de bem-estar e educacionais propostas pelos governantes<sup>47</sup>. Como consequência, o substancialismo comunitário permitirá que o tribunal constitucional assuma uma atitude ativa no campo das políticas públicas para se alcançar os fins sociais que anseiam os direitos fundamentais, nos casos em que o Legislativo e o Executivo falharem<sup>48</sup>.

Atribuída essa normatividade aos valores sociais incorporados no texto constitucional, o hermeneuta está vinculado ao sentido dos valores do existir comunitário, não cabendo falar de discricionariedade política uma vez que “ as condições de possibilidades para que o intérprete possa compreender um texto implicam (sempre e inexoravelmente) a existência de uma pré-compreensão (seus pré-juízos) acerca da totalidade (que a sua linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social<sup>49</sup> ”.

Uma vez compreendido os pressupostos da teoria substancialista, que pode assumir uma dimensão individualista ou comunitária, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil atribuem cada vez mais ao ordenamento jurídico pátrio um caráter substancialista de cunho comunitário, seja pelos objetivos do art. 3º do texto constitucional, seja pela ampliação dos remédios constitucionais (mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, etc.).

A Constituição, como demonstra Gisele Cittadino, “ não se definiu como um ordenamento valorativo neutro, pois está comprometida com determinados valores comunitários<sup>50</sup> ”, assim como “ não há dúvidas de que a função de guardião da Constituição remete necessariamente ao caráter político que assume o Supremo Tribunal Federal no novo texto constitucional<sup>51</sup> ”. Da mesma forma, os tratados internacionais de direitos humanos confirmam os pressupostos de um ordenamento que, ao privilegiar “ o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, confer[em] suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro<sup>52</sup> ”.

Nesse sentido, parece sensato entender que os tratados internacionais de direitos humanos são imprescindíveis na atual função que precisa desempenhar o Supremo Tribunal Federal, seja para fazer concretizar os valores sociais também exigidos pelo texto constitucional, seja para garantir uma sociedade de cidadãos livres e com iguais oportunidades. O arcabouço teórico de filosofia política

<sup>47</sup> STRECK, 2004, p. 175.

<sup>48</sup> STRECK, op. cit., p. 186.

<sup>49</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 297.

<sup>50</sup> CITTADINO, 2000, p. 62.

<sup>51</sup> CITTADINO, op. cit., p. 62.

<sup>52</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 33.

contemporânea disponível na comunidade jurídica construiu soluções para resolver os problemas da baixa normatividade dos direitos fundamentais e da possível discricionariedade que seu uso poderia gerar no tribunal constitucional. Contudo, ainda existe no Brasil muita resistência da corte constitucional em aplicá-los, razão pela qual se fala de uma “baixa compreensão dos direitos fundamentais”<sup>53</sup>.

Nesse contexto, os pré-juízos que formam o “campo jurídico brasileiro” ainda são aqueles anteriores ao fenômeno de resgate ético do direito, fazendo a corte constitucional e os demais juristas relegarem os direitos fundamentais a um plano secundário, ignorando sua observação enquanto princípios e valores sociais e normativos<sup>54</sup>. No outro lado desse mesmo fenômeno, está a utilização dos direitos fundamentais como meros “álibis teóricos para suplantar problemas metodológicos oriundos da ‘insuficiência’ das regras”<sup>55</sup>, ou seja, como ornamentos retóricos para uma pseudojustificação das decisões arbitrariamente postas.

A análise jurisprudencial dos precedentes do Supremo Tribunal Federal que invocaram os tratados internacionais de direitos humanos permitiu a construção de um perfil na atuação da Corte Constitucional brasileira ao utilizar esses documentos, como será demonstrado a seguir.

#### 40 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os dados que serão apresentados são frutos de pesquisa jurisprudencial realizada no mês de julho de 2014 no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal<sup>56</sup> para entender como têm sido utilizados os tratados internacionais de direitos humanos nas decisões da corte constitucional brasileira.

Metodologicamente, a pesquisa foi feita por palavras-chave que consistiram nos títulos dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, listados na obra da Flávia Piovesan<sup>57</sup>. Os títulos utilizados como palavras-chave e seus respectivos termos de busca foram os seguintes:

TÍTULO DO TRATADO	PALAVRA-CHAVE
Carta das Nações (CN)	“carta adj2 das adj2 nações”

<sup>53</sup> MOREIRA, 2012, p. 115.

<sup>54</sup> MOREIRA, 2012, p. 116.

<sup>55</sup> STRECK, 2011, p. 114.

<sup>56</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>.

<sup>57</sup> Vide PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 168.

## Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas

Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)	“declaração adj2 universal adj3 direitos adj2 humanos”
Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)	“pacto adj2 internacional adj3 direitos adj2 civis adj3 políticos”
Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)	“pacto adj2 internacional adj3 direitos adj2 econômicos adj2 sociais adj3 culturais”
Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (CPRCG)	“convenção adj4 prevenção adj4 repressão adj2 crime adj2 genocídio”
Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CTTPCDD)	“convenção adj4 tortura adj4 tratamentos adj6 degradantes”
Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDM)	“convenção adj4 eliminação adj7 discriminação adj4 mulher”
Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (PFCEDM)	“protocolo adj4 convenção adj4 eliminação adj7 discriminação adj4 mulher”
Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (CEDR)	“convenção adj4 eliminação adj7 discriminação adj2 racial”
Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC)	“convenção adj4 direitos adj3 criança”
Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (CADH)	“convenção adj2 americana adj3 direitos adj2 humanos” e “pacto adj3 são adj2 josé adj3 costa adj2 rica”
Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PSS)	“protocolo adj3 são adj2 salvador”
Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (CIPTT)	“convenção adj2 interamericana adj7 tortura”
Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (CBP)	“convenção adj2 interamericana adj12 mulher” e “convenção adj3 belém adj3 pará”

Durante os testes para averiguação da qualidade dos termos de busca, foram observados alguns aspectos importantes do sistema de pesquisa de jurisprudência do sítio eletrônico do STF que se mostraram essenciais para a pesquisa jurisprudencial.

Como pode ser observado, foi necessária a utilização do operador de pesquisa “adjx”, que busca palavras-chave com base na proximidade dos termos que a compõem e na mesma ordem em que se encontram na expressão de busca, em que “x” representa a distância máxima que deve haver entre um termo e outro. Isso porque, conforme testado na pesquisa, a utilização dos títulos dos tratados sem esse operador gerava resultados falsos. Por exemplo, ao se utilizar a expressão de busca “carta das nações”, sem o operador “adjx”, obtiveram-se 11 precedentes como resultado de pesquisa. Entre eles, o *Habeas Corpus* 82.424, conhecido como Caso Ellwanger. A ementa desse precedente contém os termos “carta”,

“das” e “nações” em trechos distintos, mas em nenhum momento faz referência a “Carta das Nações”. Por conseguinte, ao se empregar a expressão de busca “carta adj2 das adj2 nações”, obtiveram-se quatro resultados, todos com referência à Carta.

Assim, convencionou-se utilizar o referido operador de busca para garantir resultados mais confiáveis sob a lógica de que as casas que compõem o valor de “x” deveriam sempre ser um algarismo superior à posição que o termo ocupa no título do tratado em relação ao termo anterior, para evitar a omissão de resultados em decorrência de vírgulas ou erros na indexação das emendas.

Outro ponto é o caso dos tratados cujos títulos se compõem de muitos termos. O sistema de busca do sítio eletrônico do STF não consegue racionalizar buscas com expressões muito extensas e muitos operadores. Por isso, no caso do “Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher”, por exemplo, foi necessário reduzir a expressão de busca para “protocolo adj4 convenção adj4 eliminação adj7 discriminação adj4 mulher”.

Por motivo parecido, foi necessário atribuir ao “Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” a expressão de busca “protocolo adj3 são adj2 salvador”, com a peculiaridade de, nesse caso, a expressão a partir do título informal conseguir um conjunto maior de resultados de acórdãos (ADPF 101/DF e AP 470/MG) enquanto expressões reduzidas do título formal resultavam em apenas um precedente (ADPF 101/DF).

Ademais, é necessário tratar do caso da “Convenção Americana de Direitos Humanos”. Em decorrência de inúmeras decisões monocráticas do Ministro Carlos Velloso conterem apenas a menção ao nome informal do tratado, foi necessário utilizar a expressão “pacto adj3 são adj2 josé adj3 costa adj2 rica”. Contudo, no caso dos acórdãos, foi percebido que o sistema de indexação das ementas nem sempre adicionava o nome informal da Convenção, motivo pelo qual o número de resultados com base no título informal era 146 e, com base no, formal era 177, razão por que também foi necessária a utilização da expressão de busca “convenção adj2 americana adj3 direitos adj2 humanos”.

Semelhante a isso, a “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher” precisou ser buscada por duas expressões tendo em vista que as decisões monocráticas privilegiavam o nome informal.

Por conseguinte, cabe registrar que os resultados extraídos a partir das decisões monocráticas podem não representar o conjunto total de decisões que mencionaram algum desses tratados uma vez que a base do sítio eletrônico do STF contém apenas decisões selecionadas, conforme informado no próprio sítio.

Assim, a partir dos resultados encontrados, foram extraídos os dados de

## Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas

cada um dos precedentes. Para isso, fez-se uso de um formulário desenvolvido em programa informático de edição de planilhas. Esse formulário alimentou um banco de dados com as seguintes informações: palavra-chave utilizada; natureza do resultado (acórdão, decisão monocrática ou repercussão geral); tipo de ação processual (AgR, RE, etc.); número; estado de origem; relator; relator para acórdão; data de julgamento (dissecado em dia, mês e ano); órgão julgador; assunto 1; assunto 2; dimensão de direito preponderantemente tutelado (primeira, segunda ou terceira); e outras observações.

Ilustração 1 – Formulário de pesquisa

Palavra-chave usada:	
Natureza do resultado:	
Tipo de ação processual:	
Número:	
Estado de origem:	
Relator(a):	
Relator(a) para acórdão:	
Dia de julgamento:	
Mês de julgamento:	
Ano de julgamento:	
Órgão julgador:	
Assunto 1:	
Assunto 2:	
Dimensões de direitos prep.:	<input checked="" type="radio"/> Cíveis e políticos <input type="radio"/> Sociais <input type="radio"/> Difusos
Observações:	

Salvar

Limpar

A informação quanto a “assunto 1” e “assunto 2” representou a busca por enquadrar os precedentes por tema tendo em vista que o primeiro buscou enquadrá-lo no acontecimento fático que ensejou a ação e o segundo tratou do direito tutelado. Esses dados foram utilizados como informações de auxílio para, por exemplo, orientar a classificação da dimensão de direitos fundamentais preponderantemente tutelada, que visou classificar os precedentes tendo como critério se se tratava de direitos civis e políticos, direitos sociais ou direitos difusos.

Uma vez completo o banco de dados, pôde-se gerar tabelas a partir de diversos filtros que permitiram a observação de alguns comportamentos na aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF entre os anos de 2001 e 2013.

### Menção aos tratados internacionais de direitos humanos

No período entre 2001 e 2013, o Supremo Tribunal Federal mencionou pelo menos um dos tratados internacionais de direitos humanos (TIDH) listados 940 vezes, divididos por tratado da seguinte maneira:

**Tabela 1** – Menções aos TIDH

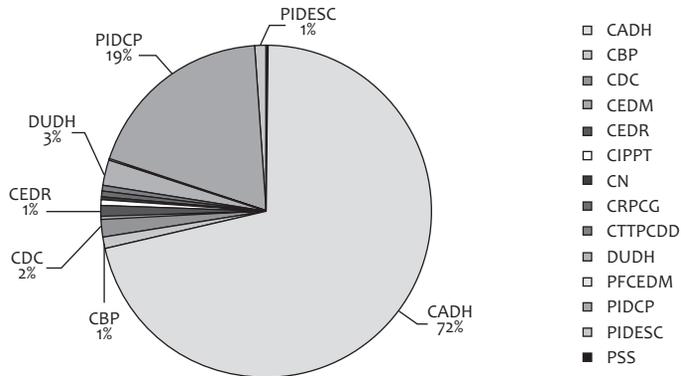
TRATADO INTERNACIONAL	NÚMERO DE MENÇÕES
CADH	675
CBP	11
CDC	20
CEDR	6
CEDM	2
CIPPT	4
CN	4
CRPCG	1
CTTPCDD	4
DUDH	27
PFCEDM	1
PIDCP	176
PIDESC	8
PSS	1
TOTAL GERAL	940

Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

Observa-se uma grande diferença no número de menções em relação ao tratado buscado. A CADH representa a maior parte das menções, alcançando a marca de 72% de representatividade do total dos resultados. O segundo tratado mais mencionado é o PIDCP, com 19% das menções, seguido pela DUDH (3%), CDC (2%), CEDR e CBP (1%). Os demais somados representam 1% do total.

**Gráfico 1** – Menções aos TIDH – porcentagem

## Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas



Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

Essa concentração de menções na CADH pode ser explicada pelo grau de relevância desse documento para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A CADH foi assinada em 1969 e entrou em vigor em 1978, sendo que o Brasil só veio a aprová-la em 1992, com o Decreto Legislativo n. 27, e a promulgá-la pelo Decreto n. 678, em novembro do mesmo ano. Contudo, surpreende a DUDH apresentar tão baixa representativa do total frente à sua importância não apenas no âmbito regional, mas também no âmbito global do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Da mesma forma, esse destaque para a CADH também pode ser explicado pela grande quantidade de precedentes que trataram do tema da prisão civil por dívida do depositário infiel de 2001 a 2013. Foram identificados 278 precedentes entre acórdãos e decisões monocráticas que versaram sobre o tema, o que representa pelo menos 29% dos 940 resultados obtidos. No entanto, como se pode ver, a grande menção à CADH é influenciada por múltiplos fatores.

Tabela 2 – Menções aos TIDH por natureza do precedente

TRATADO INTERNACIONAL	ACÓRDÃO	DECISÃO MONOCRÁTICA	REPERCUSSÃO GERAL	TOTAL GERAL
CADH	177	496	2	675
CBP	4	7		11
CDC	5	15		20
CEDC	1	5		6
CEDM	2			2
CIPPT	3	1		4
CN	4			4
CRPCG	1			1
CTTPCDD	3	1		4
DUDH	12	15		27
PFCEDM	1			1
PIDCP	55	121		176
PIDESC	5	3		8
PSS	1			1
<b>Total geral</b>	<b>274</b>	<b>664</b>	<b>2</b>	<b>940</b>

46

Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

Enquanto isso, ao se analisar as 940 menções do STF sob o filtro da natureza do resultado obtido, observa-se que a maior quantidade desses resultados refere-se a decisões monocráticas, seguida pelo resultado de acórdãos e, por fim, com a presença de duas repercussões gerais. A ordem entre os tratados mais mencionados permanece, tanto em relação aos acórdãos quanto em relação às decisões monocráticas. Apesar disso, percebe-se uma leve desconcentração das menções quanto aos acórdãos em relação à CADH, que representam 64% dos acórdãos, e uma ligeira ampliação da concentração no PIDCP que representa 20% dos resultados objetivos, redução e ampliação estas se vistas ambas tendo como referência os resultados obtidos a partir da análise sem o filtro de 'natureza do resultado'.

### Número de precedentes que mencionaram tratados internacionais e sua variação no tempo

Considerando que várias vezes um mesmo caso pode ensejar a referência a mais de um tratado internacional objeto da pesquisa, fez-se necessário, a fim de se inferir outros dados, eliminar os resultados das menções que pertenciam ao

### **Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas**

mesmo precedente. Para tanto, utilizou-se do recurso de editor de planilhas “remover duplicadas” tendo como referência resultados que fossem idênticos nos quesitos: natureza do resultado; tipo de ação processual; número; estado de origem; relator; relator para acórdão; data de julgamento e órgão julgador.

Dessa depuração sobraram 781 resultados que, distribuídos em relação à natureza do julgamento, formaram a seguinte tabela:

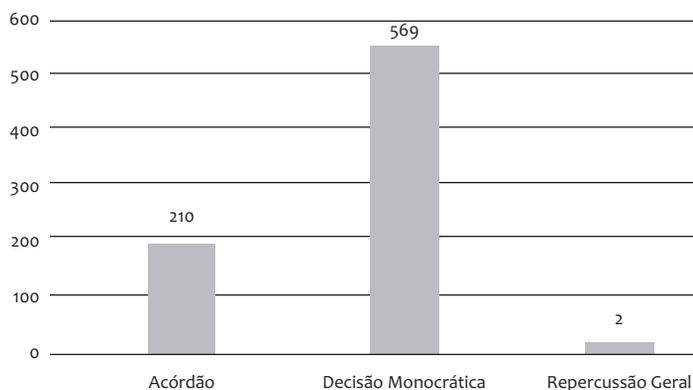
**Tabela 3** – Número de decisões – por natureza do precedente

<b>NATUREZA DO JULGAMENTO</b>	<b>NÚMERO DE DECISÕES</b>
Acórdão	210
Decisão monocrática	569
Repercussão geral	2
Total geral	781

Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

A redução representou uma quantia de quase 17% dos resultados obtidos em relação à menção, o que demonstra que na maior parte dos casos, 66,1% deles, o Supremo Tribunal Federal fez menção a apenas um tratado internacional de direitos de humanos. Graficamente, o resultado pode ser observado da seguinte forma:

Gráfico 2 – Total de precedentes que mencionaram pelo menos um TIDH



Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

Quando se condicionam esses resultados ao filtro temporal, ou seja, são analisados a partir da data em que ocorreram os julgamentos, consegue-se ter a noção de como os tratados internacionais têm sido historicamente utilizados pelo Tribunal Constitucional brasileiro. Quando se submeteram os resultados ao critério do ano do julgamento, chegou-se aos seguintes dados:

48

Tabela 4 – Total de precedentes em relação ao ano de julgamento

RÓTULOS DE LINHA	ACÓRDÃO	DECISÃO MONOCRÁTICA	REPERCUSSÃO GERAL	TOTAL GERAL
2001	5	22		27
2002	8	40		48
2003	7	41		48
2004	5	21		26
2005	11	33		44
2006	14	17		31
2007	24	20		44
2008	36	50	1	87
2009	30	62		92
2010	18	69		87
2011	16	54		70
2012	18	55	1	74
2013	18	85		103
<b>Total geral</b>	<b>210</b>	<b>569</b>	<b>2</b>	<b>781</b>

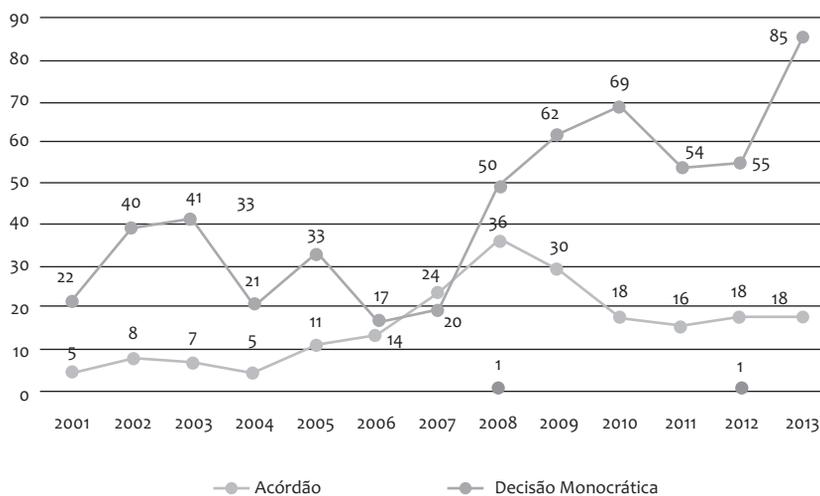
Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

## Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas

A Tabela demonstra claramente uma mudança substancial no número de acórdãos que mencionaram pelo menos um tratado internacional entre os anos de 2004 e 2005, que até esse marco não chegavam a 10 precedentes e após ele não voltou a atingir patamar menor que 11 resultados. Esses resultados, por óbvio, afetaram o histórico da relação geral de precedentes em seu todo, gerando um fenômeno semelhante quando observados os números gerais, que saltaram de 26, em 2004, para 44, em 2005.

Graficamente, pode-se confirmar que houve aumentos no número de precedentes nesses períodos, mas também pode-se observar que não se trata do aumento mais significativo entre 2001 e 2013. No caso dos acórdãos, é possível inferir que a mais substancial elevação no número de precedentes ocorreu entre 2007 e 2008 e representou o fim de um contínuo aumento do número de decisões iniciado em 2004. No mesmo sentido, as decisões monocráticas acompanharam o radical aumento dos acórdãos no ano de 2007 para 2008, mas, ao contrário dos acórdãos, não parou de aumentar nos anos seguintes, apesar de se observar uma desaceleração da taxa de aumento.

**Gráfico 3** – Linha histórica dos precedentes que mencionaram pelo menos um TIDH entre os anos de 2001 e 2013



Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

O Gráfico também demonstra que o ano de 2007 foi o único desde 2001 em que o número de decisões monocráticas é menor que o de acórdãos. Cabe relembrar que a base de dados do sítio eletrônico do STF, quanto a decisões monocráticas, tem precedentes selecionados. Concernentemente aos acórdãos, observa-se que os anos entre 2006 e 2009 foram os que mais mencionaram

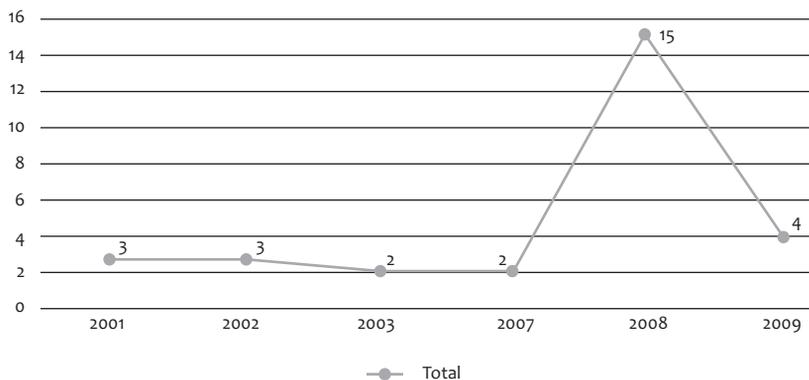
tratados internacionais e que, desde de 2010, tem-se mantido uma moda de 18 resultados. Desse modo, apesar de variações específicas entre acórdãos e decisões monocráticas, a linha de tendência dos últimos 13 anos tem sido de aumento.

Ainda sobre o Gráfico, observa-se que a primeira menção, entre 2001 e 2013, a um tratado internacional de direitos humanos em um precedente de repercussão geral ocorreu em 2008, exatamente o mesmo ano que marca o ápice dos precedentes com natureza de acórdãos, assim como marca o súbito aumento do número de decisões monocráticas. Ao analisar no banco de dados sobre qual tema tratava esse precedente, percebe-se que se refere ao RE 562051/MT, que reconheceu a repercussão geral do tema acerca da (im) possibilidade de prisão civil do depositário infiel, cujo mérito da questão foi julgado no RE 466343.

Para entender melhor os efeitos desse tema no histórico de julgamentos do Supremo Tribunal Federal em relação aos tratados internacionais, utilizou-se o filtro temático da pesquisa, selecionando apenas precedentes que haviam sido identificados como se tratando do caso da prisão do depositário infiel, o que gerou os seguintes resultados:

50

Gráfico 4 – Linha histórica dos acórdãos sobre a prisão civil do depositário infiel entre 2001 e 2013



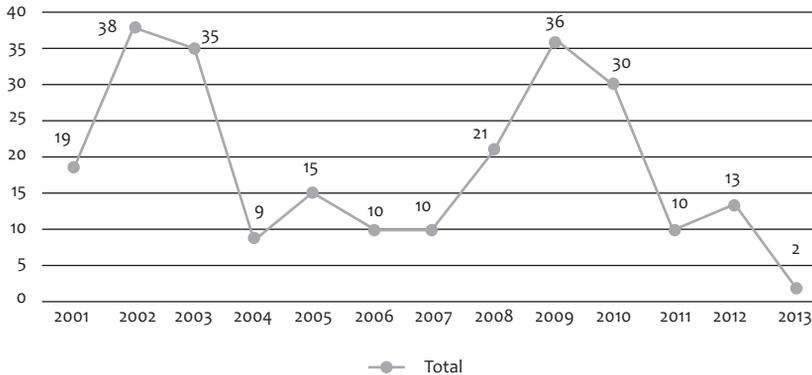
Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

O Gráfico 4 demonstra que 2008, por um lado, foi o ano em que mais se julgou de forma colegiada a questão do depositário infiel. Por outro, também mostra que foi um período excepcional, tendo em vista que o tema era tratado pelo menos desde 2001, mas nunca havia superado a marca de mais de três decisões. Outro dado importante é que 2009 marca o último ano em que um tratado internacional de direito humano é mencionado em um caso de depósito infiel

## Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas

cuja natureza é de acórdão.

**Gráfico 5** – Linha histórica das decisões monocráticas sobre a prisão civil do depositário infiel entre 2001 e 2013



Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

Em se tratando das decisões monocráticas, observa-se que em 2009 houve um grande número de dessas decisões sobre o tema. O julgamento da decisão monocrática ajuda a entender esse fenômeno, tendo em vista que com ele o STF pode criar filtros para as demandas sobre o tema. Da mesma forma, explica o súbito aumento das decisões monocráticas sobre o assunto, que foram decrescendo nos anos seguintes.

Ainda quanto à diminuição, percebe-se que o tema da prisão do depositário infiel influenciou consideravelmente o histórico de aplicação dos tratados internacionais pelo STF, mas não consegue explicar o aumento no número de decisões monocráticas em 2009 e 2010.

Por fim, cabe ressaltar que a comparação dos gráficos específicos sobre o tema com aquele referente aos resultados gerais demonstra que até 2008 o tema tinha um impacto relevante em relação aos casos nos quais o STF mencionou pelo menos um tratado internacional listado, a ponto das duas linhas do Gráfico 3 seguirem tendências semelhantes, o que vem se perdendo depois daquele ano.

### Número de precedentes que mencionaram tratados internacionais e sua variação em relação ao tipo de ação processual e a dimensão de direito tutelada

A análise dos precedentes quanto ao tempo apresentou um pequeno, mas contínuo, aumento da menção dos tratados internacionais de direitos humanos da jurisdição constitucional brasileira desde 2001. Isso implica um maior uso

desses diplomas internacionais na composição de lides e na resolução de impasses jurídicos. Para se aprofundar a análise de como os tratados internacionais de direitos humanos têm sido utilizados, levantaram-se as informações acerca da natureza jurídica de cada um dos precedentes coletados, cujos resultados estão exibidos na Tabela 5.

**Tabela 5** – Precedentes que mencionaram pelo menos um TIDH por tipo de ação processual

TIPO DE AÇÃO	ACÓRDÃO	DECISÃO MONOCRÁTICA	REPERCUSSÃO GERAL	TOTAL GERAL
AC		2		2
ACO		3		3
ADC	3	1		4
ADI	5	1		6
ADPF	8			8
AI	8	67		75
AO		2		2
AP	6	5		11
ARE		21		21
EXT	8	2		10
HC	129	260		389
INQ	7			7
MI	4	1		5
MS	1	9		10
PET	1			1
RCL	2	26		28
RE	21	162	2	185
RHC	7	7		14
<b>Total Geral</b>	<b>210</b>	<b>569</b>	<b>2</b>	<b>781</b>

Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

Assim, infere-se que o *Habeas Corpus* lidera o ranking como a ação processual na qual mais se mencionaram tratados internacionais de direitos humanos, seguido pelo Recurso Extraordinário e pelo Agravo de Instrumento. Isso demonstra que os tratados internacionais são mais utilizados nas crises relaciona-

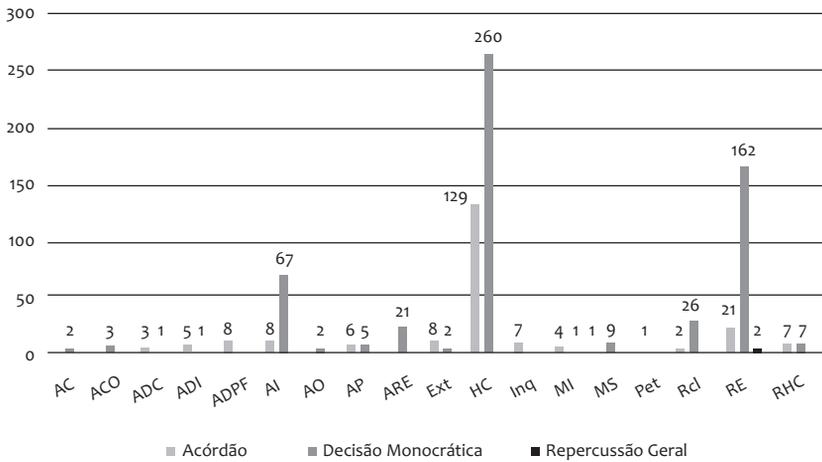
## Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas

das às condutas em geral, e não ao controle de constitucionalidade e convencionalidade do Direito.

Nesse sentido, ao se somarem os números de precedentes que representam aqueles instrumentos processuais que atuam no controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADO, ADC e ADPF), chega-se à quantia de 18 resultados, o que representa 2% do total de precedentes encontrados. No mesmo sentido, observa-se que não foi encontrada nenhuma ADO em que se tenha mencionado pelo menos um tratado internacional de direitos humanos.

Estatísticas produzidas pelo próprio STF demonstram que o número de ADI em tramitação na Corte Constitucional supera a soma de 3.000 processos, o número de ADPF é acima de 200, o de ADC é 25 e o de ADO é de 14<sup>58</sup>. Cabe falar, portanto, de uma baixa participação dos tratados internacionais na atuação de *judicial review* da corte constitucional brasileira.

Gráfico 6 – Número de precedentes que mencionaram pelo menos um TIDH por tipo processual de ação



Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

Da mesma forma, observa-se que o uso de tratados internacionais em dispositivos como o mandado de injunção é pequeno. O mandado de injunção,

<sup>58</sup> Dados conseguidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.as?servico=estatistica&pagina=acervoinicio](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.as?servico=estatistica&pagina=acervoinicio)> Acesso em: 11 ago. 2014.

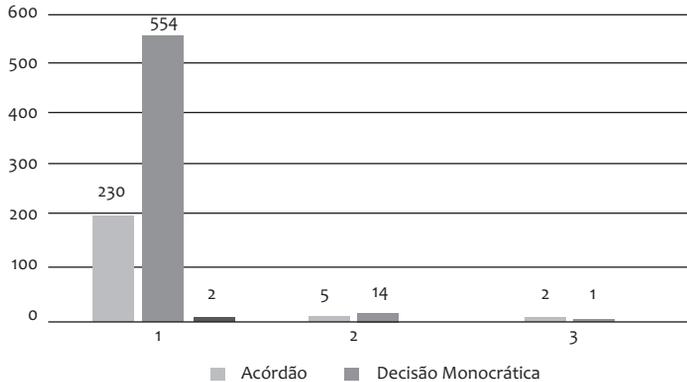
enquanto remédio constitucional tipicamente brasileiro, visa sanar a “mora legislativa” em regulamentar os direitos já reconhecidos pelo ordenamento constitucional<sup>59</sup>, principalmente em se tratando daquelas matérias que demandam um planejamento financeiro-administrativo do Estado, como os direitos sociais e difusos.

Nesse contexto, torna-se propícia a análise dos precedentes do STF por meio do critério da dimensão de direitos fundamentais preponderantemente tutelada. Quando se fala em dimensão de direito, utiliza-se a tradicional classificação em direitos civis e políticos – que se referem às liberdades públicas de autonomia da vida privada e às liberdades políticas de participação do indivíduo que acabam por se opor ao Estado –; direitos sociais – que se baseiam na ideia de prestações que visam atender as necessidades coletivas de uma comunidade, como educação e saúde –; e os direitos difusos – como os direitos do consumidor e do meio ambiente, que demandam uma efetiva atuação dos cidadãos e têm a coletividade como titular<sup>60</sup>.

Ao se classificarem os precedentes por esses critérios de análise, chegou-se às seguintes conclusões:

54

**Gráfico 7** – Decisões que mencionaram pelo menos um TIDH por dimensão de direito tutelado



Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

Como pode ser observado, a grande parte das menções a tratados internacionais pelo STF se ocupa da busca pela tutela de direitos individuais, o que coaduna com o fato de a principal ação constitucional que menciona tratados internacionais ser o *Habeas Corpus*, assim como auxilia a entender por que a

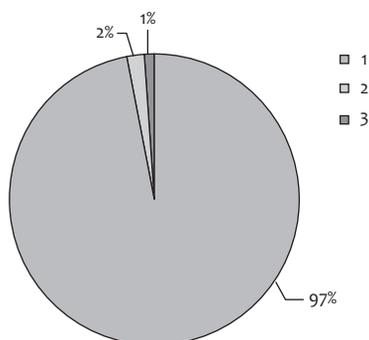
<sup>59</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 880.

<sup>60</sup> Vide TAVARES, 2006, p. 410-414.

## Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas

CADH e o PIDSC são os tratados internacionais mais mencionados pelo STF. Nesta pesquisa, observou-se que do total de precedentes, 97% se referem aos direitos de primeira dimensão. Os direitos sociais ocuparam quantidade bem menor, de 2%, e os difusos alcançaram 1%.

Gráfico 8 – Preponderância de dimensão de direito tutelado em precedentes



Fonte: STF/Pesquisa de jurisprudência.

## REFLEXÕES FINAIS: A BAIXA UTILIZAÇÃO DO POTENCIAL TRANSFORMADOR DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

55

Em 1988, o então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, iniciou o discurso de promulgação da Carta Constitucional da seguinte forma: “A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem recebe justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa”<sup>61</sup>.

O discurso do parlamentar representa os anseios constitucionais que fundaram a República em 1988 e demonstra como condições materiais mínimas são necessárias para a construção da cidadania. Nesse sentido, observa-se a grande responsabilidade do STF, em garantir que essa ordem constitucional seja cumprida, ao ser instituído como guardião da Constituição.

Para somar aos valores advindos da Assembleia Nacional Constituinte, o poder originário brasileiro decidiu abrir o texto constitucional aos princípios internacionais de proteção da pessoa humana e se inseriu em um contexto de interação entre o ordenamento jurídico interno e internacional, formando um

<sup>61</sup> GUIMARÃES, Ulysses. Discurso do deputado Ulysses Guimarães, presidente da assembleia nacional constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da constituição federal. *Revista GV*, São Paulo, n. 8. p. 595-602, jul./dez., 2008. p. 595.

verdadeiro “sistema integrado de defesa dos direitos humanos”<sup>62</sup>.

No entanto, a realização desse projeto de integração e a concretização do projeto constitucional de 1988 dependem do reconhecimento, por parte do Poder Judiciário e, em especial, do Supremo Tribunal Federal, da nova função que o Estado Democrático de Direito o incumbiu: a de garantir o *plus* normativo dos direitos fundamentais<sup>63</sup>.

As informações observadas a partir da análise do perfil de utilização dos tratados internacionais de direitos humanos pela Supremo Tribunal Federal demonstram um discreto, mas contínuo, aumento na utilização desses diplomas normativos na jurisdição constitucional brasileira. Com base nos resultados, também pôde-se observar que os tratados internacionais têm sido utilizados, predominantemente, na proteção dos direitos civis e políticos e, em especial, do direito de liberdade de locomoção.

Por mais que a utilização desses tratados em prol dos direitos individuais represente um salto qualitativo na prestação judicial do Poder Judiciário, não representa uma substancial mudança no paradigma normativista presente na cultura jurídica nacional. Isso porque a prevalência da utilização dos tratados internacionais em ações do tipo *Habeas Corpus* e Recurso Extraordinário retrata a continuidade da lógica liberal-individualista-normativista, em que a proteção dos direitos fundamentais passa apenas pela proteção dos direitos individuais concebidos pontualmente frente aos arbítrios estatais.

Assim, não se pode falar (por enquanto) nem mesmo da presença de um substancialismo individualista na utilização dos tratados internacionais de direitos humanos, já que este supera o normativismo para entender o tribunal constitucional como verdadeiro agente político capaz de reafirmar a razão pública e os princípios de justiça e Direito. Portanto, é imprescindível para o substancialismo individualista que a jurisdição constitucional atue de forma ativa com base de *judicial review* para garantir as liberdades básicas, o que não se observa na utilização dos tratados internacionais de direitos humanos. Ainda está presente uma lógica de mera proteção de indivíduo, de forma individualmente concebida, e não de teoria política razoável capaz de guiar a República para a concretização dos princípios de uma sociedade de cidadãos livres e com iguais oportunidades.

De maneira ainda mais visível, observa-se o distanciamento da jurisdição constitucional brasileira com o substancialismo comunitário. A atuação da corte constitucional, no que se refere aos tratados internacionais acerca de direitos

<sup>62</sup> Cf. TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, v. 1.

<sup>63</sup> STRECK, 2004, p. 167.

## Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas

sociais e econômicos, é mínima e mostra-se “incapaz de lidar com a realidade [...] a partir da explicitação de um novo projeto (comunitário) de Estado”<sup>64</sup>.

Os direitos sociais presentes na Constituição fazem mais do que gerar uma espécie de ‘direitos subjetivos de titularidade coletiva’. Como dito por Ulysses Guimarães, os direitos sociais são imprescindíveis para inserção de uma gama de marginalizados na sociedade brasileira e para a concretização da cidadania. Por conta disso, os tratados internacionais referentes a direitos econômicos e sociais precisam ser reconhecidos como instrumentos para a realização substantiva do projeto constitucional-dirigente.

Observa-se, portanto, um quadro em que a implementação dos tratados internacionais de direitos humanos torna-se um “exemplo privilegiado da patente crise hermenêutica no Brasil”<sup>65</sup> e o potencial transformador desses diplomas internacionais vê-se limitado pela lógica liberal-normativista, que impede a concretização do Estado Democrático de Direito enquanto paradigma cuja Constituição não apenas explicita o contrato social, mas “constitui-a-ção do Estado”<sup>66</sup>.

Por fim, cabe ressaltar a corresponsabilidade dos demais juristas nessa crise hermenêutica. Especialmente a advocacia e a promotoria têm o importante papel de impulsionar a mudança paradigmática que a Constituição de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos podem promover. Quando levam ao Poder Judiciário as obrigações que a República toma, em âmbito internacional, para com seus cidadãos, advogados e promotores fazem mais do que apenas garantir interesses privados ou sociais, também instigam o judiciário a rever suas pré-compreensões e a responsabilidade que tem para com a Constituição.

57

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n. 5, p. 75-96, 2001

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF*. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoinicio](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoinicio)> Acesso em: 11 ago. 2014.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso do deputado Ulysses Guimarães, presidente da assembleia nacional constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da constituição federal. *Revista GV*, São Paulo, n. 8. p. 595-602, jul./dez., 2008.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

<sup>64</sup> MOREIRA, 2012, p. 182.

<sup>65</sup> MOREIRA, 2012, p. 115.

<sup>66</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 146.

- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MOREIRA, Nelson Camatta. *Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La fundamentación de los derechos humanos. *Revista de Estudios Políticos*, n. 35, set./out., 1983.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, v. 1.
- VIANNA, Luiz Weneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Data de recebimento: 28/8/2014

Data de aprovação: 10/3/2015

# **BIOCENTRISMO VERSUS NOVO DESENVOLVIMENTISMO: O NEOEXTRATIVISMO EQUATORIANO NO CONTEXTO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO**

## **EL BIOCENTRISMO VERSUS NUEVO DESARROLLISMO: EL NEOEXTRATIVISMO ECUATORIANO EN EL CONTEXTO DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO**

*Ana Beatriz Oliveira Reis\**  
*Juliana Pessoa Mulatinho\*\**

### **RESUMO**

No contexto de governos pautados por uma agenda política progressista na América Latina, adota-se um novo modelo de desenvolvimento baseado na maior intervenção do Estado na economia e que busca conciliar o crescimento econômico ao desenvolvimento social mediante a implementação de políticas públicas voltadas para o combate à pobreza a partir da distribuição de renda. No Equador, o neodesenvolvimentismo é adotado por meio do neoextrativismo, prática econômica baseada na exploração de grandes volumes de recursos naturais frequentemente comercializados no mercado externo. Contudo, em 2008 o biocentrismo passa a ser valor central na nova constituição equatoriana e a natureza, desde então, passa a ser sujeito de direitos. Nesse cenário, pretende-se analisar as contradições existentes entre o texto constitucional equatoriano ratificado pela população por meio de referendo popular e a orientação econômica do governo que prioriza o neoextrativismo entendendo

---

\* Mestranda em Direito Constitucional pelo programa de pós-graduação PPGDC/UFF. Pesquisadora do Laboratório de Estudos Interdisciplinares em Direito Constitucional Latino-Americano (LEICLA). Endereço: Rua Ivan Baptista de Oliveira, n. 482, Casa 02, bairro Milho Branco, Juiz de Fora/MG, CEP: 36083-000, e-mail: reis.aboliveira@gmail.com.

\*\* Mestranda em Direito Constitucional pelo programa de pós-graduação PPGDC/UFF. Pesquisadora do Laboratório de Estudos Interdisciplinares em Direito Constitucional Latino-Americano (LEICLA). Endereço: Rua Capitão Luiz Belegard, n. 209, Imbetiba, Macaé/RJ, CEP: 27913-260 E-mail: julianamulatinho@yahoo.com.br.

que esse modelo perpetua um padrão antropocêntrico de desenvolvimento na contramão do ideário biocêntrico constitucionalmente adotado.

**Palavras-chave:** Biocentrismo; Neodesenvolvimentismo; Neoextrativismo; Equador.

## RESUMEN

En el contexto de los gobiernos regidos por una agenda política progresista en América Latina se adopta un nuevo modelo de desarrollo basado en una mayor intervención del Estado en la economía y trata de conciliar el crecimiento económico con el desarrollo social a través de la implementación de políticas públicas para combatir la pobreza de la distribución del ingreso. En Ecuador, el neo-desarrollismo es adoptado por neoextrativismo, la práctica económica que se basa en la explotación de grandes cantidades de recursos naturales, a menudo se venden en los mercados extranjeros. Sin embargo, en 2008 se convierte en el biocentrismo valor central en la nueva Constitución de Ecuador y la naturaleza, desde entonces, se convierte en un sujeto de derechos. Ante este escenario, nos proponemos analizar las contradicciones entre la Constitución ecuatoriana ratificada por el pueblo mediante referéndum y la orientación del gobierno económico que prioriza la comprensión neoextrativismo que este modelo perpetúa un modelo antropocéntrico del desarrollo en el sentido contrario de las ideas biocéntricas constitucionalmente adoptadas.

**Palabras clave:** Biocentrismo; Neodesarrollismo; Neoextrativismo; Ecuador.

## INTRODUÇÃO

A Constituição equatoriana promulgada em 2008 é um texto surgido no âmbito do Novo Constitucionalismo Latino-Americano – paradigma constitucional, inaugurado com a Constituição venezuelana de 1999, que busca promover uma refundação do Estado – a partir da superação do modelo de estado moderno e eurocêntrico – mediante a instituição da plurinacionalidade, do pluralismo jurídico e da democracia intercultural e com a inclusão de novas subjetividades individuais e coletivas, entre outras inovações<sup>1</sup>. É um texto que busca incorporar expressões da população originária do país, como o *vivir bien*, além da criação de novas formas de participação popular, como o chamado “poder cidadão”.

Além dessas inovações, para o que interessa a este estudo, a Constituição equatoriana prevê a adoção da ideia de biocentrismo. Através da adoção dessa

<sup>1</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Julho 2010.

lógica, a Constituição equatoriana eleva a natureza ao patamar de sujeito de direitos, prevendo, portanto, que sua proteção é um fim em si mesmo que não está vinculada a um eventual valor que a natureza possa produzir para os seres humanos. A partir disso, essa Constituição prevê, inclusive, o direito de restauração da natureza, até mesmo no que tange aos recursos não renováveis<sup>2</sup>.

O biocentrismo é uma tese que procura entender que o ser humano é parte integrante da natureza, que tem limites biofísicos, assim, é preciso reconhecer direitos da natureza<sup>3</sup>. Percebe-se, portanto, que a lógica biocêntrica está em contradição permanente com a acumulação desenfreada de bens que não pode ter futuro em razão dos limites dos recursos naturais. Logo, é um conceito que se volta contra a própria forma do capitalismo contemporâneo, uma vez que rompe com a ideia de que a natureza é uma fonte inesgotável de recursos que devem ser apropriados em benefício da humanidade. Surge, assim, a necessidade de distinguir desenvolvimento de crescimento econômico, uma vez que o crescimento econômico fundado na exploração da natureza tende a esgotar os recursos necessários para a manutenção da humanidade.

Essa concepção revela uma superação do antropocentrismo, substituindo a ideia de direitos humanos pela ideia de direitos da natureza, nos quais a humanidade está, logicamente, incluída. Não se trata, no entanto, de defender que a natureza permaneça intocada, mas de defender que as interferências feitas no meio ambiente assegurem a manutenção da existência dos ecossistemas e das coletividades, e não apenas dos indivíduos<sup>4</sup>. É nesse sentido que a constituição equatoriana entende que a natureza é o local onde se produz e se realiza a vida, não distinguindo nenhuma forma de vida e abrangendo, portanto, a existência humana dentro do ambiente natural.

A constituição equatoriana é promulgada em um contexto de transformações econômicas e políticas na América Latina. A derrota do projeto estadunidense de criação da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) e a eleição de governos que compartilham de ideais da esquerda e da social democracia detiveram, em grande medida, o avanço do neoliberalismo na América Latina. Na economia, muitos desses governos proporcionaram a retomada do papel protagonista do Estado, possibilitando a conciliação entre crescimento econômico e redistribuição de renda por meio de programas sociais como o brasileiro Bolsa Família, aumentando o número de trabalhadores formais e, conseqüentemente, o poder

<sup>2</sup> GUDYNAS, Eduardo. La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. *Revista de Estudios Sociales*, Abril 2009, n. 32, p. 34-46. Disponível em: <<http://res.uniandes.edu.co/view.php/576/>>. Acesso em: 16 jan. 2015. 14p.

<sup>3</sup> ACOSTA, Alberto. *La naturaleza con derechos una propuesta de cambio civilizatorio*. 2011. 15p. Disponível em: <<http://www.lai.at/attachments/article/89/Acosta-Naturaleza%20Derechos%202011.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

<sup>4</sup> ACOSTA, op. cit., p. 12.

de consumo das famílias. Esse novo momento experimentado pelas economias latino-americanas é denominado como “novo desenvolvimento” ou “neodesenvolvimentismo”. Muitos acreditam que esse modelo tenha favorecido certa independência das economias latinas em relação aos países do centro do capitalismo.

Contudo, a implantação do neodesenvolvimentismo está na contramão dos ideais do biocentrismo uma vez que os recursos naturais continuam a ser tratados a partir de uma perspectiva antropocêntrica. Além disso, o neodesenvolvimentismo não rompe com a lógica da colonialidade por ser um modelo de desenvolvimento eurocêntrico, conforme ponderado por Gudynas.

É desse contexto que se extraem os dados da Comissão Econômica para América Latina e Caribe da Organização das Nações Unidas (CEPAL)<sup>5</sup>. Segundo essa instituição, quase 30% do PIB equatoriano é oriundo da exportação de bens ou serviços. Desse percentual, 54,8% referem-se à exportação de petróleo, o restante origina-se da exportação de produtos primários, especialmente banana. Dessa forma, a economia do Equador insere-se no que vem sendo denominado neoextrativismo, assim entendida a mudança do sentido que determina a extração de recursos naturais que passa a sofrer forte influência estatal, em detrimento dos interesses do capital estrangeiro até então preponderantes, mas que, no entanto, mantém reprodução da lógica capitalista de maximização da eficiência e do lucro justificada pela ideologia do desenvolvimento<sup>6</sup>.

62

A partir disso, fica claro que existe uma contradição entre a forma de produção econômica do Estado equatoriano, apontada pelos dados coletados, e a concepção biocêntrica assegurada constitucionalmente. Assim, afirma-se como hipótese, no presente trabalho, que existe uma relação limitadora entre o conceito de desenvolvimento econômico, como vem sendo implementado pelo Estado equatoriano, e a concepção de biocentrismo prevista no texto constitucional.

A relevância do tema é claramente demonstrada pelo fato de que o estudo do novo constitucionalismo latino-americano sob suas diversas nuances oportuniza a reflexão sobre a diversidade de estruturas e institutos jurídicos presentes, em especial, na constituição do Equador. Além disso, a concepção biocêntrica equatoriana pode ser especialmente interessante uma vez que a questão ambiental é uma pauta cada dia mais relevante em todo o mundo. Nesse sentido, questionar de que forma a proteção da natureza vem sendo equalizada no contexto

<sup>5</sup> Conforme dados divulgados pelo CEPAL (Comissão Econômica para América Latina e Caribe da Organização das Nações Unidas) em seu sítio eletrônico: <[http://interwp.cepal.org/cepalsat/WEB\\_cepalsat/Perfil\\_nacional\\_economico.asp?Pais=ECU&idioma=e](http://interwp.cepal.org/cepalsat/WEB_cepalsat/Perfil_nacional_economico.asp?Pais=ECU&idioma=e)>. 2013. Acesso em: 16 jan. 2015.

<sup>6</sup> GUDYNAS, Eduardo. Estado compensador y nuevos extractivismo. Las ambivalencias del progresismo sudamericano. *Revista Nueva Sociedad* n. 237, enero-febrero de 2012. Disponível em: <[http://www.nuso.org/upload/articulos/3824\\_1.pdf](http://www.nuso.org/upload/articulos/3824_1.pdf)>. Acesso em: 16 jan. 2015.

do desenvolvimento econômico de um país latino-americano que tenta, ao menos segundo sua ótica constitucional, propiciar ampla proteção à natureza é importante para revelar as contradições da realidade contemporânea.

Este trabalho é, portanto, uma pesquisa jurídica sociológica, assim entendida como aquela que busca compreender o fenômeno jurídico, nesse caso o princípio biocêntrico da Constituição equatoriana, a partir da realidade social, especificamente as condições materiais nas quais se desenvolve a economia do Equador, sobretudo no que diz respeito à importância do neoextrativismo para ela. Para o desenvolvimento da investigação, será utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica, especialmente quanto às noções de neoextrativismo<sup>7</sup>, novo desenvolvimento<sup>8</sup> e biocentrismo<sup>9</sup>, além da análise de dados do CEPAL para caracterização da realidade econômica equatoriana.

## **O BIOCENETRISMO NA CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA**

A intensificação da exploração da natureza se confunde com a própria expansão do capitalismo imperial: a conquista das Américas culminou em um grande empreendimento de exploração de recursos naturais e também humanos, com a extinção de vários dos povos originários das regiões exploradas. Percebe-se que a exploração dos recursos naturais da América Latina se confunde com o próprio surgimento do capitalismo na Europa e contribui para a formação do sistema-mundo no qual a posição dos países latino-americanos é a de meros fornecedores de produtos primários<sup>10</sup>. A lógica colonial de exploração da natureza não foi superada com a independência das colônias latino-americanas, pelo contrário, essa exploração continua sendo pilar das economias desses países.

Partindo do princípio que considerar a natureza como fonte inesgotável de recursos para os interesses humanos não é sustentável, o biocentrismo busca reconhecer que a concepção atual de desenvolvimento econômico é precária. Esse debate intensificou-se, sobretudo, a partir dos anos 1970 e 1980, durante os quais diversas vertentes de pensamento passaram a defender a natureza como um fim em si mesmo<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> GUDYNAS, 2012.

<sup>8</sup> POCHMANN, Marcio. Novo desenvolvimentismo como resposta à crise global. In: Castro, Daniel; Melo, José Marques de (Org.) *Panorama da comunicação e das telecomunicações no Brasil*. Brasília: Ipea, 2012, p. 16-28.

<sup>9</sup> ACOSTA, Alberto. *La Naturaleza con Derechos Una propuesta de cambio civilizatorio*. 15p. Disponível em: <http://www.lai.at/attachments/article/89/Acosta-Naturaleza%20Derechos%202011.pdf> Acesso em: 16/01/2015.

<sup>10</sup> ACOSTA, 2011, op. cit.

<sup>11</sup> GUDYNAS, Eduardo. *Si eres tan progresista ¿Por qué destruyes la naturaleza? Neoextractivismo, izquierda y alternativas*. Ecuador Debate. n. 79: 61-81. Quito: CAAP, 2010, op. cit.

Dessa forma, o biocentrismo procura promover um reencontro entre o homem e a natureza. A ótica biocêntrica considera, então, a natureza como um valor em si mesmo, independente daquilo que possa vir a produzir para a humanidade<sup>12</sup>. Portanto, todos os ecossistemas devem ser preservados, sem relação com qualquer valoração humana, afinal:

*En un mundo sin personas, las plantas y animales continuarán con su marcha evolutiva y estarán inmersos en sus contextos ecológicos, y esa manifestación de vida es un valor en si mismo. Esta perspectiva es denominada biocentrismo, en atención a su énfasis en valorar todas las formas de vida, tanto humanas como no-humanas<sup>13</sup>.*

Assim, o biocentrismo contrapõe-se diretamente ao antropocentrismo, buscando evidenciar que o homem faz parte da própria natureza, com a qual se confunde seu próprio desenvolvimento – nesse sentido, é preciso operar uma reconstrução do entendimento social da natureza, superando a dicotomia entre natureza e sociedade. Representa, portanto, a superação do clássico paradigma do meio ambiente já consolidado no constitucionalismo latino-americano. Não se trata, no entanto, de manter totalmente intocada a natureza, o que se busca garantir é a continuidade dos ecossistemas, das coletividades<sup>14</sup>. Dessa forma:

64

*(...) se reconoce y defiende la necesidad de intervenir en el entorno para aprovechar los recursos necesarios para satisfacer las “necesidades vitales” pero sirviendo a la “calidad de la vida” (según sus formulaciones originales). Tampoco impide defendernos de virus o bacterias. Por lo tanto, el reconocimiento de los valores intrínsecos no desemboca en la imposición de una Naturaleza intocada<sup>15</sup>.*

As teses biocêntricas, apesar de terem espaço na academia, não haviam ainda logrado maior êxito em sua implementação. É em um contexto de profundas transformações sociais, de renovação política e de mobilização popular no Equador, que a Constituição equatoriana de 2008 se tornará o primeiro texto constitucional a consagrar explicitamente os direitos da natureza, ao menos no ocidente. Essa explicitação do biocentrismo pode ser vislumbrada em todo o texto da Constituição equatoriana e especialmente no art. 71 que, além de conceituar os direitos da natureza, assegura sua restauração integral, conforme se vê em:

*Art. 71. La naturaleza o pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el manteni-*

<sup>12</sup> GUDYNAS, 2009, p. 34-46.

<sup>13</sup> GUDYNAS, 2010.

<sup>14</sup> ACOSTA, 2011.

<sup>15</sup> GUDYNAS, 2010.

*miento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos*<sup>16</sup>.

Além disso, embora na base dessa ecologia atual exista um entusiasmo pela natureza muito próximo do amor, este não se confunde com a rejeição pela ciência; ao contrário, aceita a necessidade do conhecimento científico, compreensão que também inclui o respeito pelos saberes dos povos originários<sup>17</sup>. Nesse sentido, na Constituição equatoriana de 2008, a expressão *pachamama*, termo que integra a tradição indígena, é utilizada como sinônimo de natureza no decorrer do texto da Constituição. Aqui, mais uma vez, o constitucionalismo latino-americano busca romper com a tradição moderna eurocêntrica para privilegiar os conhecimentos dos povos originários que até então não tinham maior voz. Assim, busca-se garantir a presença de outras visões e outros saberes diversos da ótica ambiental ocidental.

Da mesma forma, o conceito de *sumak kawsay*, também oriundo dos saberes dos povos originários da região, é consagrado no texto equatoriano. O estabelecimento desses conceitos em correspondências com as ideias ocidentais permite uma abertura efetiva para outras concepções e modos de vida, especialmente aqueles que até então se encontravam inviabilizados.

Ao consagrar a concepção de *sumak kwasay*, a Constituição equatoriana busca equalizar os saberes dos povos originários, aproximando a ideia de bem-estar social e ambiental. Assim, essa carta constitucional elege um novo marco para o desenvolvimento do país, sempre apontando para a conservação e recuperação da natureza. Os saberes dos povos originários, contemplados no texto constitucional equatoriano, buscam estabelecer um novo vínculo com a natureza, superando as concepções modernas que contribuíram para a crise ambiental.

Os direitos da natureza na lei fundamental equatoriana foram mantidos ao lado das concepções tradicionais de meio ambiente sadio e qualidade de vida, o que demonstra que não são concepções que se contradizem, pelo contrário, se reforçam<sup>18</sup>. Nesse mesmo sentido, Acosta destaca que cada ampliação do inventário de direitos traz à tona direitos até então impensáveis, de modo que reconhecer a natureza como sujeito de direitos pode ser entendido também como uma forma de ampliação do rol já tradicional dos ditos direitos humanos. É nesse sentido que o texto equatoriano contempla, por exemplo, o direito ao meio ambiente são, nos seguintes termos:

<sup>16</sup> EQUADOR. *Constituição do Equador*. 2008. *Constitución de la república del Ecuador* Disponível em: <[http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)>. Acesso em: 24 jan. 2014.

<sup>17</sup> ACOSTA, 2011.

<sup>18</sup> GUDYNAS, 2010.

*Art. 14. Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados*<sup>19</sup>.

Além disso, a Constituição equatoriana ousa também ao prever o direito de restauração da natureza como obrigação estatal. Gudynas<sup>20</sup> esclarece que esse direito desdobra-se em restauração no sentido estrito, que consiste na recuperação de sistemas ecológicos degradados, trazendo-os de volta ao estado inicial, e reabilitação ecológica que seria a redução da deterioração. Assim, o art. 73 da Constituição equatoriana determina que:

*Art. 73. El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional*<sup>21</sup>.

66

Por tudo isso, percebe-se que a consagração dos direitos da natureza no texto constitucional equatoriano é um fato político da maior importância dentro da trajetória da relação humana com a natureza, representando uma verdadeira “virada biocêntrica”<sup>22</sup>. No entanto, para a vigência de um sistema biocêntrico, é preciso vislumbrar a construção de uma civilização pós-capitalista cujo ponto de partida é o reconhecimento de que o sistema capitalista baseia-se na destruição dos elementos biofísicos que possibilitam sua existência<sup>23</sup>.

## **O NOVO DESENVOLVIMENTO E NEOEXTRATIVISMO: UMA BREVE ANÁLISE DA ECONOMIA EQUATORIANA NO CONTEXTO DOS GOVERNOS PROGRESSISTAS DA AMÉRICA LATINA**

A década de 1990 foi caracterizada na América Latina pela ascensão de políticas neoliberais marcadas pela desregulamentação da economia, pela privatização das empresas públicas e pela desnacionalização. O papel do Estado nesse momento se restringia a cumprir a cartilha estabelecida pelo Consenso de Washington que favorecia o arrocho salarial, o desemprego, bem como a

<sup>19</sup> EQUADOR, 2008.

<sup>20</sup> GUDYNAS, 2009, p. 34-46.

<sup>21</sup> EQUADOR, 2008.

<sup>22</sup> GUDYNAS, 2009.

<sup>23</sup> ACOSTA, 2011.

contenção de despesas voltadas para as necessidades sociais. O projeto imperialista dos Estados Unidos para o restante da América culminaria com a implementação da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) que permitiria o fim das barreiras alfandegárias entre os países da América, exceto Cuba. A implementação da ALCA, claramente, favoreceria a economia dos Estados Unidos tendo em vista a disparidade entre esse país e os demais países americanos no que tange ao papel na economia mundial, a infraestrutura e o nível de industrialização.

Foi com muita resistência que a população latino-americana venceu a ALCA, na maioria das vezes lutando contra os seus próprios governos nacionais submissos aos Estados Unidos. No ano de 1999, Hugo Chávez é eleito presidente da Venezuela, estabelecendo uma plataforma política de combate à pobreza e de distribuição de renda. Na economia, o governo Hugo Chávez passou a exercer forte intervenção na indústria petrolífera, principal setor econômico venezuelano.

O novo milênio se inicia com a eleição na América Latina de vários governantes com plataformas políticas ligadas à esquerda e/ou à social democracia. Embora esses novos governos tenham divergências os aproximando em maior ou menor medida do campo progressista, eles tiveram como maior ponto de convergência o compromisso com o combate à pobreza e com a distribuição de renda. Argentina, Uruguai, Brasil, Paraguai, Bolívia, Chile e Equador (além da já citada Venezuela) podem ser mencionados como exemplos de países latino-americanos que experimentaram governos que romperam, em grande medida, com a agenda neoliberal.

Esse distanciamento do neoliberalismo é sentido principalmente na economia. Nesses países, o Estado passou a intervir novamente na economia resgatando ideias de planejamento econômico. Mas, mais do que uma intervenção na economia a fim de favorecer o crescimento interno, esses governos desenvolveram políticas redistributivas voltadas ao combate à pobreza que assola, até hoje, o nosso continente.

Essa nova agenda, que retoma o protagonismo do Estado na esfera econômica é denominada por muitos como “novo desenvolvimento” ou “neodesenvolvimentismo”, caracteriza-se pela aliança entre o crescimento econômico e a inclusão social, definindo-se como

nova modalidade de política social, centrada, por um lado, na implementação de medidas redistributivas voltadas para a inclusão de amplos setores populacionais ao consumo de políticas sociais, consubstanciando o que chamo aqui de inclusão social via consumo de massa, e por outro, conformando um modelo de política social como fator de crescimento econômico. Essa plataforma da política social

neodesenvolvimentista, funda um novo Estado, intitulado aqui de Estado mediador consumidor, visto que passa a ser um grande consumidor dos bens e serviços sociais mercantilizados<sup>24</sup>.

No Brasil, esse modelo é visto com otimismo por muitos setores da sociedade, em especial pelas empresas nacionais que têm sido beneficiadas pelos financiamentos públicos e pela modernização da infraestrutura. Sobre o contexto latino-americano, o economista brasileiro Marcio Pochmann afirma que

não obstante os obstáculos históricos e limites impostos ao avanço do sistema de bem-estar social, os países da região possuem, atualmente, a inédita oportunidade política de consolidar o rumo de um novo desenvolvimento, capaz de combinar melhora econômica com avanço social. O futuro socialmente justo e economicamente sustentável torna-se possível a partir de uma maioria política que assuma o protagonismo de conceber, junto com o povo, o que historicamente lhe foi negado: o bem-estar coletivo<sup>25</sup>.

Esse otimismo, contudo, não é compartilhado por todos os setores da sociedade. Alguns estudiosos preferem olhar com cautela para esse novo movimento salientando que o chamado modelo neodesenvolvimentista não rompe com a lógica da acumulação capitalista.

68

*En efecto, todos los gobiernos progresistas proclaman que su objetivo en el área económica es lograr crecimiento, lo que sería indispensable para generar empleo, captar renta para poder financiarse, etc. Por lo tanto, este Estado liberaliza y protege dinámicas propias del capitalismo contemporáneo, y se abstiene de intervenir cuando se ponen en riesgo esos procesos de acumulación. La promoción se hace con diferentes grados de apoyo y participación, que van desde cobertura jurídica hasta subsidios de diverso tipo; el aliento y protección al ingreso de inversiones, y hasta en algunos casos directamente el desarrollo de la actividad por medio de empresas nacionales<sup>26</sup>.*

Gudynas ainda ressalta que esse novo modelo de desenvolvimento perpetua a lógica da modernidade e sua face ocultada, qual seja, o colonialismo por meio de um modelo de desenvolvimento que coloca os recursos naturais como mercadorias a serem exploradas pelo homem. A ciência, nesse sentido, teria por objetivo controlar a natureza e inovar as formas de exploração. Em linhas gerais, esse é o projeto moderno de desenvolvimento.

<sup>24</sup> PFEIFER, Mariana. O “social” no interior do projeto neodesenvolvimentista. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 120, p. 746-766, out./dez. 2014.

<sup>25</sup> POCHMANN, 2012, p. 16-28.

<sup>26</sup> GUDYNAS, 2012.

Segundo os estudiosos ligados ao pensamento descolonial, o processo de desenvolvimento da modernidade iniciado em 1492 é apresentado pelo discurso hegemônico como uma evolução inevitável da humanidade. Esse projeto eurocêntrico se desenvolveu a partir da criação de dicotomias como centro/periferia, homem branco/negro e índio, civilizados/bárbaros, desenvolvido/subdesenvolvido.

O sociólogo estadunidense Immanuel Wallerstein, ao desenvolver a teoria sistema-mundo, amplia a capacidade de se compreender o projeto de modernidade para além da Europa. Nesse sentido, não é possível compreender a modernidade como um fenômeno europeu independente sendo este uma estratégia na qual cada país teria sua função pré-estabelecida, embora nem sempre evidente, no sistema-mundo. Logo, não é possível pensar que os desenvolvimentos econômico e social são uma tendência natural de todos os países do planeta.

É absolutamente impossível que a América Latina se desenvolva, não importa quais sejam as políticas governamentais, porque o que se desenvolve não são os países. O que se desenvolve é unicamente a economia mundial capitalista e esta economia é de natureza polarizadora<sup>27</sup>.

A colonialidade seria, portanto, a face ocultada da modernidade essencial ao sistema-mundo para a construção de diferentes papéis entre os diversos países. Walter Mignolo<sup>28</sup> define a colonialidade como “o lado escuro da modernidade”, sendo aquela constitutiva e não derivativa desta. Sem essas diferenças, sem a criação de dicotomias, a modernidade não teria se desenvolvido. Para que o projeto de modernidade eurocêntrico fosse bem-sucedido, outras formas de saberes e de compreensão do mundo foram sufocadas.

Sendo assim, os países latino-americanos quando adotam o modelo de desenvolvimento do neodesenvolvimentismo que não deixa de se basear no projeto de modernidade eurocêntrico, com sua concepção própria de desenvolvimento, não rompem com as condições de subalternidade impostas no denominado “sistema-mundo”.

Uma das facetas da ascensão das políticas neodesenvolvimentistas na América Latina, e, portanto, no Equador, é o neoextrativismo. O uruguaio Eduardo Gudynas define esse fenômeno como

<sup>27</sup> WALLESTEIN, I. *A reestruturação capitalista e o sistema mundial*. 1997/1998. Disponível em: <<https://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/download/2069/1696>>. Acesso em: 9 nov. 2014.

<sup>28</sup> MIGNOLO, Walter. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da Modernidade. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO, setembro, p. 33-50, 2005.

*El extractivismo se caracteriza por la explotación de grandes volúmenes de recursos naturales, que se exportan como commodities y dependen de economías de enclave (que pueden estar localizadas, como los campos petroleros o las minas, o bien ser espacialmente extendidas, como el monocultivo de soja)<sup>29</sup>.*

No Equador, assim como nos demais países latino-americanos que se identificam com o neodesenvolvimentismo, a exploração dos recursos naturais tem sido tratada pelo governo como uma oportunidade de crescimento econômico capaz de combater a pobreza. Nesse sentido, intensificaram-se os conflitos entre aqueles que não acreditam que esse modelo de desenvolvimento seja o mais adequado. Essas divergências tornam-se mais interessantes a partir do momento em que a nova constituição, como já discutido, consagra o biocentrismo. Verifica-se, portanto, que o neoextrativismo não condiz com valores consagrados na própria Constituição por perpetuar um modelo de desenvolvimento calcado na exploração dos recursos naturais a serviço de interesses iminentemente humanos.

Esse modelo, além de não respeitar os direitos da natureza consagrados na Constituição, mantém a lógica do imperialismo ao priorizar uma economia voltada para a exportação de matérias primas, reforçando a dependência econômica dos países do centro do capitalismo. É Eduardo Gudynas quem faz essa crítica com precisão:

70

*La persistencia del extractivismo representa un cambio sustancial frente a la vieja izquierda, la cual siempre criticó a sectores como la minería y las petroleras, no sólo por sus impactos locales, sino por representar economías de enclave que no generaban beneficios sustanciales. Esa dependencia en exportar materias primas era vista como un estado de atraso, que debía ser superado. Sin embargo, los gobiernos progresistas sen los hechos se han encaminado a un nuevo extractivismo (...). A diferencia de lo que ocurría em el pasado, por un lado hay una mayor presencia estatal, en algunos casos se aumentaron los tributos y regalías, y se busca una mejor regulación. Pero por otro lado, las empresas extranjeras reaparecen bajo otros modos de asociación, la dependencia de los mercados globales se acentúa y en algunos casos el próprio Estado apoya o subvenciona a diferentes emprendimientos<sup>30</sup>.*

Uma análise breve dos dados econômicos dos países latino-americanos revela rapidamente a importância da extração de recursos naturais e, portanto, do neoextrativismo para suas economias. Nesse sentido, no gráfico a seguir,

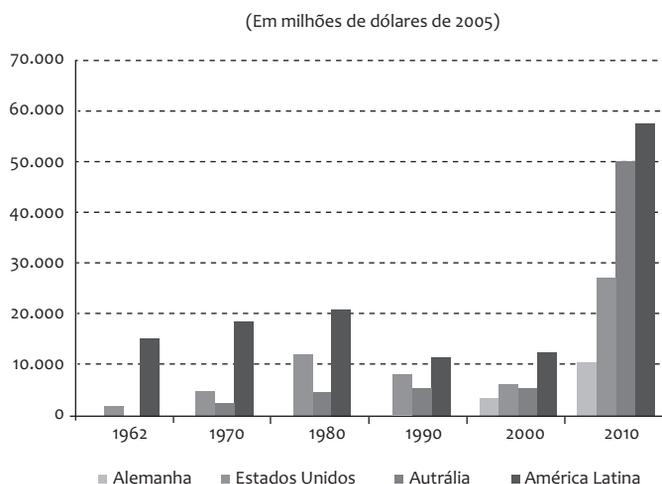
<sup>29</sup> GUDYNAS, 2012.

<sup>30</sup> GUDYNAS, Eduardo. *La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica*. Tábula Rasa, Julho-Dezembro, 2010, n. 13, Bogotá. Disponível em: <<http://www.gudynas.com/publicaciones/articulos/GudynasBiocentrismoJusticiaEcologicaTRa-sa10.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

## Biocentrismo versus novo desenvolvimentismo: o neoextrativismo equatoriano...

disponibilizado pelo CEPAL, verifica-se como a exportação de matéria-prima vem crescendo em toda a América Latina, principalmente no período compreendido entre os anos 2000 e 2010<sup>31</sup>.

**Gráfico 1** – América Latina, Caribe e grandes países exportadores de minerais: evolução das exportações de minerais em estado primário, 1962-2010\*



\* Abrange produtos correspondentes às seções 27 (adubos e minerais em bruto) e 28 (minérios e resíduos metálicos) da Classificação Uniforme para o Comércio Internacional (CUCI), Revisão 3.

**Fonte:** Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), com base no Banco Mundial, World Development Indicators.

71

No mesmo sentido, a análise de dados da economia do Equador parece indicar que o modelo de exploração de recursos naturais ainda não foi superado uma vez que, segundo dados do CEPAL<sup>32</sup>, em 2008, quando promulgada Constituição, a exportação de bens e serviços correspondia a 34,2% do PIB, mantendo-se praticamente estável até 2013, quando perfaz 29,2% do PIB. Esses dados revelam-se importantes no que diz respeito à apropriação do patrimônio ambiental uma vez que, ainda segundo dados do CEPAL<sup>33</sup>, no ano de 2008, quando o biocentrismo foi constitucionalmente consagrado, 56,4% das exportações equatorianas, que conforme já visto constituem importante fator de composição do PIB, referiam-se à exportação de petróleo, já em 2013 esse percentual também não sofre variação considerável, ficando em 54,8%. Além disso, os outros produtos de exportação do Equador também são basicamente oriundos de exploração de recursos naturais, como pescado e bananas.

<sup>31</sup> CEPAL, 2013, p. 25.

<sup>32</sup> <[http://interwp.cepal.org/sisgen/ConsultaIntegradaFlashProc\\_HTML.asp](http://interwp.cepal.org/sisgen/ConsultaIntegradaFlashProc_HTML.asp)>.

<sup>33</sup> <[http://interwp.cepal.org/sisgen/ConsultaIntegradaFlashProc\\_HTML.asp](http://interwp.cepal.org/sisgen/ConsultaIntegradaFlashProc_HTML.asp)>.

Dessa forma, percebe-se que a concepção biocêntrica constitucionalmente assegurada até agora não foi capaz de lograr mudanças profundas na base econômica do Equador. A análise feita até agora, portanto, evidencia as contradições entre o biocentrismo consagrado na constituição e o modelo econômico neoextrativista aplicado pelo governo do Equador.

## CONCLUSÃO

A partir do estudo empreendido, o biocentrismo pode ser entendido como um conjunto de ideais que busca reintegrar o homem à natureza, considerando que o desenvolvimento humano se confunde com o ambiental, opondo-se, portanto, à concepção antropocêntrica de mundo até então vigente. Essa tese busca, então, superar a dicotomia moderna entre sociedade e natureza.

Essa tese foi consagrada na Constituição equatoriana de 2008 que, de forma pioneira, trata a natureza como sujeito de direitos. Além disso, a Constituição equatoriana inova ao consagrar o conceito de natureza em correlação direta com as noções dos povos originários da região de *sumak kwasay* e *pachamama*, o que demonstra a abertura do paradigma constitucional a saberes até então negligenciados, representando uma verdadeira oportunidade para a construção de uma concepção pós-moderna e pós-eurocêntrica da sociedade.

72

Contudo, a economia equatoriana, assim como a da América Latina em geral, permanece fundamentada na exploração de recursos naturais, como sugerem os dados estatísticos já vistos. Nesse contexto, o neoextrativismo, assim entendido o fenômeno de extração de recursos naturais marcado por forte ingerência estatal, vem sendo importante alicerce da economia do Equador, cuja balança comercial depende basicamente da exportação de recursos naturais, especialmente petróleo.

Assim, ficam evidentes as contradições entre a concepção biocêntrica de proteção à natureza e a exploração de recursos naturais no contexto do neoextrativismo. Essas contradições evidenciadas permitem considerar que, enquanto os recursos naturais no Equador continuarem a serviço de um modelo de desenvolvimento econômico baseado na exportação de matérias-primas, não será possível a efetivação dos direitos da natureza previstos na Constituição equatoriana promulgada em 2008.

Essas contradições só podem ser compreendidas a partir da análise contextualizada da situação política e econômica dos países da América Latina onde, desde o início do novo milênio, emergiram governantes ligados aos ideais de esquerda e com uma agenda política voltada para um novo modelo de desenvolvimento econômico capaz de combater a pobreza, que vem sendo denominado “neodesenvolvimentismo” ou “novo desenvolvimentismo”. Esses governos representam uma nova fase no continente, marcado historicamente pela

desigualdade social e pela concentração de renda sendo classificado, na lógica “sistema-mundo”, como a periferia do capitalismo.

Essas singularidades da América Latina, que dificultam a compreensão da lógica local de funcionamento da acumulação, fazem os governos ditos progressistas desses países atuarem de maneira ambígua. Embora o programa político desses governos pautem programas de distribuição de renda e combate a pobreza, na economia esses países continuam a perpetuar, em certa medida, a lógica colonial na qual cabe aos países latino-americanos a exportação de matéria prima para os países do centro do capitalismo.

Não se pode negar que esforços têm sido feitos em relação à modernização da infraestrutura capaz de fortalecer a economia local por meio do aumento de indústrias nacionais. Contudo, o neoextrativismo e o neodesenvolvimentismo no Equador, e, de forma geral, em toda a América Latina, perpetuam a ideia de que os recursos naturais devem ser usados em benefícios do homem, em uma perspectiva antropocêntrica que não reconhece o valor da natureza como um fim em si mesmo, ao contrário, aprecia os recursos naturais somente a partir da riqueza que possam produzir para os seres humanos.

Em um mundo em que a qualidade de vida da humanidade, e não só das outras espécies, já se encontra ameaçada e a exploração dos recursos naturais não obedece as nossas reais necessidades, mas sim a lógica da acumulação e do consumismo, o biocentrismo surge não apenas como uma retórica dos ambientalistas, mas sim como uma necessidade (urgente!). É preciso olhar a natureza não mais com indiferença ou como apenas o lugar onde vivemos. É preciso que as pessoas se enxerguem como parte de um todo.

Embora a consagração do biocentrismo no texto constitucional equatoriano seja um avanço uma vez que coloca a temática ambiental na agenda do debate público não só no âmbito jurídico, mas também nos âmbitos político e econômico, é preciso ir além para garantir a efetividade dos direitos da natureza. Essa efetividade, contudo, passa pelo rompimento com o modelo de desenvolvimento baseado na exportação de recursos naturais e que, se por um lado não cinde com a lógica da colonialidade e com o ideário de progresso do pensamento moderno, por outro continua a tratar a natureza a partir de uma perspectiva antropocêntrica.

## REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. *La naturaleza con derechos una propuesta de cambio civilizatorio*, 2011, 15p. Disponível em: <<http://www.lai.at/attachments/article/89/Acosta-Naturaleza%20Derechos%202011.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

CEPAL, UNASUR. *Recursos naturales em UNASUR. Situación y tendencias para una agenda de desarrollo regional*. Disponível em: <[http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3116/S2013072\\_es.pdf?sequence=1](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3116/S2013072_es.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 22 jan. 2015.

EQUADOR. *Constitución de la República del Ecuador*. 2008. Disponível em: <[http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)>. Acesso em: 23 jan. 2015.

GUDYNAS, Eduardo. La ecología política del giro biocêntrico en la nueva Constitución de Ecuador. *Revista de Estudios Sociales*, Abril 2009, n. 32, p. 34-46. Disponível em: <<http://res.uniandes.edu.co/view.php/576/>>. Acesso em: 16 jan. 2015, 14p.

GUDYNAS, Eduardo. Estado compensador y nuevos extractivismo. Las ambivalencias del progresismo sudamericano. *Revista Nueva Sociedad* n. 237, enero-febrero de 2012. Disponível em: <[http://www.nuso.org/upload/articulos/3824\\_1.pdf](http://www.nuso.org/upload/articulos/3824_1.pdf)>. Acesso em: 16 jan. 2015.

GUDYNAS, Eduardo. *Si eres tan progresista ¿Por qué destruyes la naturaleza? Neoextractivismo, izquierda y alternativas*. Ecuador Debate. n. 79:61-81. Quito: CAAP, 2010.

GUDYNAS, Eduardo. *La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica*. Tábula Rasa, Julho-Dezembro, 2010, n. 13, Bogotá. Disponível em: <<http://www.gudynas.com/publicaciones/articulos/GudynasBiocentrismoJusticiaEcologicaTRasa10.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

MIGNOLO, Walter. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO, setembro, 2005, p. 33-50.

74

PFEIFER, Mariana. *O “social” no interior do projeto neodesenvolvimentista*. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 120, p. 746-766, out./dez. 2014.

POCHMANN, Marcio. Novo desenvolvimentismo como resposta à crise global. In: CASTRO, Daniel; MELO, José Marques de (Org.) *Panorama da comunicação e das telecomunicações no Brasil*. Brasília: Ipea, 2012, p. 16-28.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

WALLESTEIN, I. *A reestruturação capitalista e o sistema mundial*. 1997/1998. Disponível em: <<https://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/download/2069/1696>>. Acesso em: 9 nov. 2014.

Data de recebimento: 20/2/2015

Data de aprovação: 8/5/202015

# CIÊNCIA, DIGNIDADE E NATUREZA HUMANA: DA POSSIBILIDADE À CONVENIÊNCIA

## SCIENCE, DIGNITY AND HUMAN NATURE: FROM POSSIBILITY TO CONVENIENCE

Éverton Willian Pona\*  
Melina Girardi Fachin\*\*

### RESUMO

O artigo visa demonstrar qual a relação do direito com as biociências em face das possibilidades abertas, sobretudo a partir do Projeto Genoma, que tornou a manipulação e a terapia genética uma realidade. Mediante a análise de questões nevrálgicas para o debate acerca dos limites da ciência, destacam-se as eventuais consequências jurídicas dos avanços biotecnológicos e questiona-se, ao fim, acerca da utilidade e dos riscos de se adotar um posicionamento de incentivo ao melhoramento genético do ser humano, apontando para a existência de um elemento natural compartilhado por todos os indivíduos da espécie que caracteriza a humanidade. À guisa de conclusão, propõe-se a reflexão sobre a ética da responsabilidade de Hans Jonas, que procura preservar, para agora e para o futuro, uma humanidade eminentemente humana.

**Palavras-chave:** Dignidade; Natureza humana; Melhoramento genético; Responsabilidade; Limites.

### ABSTRACT

The article aims at demonstrating the relations between law and biosciences, mainly after the new possibilities created by Genome Project, as the genetic

---

\* Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Analista Judiciário na Justiça Federal no Paraná. Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Wesley César Vanzo, 189, ap. 307A, – Gleba Palhano, Londrina/PR, 86050-500. E-mail: evertonpona@outlook.com. Telefone: (43) 9919-8505 e (43) 3367-6011.

\*\* Doutora em Direito Constitucional com ênfase em Direitos Humanos e Mestra em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Visiting researcher da Harvard Law School (Cambridge/USA, 2011). Professora Adjunta da Universidade Federal do Paraná. Advogada. Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Casimiro José Marques de Abreu, 172, Ahú, Curitiba/PR, 82200-130. E-mail: melinafachin@gmail.com. Telefone: (41) 3254-1603.

therapy. For that, it starts analyzing the main questions about the limit of the science, underlying the juridical consequences of the biotechnological development. Furthermore, it inquires whether or not it is convenient to follow the position of those who believe that human enhancement should be allowed at any circumstances, pondering about the existence of a natural element or characteristic shared by all individuals of human specie and responsible for characterizing the humanity itself. It concludes, therefore, offering the reflection about the ethics of responsibility, developed by Hans Jonas, as a way to preserve, for the future generations, a really human humanity.

**Keywords:** Dignity; Human nature; Human enhancement; Responsibility; Limits.

## INTRODUÇÃO

Quando o futuro se torna presente e o conhecimento avança; quando o homem descobre, cria, inova e revoluciona, o direito precisa tomar posição frente às mudanças, oferecer respostas aos novos conflitos que delas surgem. Em verdade, sabe-se que os passos da sociedade são mais largos do que os dados pelo direito. Ciência e sociedade transformam-se e aperfeiçoam-se em um ritmo cuja frequência a ciência normativa não é capaz de acompanhar em tempo real. Permanece sempre um déficit de normatividade específica em relação aos questionamentos surgidos, o que, entretanto, não isenta o direito de oferecer respostas.

Os direitos humanos, fundados na dignidade da pessoa humana, podem ser considerados como ponto de encontro do direito e da bioética, tendo os seus instrumentos de proteção demonstrado preocupação com as consequências do desenvolvimento tecnocientífico e biológico. A pesquisa científica, a experimentação com seres humanos, a terapia genética e os muitos consectários desse inegável progresso não estão apenas sujeitos à avaliação moral baseada nos princípios da ética biomédica especificamente ou da bioética vista como um fenômeno amplo e global. O tratamento destinado não se restringe à seara moral, mas é, em verdade, jurídico, normativo. A possibilidade de recondução de todos os princípios que orientam a bioética à dignidade da pessoa humana em suas diversas manifestações traz o direito ao palco e a ele atribui papel de destaque, ofuscado apenas pelo protagonismo da pessoa, do ser, indivíduo, cidadão.

Uma miríade de questionamentos abrolha. As respostas, todavia, precisam ser construídas pelas constantes reflexões. Entre as questões de importância para o debate, destacam-se aquelas relacionadas, em especial, ao aborto, início da vida e fertilização *in vitro*; à eutanásia e o fim da vida; à experimentação com seres humanos; transplantes de órgãos, além da manipulação genética (com todo o seu potencial), realidade factível após o desenvolvimento do Projeto Genoma.

O presente artigo não pretende abordar cada uma dessas possibilidades, antes, porém, traçar uma reflexão a respeito dos limites, das fronteiras (se existentes) da ciência quando confrontada com a normatividade da ciência jurídica, sobretudo quando se tratar da proteção da dignidade e de uma suposta natureza humana.

### ADMIRÁVEL(?) MUNDO NOVO: PERSPECTIVAS ATUAIS DAS POSSIBILIDADES PROPORCIONADAS PELAS CIÊNCIAS

O mundo está mudando. Os mais sensíveis dizem que tais mudanças se podem sentir no ar e na água. Aqueles que não possuem a mesma sensibilidade podem verificar as transformações nos noticiários, na internet, em revistas especializadas.

Quando Aldous Huxley<sup>1</sup> descreveu o “Processo Bokanovsky” para a criação de indivíduos idênticos a partir de um mesmo ovo, talvez ele não tivesse imaginado a clonagem humana como uma possibilidade real. Além disso, as experiências descritas no livro narram também o processo de aceleração do crescimento humano ao custo da redução de sua capacidade intelectual, cuja formação demanda mais tempo. Os indivíduos resultantes do processo, de fato, naquele contexto encontravam perfeita adequação e utilidade e demonstravam o efetivo poder da ciência. Nas palavras do autor: “um triunfo científico. Mas socialmente inúteis”<sup>2</sup>.

Desde os acontecimentos que impulsionaram o debate sobre os direitos humanos e a bioética, decorrentes do final da década de 1940, pode-se afirmar que o maior gerador de preocupações e debates interdisciplinares, envolvendo o desenvolvimento científico e direito, foi o Projeto Genoma Humano, *superstar* da *big science*<sup>3</sup>. Duas são as razões para isso, afirma-se. Primeiro porque as implicações desse projeto imiscuem-se na vida das pessoas, nas suas relações interpessoais e dizem respeito à sua saúde, por exemplo. Segundo, em razão da potencialidade das descobertas da referida pesquisa, das possibilidades reais futuras dos diversos diagnósticos genéticos e de terapia gênica<sup>4</sup>. E, com a conclusão do sequenciamento do genoma humano, a realidade da manipulação genética assentou-se como caminho sem retorno.

As manipulações genéticas representam esperanças e ameaças para a humanidade. Trazem a perspectiva de curas para inúmeras doenças em especial as genéticas, de novos medicamentos mais ágeis e talvez mais

<sup>1</sup> HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Tradução de Lino Vallandro e Vidal Serrano. São Paulo: Globo, 2009, p. 31.

<sup>2</sup> HUXLEY, op. cit., p. 43.

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed., rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>4</sup> CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

‘eficazes’ e acenam com uma capacidade inesgotável de produção de alimentos. As ameaças se dão por conta de que não se sabe ao certo os impactos ecológicos dessas coisas no restante da natureza ‘natural’<sup>5</sup>.

A chance de cura para inúmeras doenças parece apresentar-se como o benefício maior do projeto. Uma vez identificadas a sequência do DNA humano e a função de cada (ou pelo menos, até o momento, de alguns) gene, será possível, sabendo-se que determinado gene é o responsável por certa doença ou característica indesejada, interferir desde logo, alterando-se a estrutura genética do indivíduo. De certo modo, conserta-se o “defeito genético”, a fim de se evitar a posterior manifestação da doença ou característica.

Contudo, em razão das experiências que a humanidade presenciou, difícil é negar que “la utilización descarnada de los conocimientos científicos para discriminar poblaciones, para estigmatizar individuos o para esterilizarlos en pro de un supuesto mejoramiento de la especie, no constituye una buena carta de presentación de la genética”<sup>6</sup>. O avesso ao desenvolvimento do potencial biotecnológico ocorre em geral, haja vista que a notícia mais emblemática de sua utilização foi contrária à dignidade, colocando genética, eugenia e genocídio no cerne do conceito de crimes contra a humanidade.

78

Sob o aspecto negativo das preocupações, podem ser destacadas as questões relativas à privacidade dos dados genéticos, as intervenções no genoma humano e a neoeugenia, a proteção legal das descobertas biotecnológicas e a liberdade de pesquisa, por exemplo<sup>7</sup>.

A manipulação genética, em seu sentido amplo, relaciona-se, de fato, à seara íntima do ser humano. Os caracteres fenotípicos, predisposições genéticas para essa ou aquela enfermidade, são transformados em um conjunto de informações de relevo não apenas para o indivíduo, mas também para terceiros com os quais apresenta vínculos diretos e, em muitos casos, para a própria coletividade.

Por essa razão, questiona-se a legitimidade do estabelecimento da obrigatoriedade da realização de exames genéticos ou o condicionamento do acesso a determinados préstimos ou benefícios, somente após a submissão voluntária (mas coativa, à medida que se torna o único meio elegível) a tais procedimentos.

---

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Fátima. Engenharia genética. O sétimo dia da criação. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 138-163, citação especificamente na p. 141 em que merece de nossa revisão a correção de cura, no singular.

<sup>6</sup> BERGEL, Salvador Darío. Los derechos humanos: entre la bioética y la genética. *Acta Bioethica*, Santiago, v. 8, n. 2, 2002, p. 315-331.

<sup>7</sup> CASABONA, Carlos Maria Romeo. Genética e direito. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Org.). *Biotecnologia, direito e bioética*. Perspectivas em direito comparado. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 23-47.

De igual modo, o acesso ao resultado das pesquisas e procedimentos é questão outra que provoca desconforto.

Caso que traz preocupação é, por exemplo, o da utilização dos dados genéticos por companhias seguradoras para a criação de tabelas de preços diferenciados para a contratação da cobertura securitária. A esse respeito, há voz contundente asseverando que a diagnose genética de modo algum pode ser utilizada para atender interesses de seguradores que pretendam garantir-se em face do surgimento de doença fatal. Além disso, diz que:

As companhias de seguros não têm nenhum direito de exigir a realização de análise genética, antes ou depois de efetivar o contrato com o segurado, nem que lhes sejam comunicados os resultados daqueles exames, pois não têm direito de obter informação sobre seus dados genéticos<sup>8</sup>.

Nessas condições, a liberdade e a privacidade das pessoas apresentam-se como os bens jurídicos carecedores de tutela. Constata-se, pois, ser em relação a tais bens jurídicos que se devem observar e contrapor os interesses outros que pugnam pela divulgação e compartilhamento da informação genética.

A carência de regulamentação legislativa aparece como uma das questões que preocupam os estudiosos, os quais pugnam pela atuação do legislador para trazer segurança jurídica a tais situações. Como substrato para essa legislação, têm-se sugerido alguns pontos de relevância, tais como o respeito à autodeterminação do indivíduo, manifestado no consentimento livre e informado para os atos que impliquem a obtenção, circulação, revelação e conservação da informação genética; o direito ao conhecimento e total informação acerca dos resultados das análises ou testes genéticos realizados, assim como o direito a não saber as respectivas conclusões, com vistas à preservação do equilíbrio psíquico do sujeito e, por fim, a garantia do controle sobre o uso das informações<sup>9</sup>.

Pouca alteração há, portanto, quanto à necessidade de proteção da privacidade das informações genéticas dos indivíduos. E essa proteção faz-se necessária em razão mesmo da imperiosa observância do respeito à sua dignidade. A partir do momento em que a dignidade humana foi erigida a paradigma maior tanto do direito como da bioética, os procedimentos e reflexões relativos à manipulação genética têm seu respeito e promoção – da dignidade da pessoa humana – como objetivos maiores. No processo de manuseio de informações genéticas, pois, respeitar a dignidade da pessoa humana significa garantir, como

<sup>8</sup> DINIZ, Maria Helena. O impacto da biotecnologia no direito à privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (Coord.). *Direito à privacidade*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 77.

<sup>9</sup> BERGEL, 2002, p. 325.

dito, a privacidade dos dados obtidos e da pesquisa realizada, em consonância com a autonomia de disposição do indivíduo-paciente.

A preocupação, entretanto, transcende a esfera de proteção da individualidade, pois:

*Al proyectarse la intervención sobre los descendentes el tema adquiere una dimensión universal, en la cual la esfera de los derechos subjetivos del individuo – sin dejar de admitir la importancia que se les debe reconocer – se ve desbordada por otros derechos de igual o superior entidad. Aquí está en juego el destino de la especie humana y nuestra responsabilidad hacia las generaciones futuras [...]»<sup>10</sup>.*

As intervenções no genoma humano, quando realizadas em células somáticas e observando-se as regulamentações já existentes, levantam poucos questionamentos na seara ética e jurídica. Quando se trata, todavia, de manipulações germinativas, passíveis de alterar a característica genética a ser transmitida para as futuras gerações, a matiz das discussões adquire tonalidade rubra de alerta. Isso porque se vislumbra um futuro no qual fantasmas – ainda não esquecidos – do passado possam ressurgir. Refere-se, especificamente, ao real e efetivo agir eugênico, tentado em certo momento histórico com as práticas nazistas, de purificação e criação de uma raça ariana. Essa realidade reacende o debate acerca do que se conhece como eugenia, hoje rebatizado com o prefixo “neo” (novo), compondo uma neoeugenia.

Duas são as modalidades de eugenia tratada pela doutrina: a positiva, que permite a seleção de caracteres considerados favoráveis, queridos ou desejáveis; e a negativa, quando as manipulações realizadas objetivam evitar a transmissão de caracteres indesejados, utilizando-se procedimentos como a inseminação artificial, a contracepção, o aborto e mesmo a eutanásia neonatal<sup>11</sup>.

O potencial eugênico pode ser verificado em sua magnitude quando se trata de manipulação genética de células germinativas ou, então, em embriões nos primeiros estágios da divisão celular. O diagnóstico pré-implantatório, um dos principais instrumentos de terapia genética, traz consigo os maiores riscos, pois pode ser conduzido com fins exclusivamente eugênicos, evitando mesmo a geração de descendentes em caso de se constatar a possibilidade de transmissão de enfermidades hereditárias ou, então, culminar na eliminação de embriões já portadores de características genética indesejadas.

Nesse contexto, alerta-se que

<sup>10</sup> BERGEL, 2002, p. 320.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Simone Born de. *Da bioética ao direito: manipulação genética e dignidade humana*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 124 e 126.

## Ciência, dignidade e natureza humana: da possibilidade à conveniência

*[...] la concepción del genotipo ‘superior’, ‘perfecto’ – advierte Penchaszadeh – es absurda, pues la diversidad genética propia de la especie humana es el tesoro que permitió la evolución del hombre. El respeto a la diversidad humana no sólo es un principio ético fundamental, sino que es la mejor receta para la preservación de la vida humana en el planeta<sup>12</sup>.*

Com o desenvolvimento do Projeto Genoma, esse objetivo de busca da perfeição parece ter sido reavivado nas mentes da comunidade científica. A sede de conhecimento total dos genes, sua localização, formas de interação e funções próprias, ao que se percebe da observância de um panorama internacional das recentes pesquisas desenvolvidas, vem acompanhada do inegável desejo de melhorar as características humanas. Diz-se que esse pensamento tem raízes longínquas, datadas do século XVIII,

*[...] quando se transportou a cidade celeste para a terra, convertendo a perfectibilidade do ser humano em fé secular. O eugenismo é a própria extensão desta fé secular no progresso contínuo e na possibilidade de criar o ser humano perfeito. Quem não corresponde a este ideal de perfeição é alijado e discriminado. O ser humano defeituoso não tem lugar. É uma tendência permanente que se pensava rompida com a experiência nazista, mas continua presente sob outras formas mais sofisticadas. A pseudociência nazista desapareceu, mas a ideologia da superioridade do homem permanece<sup>13</sup>.*

81

Por ser o tema complexo, naturais são as dissonâncias nos posicionamentos. Há quem diga que “à sociedade resta protestar contra toda e qualquer forma de processo que vise à melhoria genética ou melhoria da raça humana, com objetivos claros de limitação ou de extermínio daqueles que são considerados inaptos pelo sistema”<sup>14</sup>, ao passo que outros defendem que “melhorar o patrimônio genético das gerações vindouras é um objetivo meritório, que pode ser atingido dentro da mais estrita ética [...]” e “quanto à eugenia, é nossa obrigação, para o bem da humanidade, delinear, dentro da ética mais rigorosa, como transmitir

<sup>12</sup> BERGEL, 2002, p. 322.

<sup>13</sup> JUNGES, José Roque. *Bioética – perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 237. Baseados nesse ideal de ser humano perfeito, “começam a aparecer termos como incapacidade (‘disability’), imperfeição (‘imperfection’), incompletude (‘defectivity’). Os conceitos de ser humano incapaz, imperfeito, incompleto são introduzidos paulatinamente nas práticas de saúde em matéria pré-natal. A medicina curativa procura sanar, obviar e aliviar a disfunção biológica de alguém. A medicina predictiva procura detectar defeitos biológicos para corrigi-los ou, quando não é possível, não deixar nascer quem é portador de uma imperfeição. As novas biotecnologias dão novas cores ao homem perfeito” (JUNGES, 1999, p. 238-239).

<sup>14</sup> OLIVEIRA, 2003, p. 98.

melhores genes às gerações futuras, da mesma forma que tratamos de passar-lhes uma Terra menos poluída”<sup>15</sup>.

O que se tem dito é que essa preocupação com a má utilização do potencial da manipulação genética conduziu a um modo peculiar de proteção da espécie humana, considerando o genoma humano como patrimônio da humanidade, o que, em última análise, culmina na sacralização do patrimônio genético. Deixar-se conduzir por esse pensamento, desprovido de quaisquer reflexões críticas, no entanto, segundo se afirma, impede a correta apreciação dos benefícios de manipulações genéticas estritamente terapêuticas ou preventivas<sup>16</sup>.

E, como desdobramento direto das preocupações com a privacidade dos dados genéticos, as intervenções no genoma humano e o risco de eugenia, pode-se destacar a discriminação por razões genéticas.

Houve uma tentativa dos cientistas em relacionar cada gene com uma característica do ser humano ou com uma anomalia, mas se percebeu que um mesmo gene poderia codificar mais de uma proteína e que as características dos seres humanos são dadas por um complexo genético, os demais componentes celulares e a interação com o meio ambiente. Desenvolveu-se, em razão do avanço das tecnologias relacionadas com as biociências, uma medicina preventiva, já que é possível prever quais tipos de enfermidades as pessoas estarão sujeitas ao longo da vida estudando o seu código genético. Isso, porém, pode gerar discriminação entre indivíduos que tenham determinadas predisposições e outros que não as tenham, sem olvidar a importância dessas informações para questões de emprego e seguros. Se divulgados, tais dados podem gerar um novo segmento de discriminados<sup>17</sup>.

Nos Estados Unidos, o caso Terry Seargeant foi o primeiro de discriminação genética, pois, após ser identificada uma falha genética que tornava norte-americana suscetível de sofrer paradas cardíacas, Terry foi demitida da empresa na qual trabalhava por ser considerada um risco<sup>18</sup> e porque sua condição demandava um tratamento de saúde muito caro<sup>19</sup>.

A discriminação genética apresenta-se como um real problema e mostra-se potencialmente perturbadora para a paz e harmonia sociais garantidas pela igualdade inerente à dignidade comungada na mesma medida por todos os seres humanos porque:

<sup>15</sup> FROTA-PESSOA *apud* OLIVEIRA, 2003, p. 138.

<sup>16</sup> CASABONA, 2002, p. 29.

<sup>17</sup> BERGEL, 2002, p. 323.

<sup>18</sup> MYSZCZUK, Ana Paula. Instrumentos de defesa dos direitos humanos e do genoma humano em face do biopoder: o pacto dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi (Coord.). *Direitos humanos na ordem contemporânea*. Proteção nacional, regional e global. Curitiba: Juruá, 2010, v. IV, p. 194.

<sup>19</sup> CLAYTON, Ellen Wright. Ethical, legal and social implication of genomic medicine. *The New England Journal of Medicine*, v. 349, aug. 2003, p. 566.

*People tend to see genetic information as more definitive and predictive than other types of data, in the sense that 'you cannot change your genes' and that 'genes tell all about your future'. This notion of genetic determinism, however, includes an unwarranted sense of inevitability, because it reflects a fundamental failure to understand the nature of biological systems. The DNA sequence is not the Book of Life. Human characteristics are the product of complex interactions over time between genes — both a person's own and those of other organisms — and the environment. [...] Moreover, a pathogenic mutation does not doom one to ill health; many diseases can be treated. As is true for so many conditions in medicine, clinicians have a variable but usually limited ability to predict when, how severely, and even whether a person with a genetic predisposition to a certain illness is going to become ill*<sup>20</sup>.

Nos tempos atuais, percebe-se o crescimento de uma cultura de valorização (talvez demasiada) do determinismo genético, impulsionada pelo sucesso do Projeto Genoma Humano e pelos consideráveis progressos na seara da pesquisa e manipulação genética. Essa posição permite externarem-se preocupações múltiplas, pois se inverte uma lógica que localiza, na sociedade e no convívio social, determinados problemas (resolvidos, vezes tantas, com a adoção de atitudes políticas) e transfere-os para uma relação direta com a questão biológica. Além disso, “já sabemos a que consequências sociais levam ideias (sic) deterministas de cunho biológico: racismo e discriminação”<sup>21</sup>.

Por essa razão, alerta-se para o fato de que, dispondo do poder de decifrar o código genético, tentar-se-á – como de fato se vem tentando – identificar a função de cada gene e, assim, apontarem-se os genes responsáveis, por exemplo, pelo alcoolismo, aqueles que condicionem o indivíduo a um comportamento agressivo e violento ou, então, os que determinariam a inclinação ao uso de drogas. E assim, “a causa estaria no gene e não no ambiente social”, permitindo acreditar que mudanças sociais não são necessárias, pois os problemas estão localizados não na sociedade, mas nos genes<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> CLAYTON, 2003, p. 563. Tradução livre: As pessoas tendem a ver a informação genética como mais definitiva e preditiva do que outros tipos de dados, no sentido de que ‘você não pode mudar os seus genes’ e que ‘genes dizem tudo acerca do seu futuro’. Essa noção de determinismo genético, entretanto, inclui um infundado senso de inevitabilidade, pois reflete o erro fundamental para compreender a natureza do sistema biológico. A sequência de DNA não é o Livro da Vida. As características humanas são produto de complexas interações entre genes ao longo do tempo – tanto da própria pessoa quanto de outros organismos – e o ambiente. [...] Além disso, uma mutação patogênica não condena a pessoa a problemas de saúde; muitas doenças podem ser tratadas. Como é verdade para muitas condições na medicina, os médicos têm uma variável, mas geralmente limitada, habilidade para dizer quando, quão severamente e mesmo se uma pessoa com uma predisposição a certa doença ficará doente.

<sup>21</sup> JUNGES, 1999, p. 235.

<sup>22</sup> JUNGES, op. cit., p. 235.

Caso se permita o desenvolvimento de práticas discriminatórias baseadas em características genéticas, autoriza-se a própria descaracterização do ser humano como ser social. Se todas as características essenciais ao convívio estão predeterminadas pelo código genético, as interações intersubjetivas e os condicionamentos decorrentes de padrões de conduta, aceitos no seio da sociedade, tornam-se irrelevantes. Novas classes de excluídos surgirão, exilados em decorrência da informação que uma sequência de bases nitrogenadas traduz em potencial.

Até o presente momento, não se identificou a exata função de cada e todo gene, mas se afirma já, em contrário a essa tendência de santificação do genoma, que o ser humano, seu desenvolvimento e suas características, tanto quanto suas ações, não estão, desde o início de sua vida, irremediavelmente determinadas. O livro da vida não está terminado; têm-se suas páginas iniciais, mas, folheando-se, somente, encontram-se linhas a serem preenchidas, nunca do momento único, porém da progressividade do desenvolvimento de uma vida.

Nesse cenário, há ainda questão outra a despertar a atenção dos que se dedicam à reflexão bioético-jurídica. Isso porque as informações genéticas traduzidas pelo sequenciamento do genoma têm, também, valor econômico. O desenvolvimento de projetos de pesquisas exige investimentos de vultosas somas e aqueles responsáveis pelo financiamento inicial, ao final, com os resultados das pesquisas, procuram mecanismos de reaver o capital empregado.

84

Em razão de as pesquisas versarem sobre o genoma humano, há questões que impedem a completa apropriação dos resultados, com o patenteamento das descobertas. “Vale dizer: garante-se o direito de apropriação privada dos conhecimentos por meio do patenteamento de procedimentos relacionados a esta área”, mas não a proteção, sob o manto de marcas e patentes, do gene propriamente considerado, pois “tem-se o entendimento de que o genoma em estado natural não pode pertencer a ninguém, e, via de consequência, os resultados devem ser partilhados igualmente entre todos os pesquisadores e países”<sup>23</sup>.

A intensidade do debate opõe os defensores da impossibilidade de patenteamento dos genes sob o argumento de não serem invenções do intelecto humano, e os que acreditam não haver razão para a divulgação gratuita dos resultados quando a pesquisa para desvendar o código genético envolve investimentos milionários<sup>24</sup>. Uma defesa mais enérgica sustenta que, assim como o corpo humano, o genoma se localiza fora do comércio, estendendo-se a ele a indisponibilidade atribuída àquele e que “el patenteamento de genes o secuencias de genes es lesivo a la dignidad del ser humano que queda instrumentalizado al extremo

<sup>23</sup> MYSZCZUK, 2010, p. 200.

<sup>24</sup> MYSZCZUK, op. cit., p. 201.

de admitirse que parte de la información genética que lo caracteriza pueda entrar en la esfera patrimonial de un sujeto”<sup>25</sup>.

O primeiro caso de disputa sobre patenteamento de genes ocorreu, segundo relato, nos Estados Unidos. Refere-se à utilização indevida das células de um paciente para pesquisa que culminou no desenvolvimento de uma linhagem de células para a produção de determinadas proteínas por parte do médico, o qual passou a ser consultor remunerado de um instituto de genética. Trata-se do caso *Moore vs. Regents of the University of California*. Inicialmente, o paciente processou o médico e a universidade na qual recebeu tratamento por apropriação indébita de suas células. Essa ação foi julgada improcedente pela Suprema Corte da Califórnia sob o argumento de que seria necessária a comprovação de uma intervenção efetiva na propriedade e que não havia precedentes para responsabilização por apropriação indébita quando usadas células humanas em pesquisa médica. Todavia, embora não tenha reconhecido a pretensão deduzida por John Moore, o Tribunal assentou que o paciente poderia acionar o médico pelo descumprimento de suas obrigações de informação<sup>26</sup>.

A despeito de o debate ter sido instaurado em torno de questões de propriedade e apropriação indébita das células, os rumos seguintes demonstraram que a questão deveria ser resolvida com base na observância ou não do consentimento informado do paciente a respeito de objetivos outros que subjaziam à terapêutica aplicada.

Em relação a esse particular caso anunciado, importa ter em mente que a decisão da Suprema Corte da Califórnia externa a preocupação com a possibilidade de se pleitear a propriedade das características genéticas. Veja-se que, caso a queixa de apropriação indébita fosse procedente, se estaria afirmando que o indivíduo é proprietário das informações genéticas inerentes às suas células, ainda que compartilhadas pelos demais da espécie. A especificidade de uma característica ainda não identificada não a torna peculiar o suficiente para fazê-la única; sempre é possível que, entre os bilhões de indivíduos que representam a população mundial a mesma característica esteja presente, o que impede a aquisição de sua titularidade exclusiva.

Os questionamentos que surgem acompanhando o desenvolvimento da biotecnologia, como alhures apontado, relacionam-se diretamente ao ser humano, à sua saúde, à vida. A ampliação das potencialidades da manipulação genética expõe os indivíduos a novos perigos e preocupações não imaginadas senão nos cenários e realidades da literatura ou do cinema. Hodiernamente, defronta-se com queixas de violação de privacidade genética e exposição de informações

<sup>25</sup> BERGEL, 2002, p. 328.

<sup>26</sup> MYSZCZUK, 2010, p. 202-203.

sobre predisposição a apresentar determinada condição patológica; fala-se em seleção de sexo e demais características fenotípicas para melhoria da descendência e o diagnóstico pré-implantatório permite “corrigir” eventuais defeitos genéticos. Com isso, os riscos de um novo pensamento eugênico ganham espaço e a discriminação genética gera preocupações outras aos paladinos da igualdade, contendedores de todas as formas de preconceito.

Nesse panorama, o direito não pode ter um papel relegado meramente ao controle social dessa evolução, pois senão, estar-se-ia reduzindo-o à mera técnica, com função instrumental. Como portador de uma carga valorativa fundamental da sociedade, deve proporcionar reflexão sobre esses rumos, caminhando em conjunto com a bioética, para impedir que os direitos humanos sejam suplantados pelo desenvolvimento das biociências<sup>27</sup>. As fronteiras não precisam ser estabelecidas; sua delimitação vem desde há muito sendo realizada. Nos tempos atuais, encontram-se talvez ocultas pela sombra do deslumbre com o progresso. No entanto, a luz dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana é forte o suficiente para dissipar um espectro de irresponsabilidade com o que é, de fato, humano.

A noção de dignidade humana permite fundamentar os direitos humanos de forma lógica, concedendo-lhes um referencial de coesão e assegurando uma consubstancialidade parcial, ao mesmo tempo em que, associada à noção de natureza humana, de dignidade da vida, permite centralizar o debate acerca das consequências futuras da biotecnologia para a humanidade.

86

O desenvolvimento tecnológico, notadamente o avanço das biociências, afetou a existência humana como um todo, assim como a permanência da vida humana no planeta. Tais formas de interferência acarretaram o reconhecimento de que a espécie humana detém um valor em si, além da dignidade de cada pessoa humana, ensejando a percepção de que, a despeito de não lhe serem atribuídos direitos subjetivos, há que se reconhecer sua dignidade e interesses a serem protegidos<sup>28</sup>.

O avanço da ciência por si só não encerra as maiores preocupações do pensar bioético-jurídico. As consequências do desenvolvimento biológico, técnico e científico, associadas simbioticamente, em relação aos seres humanos, à vida e ao futuro da humanidade, entretanto, preocupam. Privacidade dos dados genéticos, neo-eugenia, discriminação genética, problemas atinentes ao início e ao fim da vida, representam a porcentagem emersa do grande *iceberg* bioético. O que jaz submerso, todavia, na base fundamental do debate sobre o desenvolvimento é o

<sup>27</sup> BERGEL, 2002, p. 329.

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. *Bioética e direitos humanos*. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p. 94.

futuro da espécie e o que muitos denominam de natureza humana (com a qual a dignidade antes anunciada está intrinsecamente associada). As linhas que seguem dedicam-se a essa reflexão.

## A CONVENIÊNCIA DO APERFEIÇOAMENTO: HÁ HUMANIDADE A SER PRESERVADA?

Duas são as faces, assim como as possuía o deus Janus, do debate instaurado. Em relação ao desenvolvimento biotecnológico, antagonizam-se os bioconservadores (*bioconservatives* ou *anti-enhancement*) e trans-humanistas (*pro-enhancement* ou *bioliberation*)<sup>29</sup>, sendo que a cautela dos primeiros procura refrear os largos passos para impor uma marcha que deixa pegadas próximas umas das outras, mas com maior profundidade no respeito à pessoa, à vida e à natureza, ao contraponto de que as pretensões dos últimos procuram acelerar o curso das águas ativando o potencial gerador de energia transformadora nela guardado.

Pensadores como Bostrom, Sandberg, Harris, Savulescu e Kahane filiam-se à linha de pensamento dos que acreditam no aperfeiçoamento da espécie desenvolvido a qualquer custo, defendendo a liberdade das pessoas em utilizar as possibilidades abertas pela ciência para seu benefício e de sua descendência. Fukuyama, Sandel e Habermas sustentam, cada um a seu modo, a indisponibilidade do patrimônio genético à livre terapia genética, em razão do inafastável comprometimento da dignidade e natureza humanas<sup>30</sup>.

Nesse ponto, então, questiona-se se a possibilidade de alteração da natureza humana (de melhoria e aperfeiçoamento, por meio da terapia genética) deve ser temida (e, por consequência, restringida) ou encorajada, pois os benefícios se estenderão a todos e, então, esse argumento estruturado na base da suposta natureza humana seria construção infundada<sup>31</sup>.

Defensores da necessidade da preservação da natureza humana frente ao desenvolvimento biotecnológico, em regra, consideram-na “a soma do comportamento e das características que são típicas da espécie humana, originando-se

<sup>29</sup> DIAS, Maria Clara; VILAÇA, Murilo Mariano. Metamorfoses do humano: notas sobre o debate ético em torno da biotecnologia para o aperfeiçoamento humano. *Ethic@*, Florianópolis, v. 9, n. 1, jun. 2010, p. 30.

<sup>30</sup> DIAS; VILAÇA, op. cit., p. 31.

<sup>31</sup> “Se, aquando da chegada ao Novo Mundo, se questionou a humanidade dos índios – tratava-se então de saber se teriam ou não alma –, agora se discute em que medida um conjunto de intervenções genéticas porá em causa a humanidade do ser humano ou mesmo a própria pertença à espécie humana” (LOUREIRO, João Carlos. Habermas e o futuro da natureza humana: leituras de um jurista. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008, p. 135.

de fatores genéticos em vez de ambientais”<sup>32</sup>. Em outras palavras, trata-se do que identifica a marca indelével do ser humano, laivo intrínseco, que faz do homem, homem.

A dificuldade de se identificar essa característica, entretanto, tem sido motivo para que seja considerada inexistente. Todavia, a impossibilidade de definitivamente separar-se o corifeu da espécie humana não significa que de fato ele não exista.

Uma análise, ainda que perfunctória, da estrutura dos seres vivos tem potencial para conduzir à conclusão de que de fato existe uma natureza inerente a cada espécie. Assim como um peixe deve estar na água, pois sua natureza assim exige, o pássaro há de permanecer nos ares. É possível aprisionar um pássaro em uma gaiola sem que se ceife sua vida por privá-lo de uma de suas possibilidades naturais, qual seja, voar. Um peixe pode ser mantido em um aquário por tempo indeterminado. Não se pode pretender, ao contrário, manter o peixe na gaiola ou o pássaro no aquário. Seria contra suas naturezas. Eventualmente, realizando-se alterações genéticas em sua estrutura de DNA, cruzando-se o código genético do peixe e do pássaro, o resultado poderia ser um peixe que permanecesse fora d'água sem que isso lhe custe a vida ou um pássaro que possa respirar embaixo dessa mesma água. Mas, então, não seriam mais o peixe e o pássaro tais como se os conhece hoje. Algo novo teria surgido, pois a natureza das espécies teria sido profunda e irreversivelmente alterada para o fim de gerar uma nova espécie.

Assim, de igual modo sucede quando se debruça sobre a humanidade. Uma característica única não foi identificada (e talvez nunca o seja), mas negar a existência de uma essência humana comungada por todos os representantes da espécie é renunciar à possibilidade de estruturação das comunidades políticas com base em um ideal de igualdade fundado na dignidade, é negar a própria feição ontológica da dignidade.

Essa essência<sup>33</sup> está relacionada com a posição de superioridade do homem em relação aos demais animais e também à sua capacidade cultural que o torna indivíduo moral, que realiza escolhas, organiza a sociedade de acordo com normas deontologicamente estabelecidas, sente, raciocina, produz arte, interage em política e crê no desconhecido, no imaterial difundido pela fé religiosa. Justamente essa consideração de algo intrínseco ao ser humano é a base maior para se pensar na dignidade da pessoa humana.

<sup>32</sup> FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano*. Consequências da revolução da biotecnologia. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 2003, p. 139.

<sup>33</sup> Referenciada por Francis Fukuyama (2003, p. 158) como um Fator X, é, segundo ele, “a essência humana, o significado mais básico do que é ser humano”.

Jürgen Habermas demonstra extrema preocupação com essa natureza humana – tratada por ele como natureza interna – e defende um posicionamento deveras conservador, opondo-se ao diagnóstico genético pré-implantatório e à pesquisa com células tronco.

Os fundamentos de sua discordância e a defesa de uma necessária proscrição para as biotecnologias advêm da circunstância que, para ele, a intervenção por meio de mecanismos de reprodução artificiais, tais como o DGPI, rompe uma anterior simetria entre os indivíduos envolvidos no processo comunicacional<sup>34</sup>; as intervenções no genoma conferem um poder muito grande aos genitores, por ele dito *designers*, em relação ao filho, o que altera a autocompreensão ética da espécie<sup>35</sup>, além de poder levar a uma eugenia positiva<sup>36</sup>; é necessária a criação de normas para moralizar a natureza humana e impedir os desenvolvimentos indesejáveis. Sua oposição final é em face de uma possível eugenia liberal que estaria se formando.

Do contexto habermasiano de abordagem em relação às potencialidades da biotecnologia, extrai-se a preocupação com a manutenção de uma natureza humana não modificada, transmutada pelo filósofo em um direito à herança genética não manipulada<sup>37</sup>, com o que se distingue entre o naturalmente desenvolvido e o fruto da intervenção humana. Essa natureza, nos vieses de autonomia e autodeterminação moral, permite ao indivíduo que desenvolva seu próprio projeto racional de vida, livre de quaisquer heterodeterminações. Por essa razão, a manipulação genética tem potencial perturbador, pois, admitindo-se a intervenção de terceiros no código genético de outrem, estar-se-ia alterando algo que deveria ser formado de maneira eminentemente natural e que, depois, em razão da autonomia e autenticidade do ser humano, permitiria o desenvolvido de seu projeto vivencial.

A manipulação genética, na opinião do filósofo, altera a compreensão que os indivíduos têm de si mesmo como autores autônomos de sua própria história de vida, o que ele chama de autocompreensão ética da espécie. Por essa razão, forte no argumento de Wolfgang van den Daele, sustenta que “aquilo que se

<sup>34</sup> HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 20 e 33.

<sup>35</sup> Para o filósofo, essa intervenção de *design* das características genéticas da descendência é um ato que “interfere nos fundamentos somáticos da autocompreensão espontânea e da liberdade ética de uma outra pessoa e que, conforme pareceu até agora, só poderia ser sobre objetos e não sobre coisas” (HABERMAS, 2010, p. 19).

<sup>36</sup> Para Darlei Dall’Agnol (Passado da natureza humana? *Ethic@*, Florianópolis, v. 4, n. 3, dez. 2005, p. 321), Habermas não consegue justificar em seus argumentos a razão para se crer em uma eugenia positiva. A predição habermasiana somente se concretizaria em caso de se pressupor uma completa determinação genética, olvidando-se completamente da importância do meio ambiente na constituição do fenótipo, de modo que um projeto de vida não pode ser programado geneticamente, o que afastaria a ideia de rompimento da simetria entre pais e filhos.

<sup>37</sup> HABERMAS, 2010, p. 38.

tornou tecnicamente disponível por meio da ciência deve voltar a ser normativamente indisponível por meio do controle moral”<sup>38</sup>.

Embora o protagonismo de Habermas no antagonismo à liberdade das biotecnologias tenha recebido críticas contundentes<sup>39</sup> – afirmando-se que o simples controle das vulnerabilidades do indivíduo de modo algum alteraria as relações de reconhecimento mútuo, que não há déficit de autenticidade com a manipulação genética em decorrência da completa realização do ser humano apenas quando em contato com o ambiente e que a educação dada pelos pais tem tanta influência quanto uma manipulação para seleção de características individuais<sup>40</sup> –, deve-se a ele creditar o devido reconhecimento do prenúncio realizado no tocante ao poder concedido ao ser humano, capaz de afetar a própria compreensão moral da espécie; à necessidade de regulamentação das questões biotecnológicas garantindo-se a moralização da natureza humana e os riscos de a eugenia liberal ser adotada como projeto político<sup>41</sup>.

Eugenia liberal, tal como mencionada, temida por Habermas, diz respeito a um processo político relacionado às biotecnologias e à manipulação genética que “deixa às preferências individuais dos integrantes do mercado a escolha dos objetivos relativos a intervenções que alteram características”<sup>42</sup>. Um poder cujas dimensões ainda não são totalmente conhecidas estaria sendo relegado a uma baixa regulamentação fundada nos interesses flutuantes do mercado liberal hoje global, sob véu do respeito à liberdade individual.

A esse respeito, questiona Hans Jonas<sup>43</sup> de quem é efetivamente esse poder e sobre o que ou quem ele é exercido. Sua resposta assinala tratar-se “do poder atual sobre o que está por vir, que são os objetos indefesos de decisões prévias, tomadas pelos projetistas de hoje. O reverso do poder atual é a servidão possível dos vivos em relação aos mortos”.

<sup>38</sup> HABERMAS, 2010, p. 34-35.

<sup>39</sup> Sonia T. Felipe (Equivocos da crítica habermasiana à eugenia liberal. *Ethic@*, Florianópolis, v. 4, n. 3, dez. 2005, p. 359) desenvolve seu estudo demonstrando incongruências e contradições internas nos próprios argumentos do filósofo e conclui que “[...] se a manipulação, seja ela de que natureza for, condena irreversivelmente o manipulado à submissão à vontade dos progenitores, então deve-se coibir, proibir e até mesmo criminalizar todas as formas de manipulação, não apenas a genética, por representar a destruição da liberdade humana. Se, porém, a condição de um recém-nascido humano é crescer e constituir-se como sujeito, enfrentando e confrontando-se com todo tipo de desejos alheios, escolhendo atender apenas aos que pode reconhecer também como seus próprios desejos, repito, o risco de manipulação genética não excederá o das demais formas de manipulação praticas ao redor do planeta, não apenas por progenitores”.

<sup>40</sup> DIAS; VILAÇA, 2010, p. 33-34.

<sup>41</sup> DALL'AGNOL, 2005, p. 321.

<sup>42</sup> HABERMAS, 2010, p. 27.

<sup>43</sup> HABERMAS, op. cit., p. 67.

Em suas reflexões acerca do desenvolvimento científico e as consequências para a humanidade, Hans Jonas estabeleceu uma nova proposta de compreensão ética. Isso porque, para ele, as teorias éticas tradicionais estavam baseadas na permanência da imutabilidade da natureza humana, o que permitia determinar com clareza o que seria o bem humano e determinar o alcance da ação humana, em um campo de abrangência especificamente determinado<sup>44</sup>. Com a subversão da posição inicial do homem de dominado pelas contingências naturais a interventor direto nas disposições naturais e mesmo nas características das espécies, inclusive a humana, abriu-se espaço para que consequências imprevisíveis surjam. Nesse aspecto, sua proposta ética está voltada para o futuro.

Enquanto a ética tradicional não considerava a natureza objeto da responsabilidade, haja vista que as preocupações estavam centradas nos problemas emergentes do momento da ação, a ética proposta por Hans Jonas, sem negar aquelas premissas, parte de um pressuposto holístico, considerando como integrantes da esfera da responsabilidade desde o mundo animal à estratosfera<sup>45</sup>.

A proposta ética por ele feita é baseada no princípio da responsabilidade, cujos objetivos repousam na proteção dos descendentes das consequências das ações presentes. Em verdade, esse pensamento foi incorporado à política internacional de direitos humanos e à própria noção de sustentabilidade. Há exemplo de aplicação dessa ética quando, na *Declaration on the Responsibilities of the Present Generations Towards Future Generations* se lê, logo no art. 1º, que “the present generations have the responsibility of ensuring that the needs and interests of present and future generations are fully safeguarded”<sup>46</sup>.

O imperativo proposto por essa nova ética enuncia que se deve agir “de tal forma que os efeitos de sua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica sobre a terra”. Sob o aspecto de conduta negativa, o imperativo traduz-se como a proibição de uma ação que seja destrutiva para a possibilidade de vida futura ou de simplesmente por em perigo a vida na Terra<sup>47</sup>.

No entanto, não se trata de qualquer vida humana, eis que o autor fez o adjetivo acompanhar o que há de substantivo na vida. A garantia buscada por meio do princípio da responsabilidade é a da perpetuação de uma vida humana autêntica. Ou seja, não de super-humanos, ou de humanos híbridos, para os quais

<sup>44</sup> SIQUEIRA, José Eduardo. El principio de responsabilidad de Hans Jonas. *Acta Bioethica*, a. VII, n. 2, 2005, p. 279.

<sup>45</sup> BATTESTIN, Cláudia; GHIGGI, Gomerindo. O princípio de responsabilidade de Hans Jonas: um princípio ético para os novos tempos. *Thaumazein*, Santa Maria, a. III, n. 06, out. 2010, p. 71 e 74.

<sup>46</sup> Tradução livre: “As presentes gerações têm a responsabilidade de garantir que as necessidades e interesses das presente e futura geração sejam totalmente assegurados”.

<sup>47</sup> JONAS, Hans. *O princípio de responsabilidade: ensaio de uma ética para uma civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2006, p. 47-48.

a humanidade acrescentou característica qualquer não pertencente à espécie. Diante dos avanços da biotecnologia, intenta-se preservar a autenticidade do que é humano, diga-se, a própria natureza humana<sup>48</sup>. “Por isso, a primeira regra é que não é admissível nenhuma essência humana dos futuros descendentes da espécie humana que seja contrária ao fundamento que exige a existência de uma humanidade (primeiro imperativo: haja humanidade)”<sup>49</sup>.

Nessas condições, as objeções de Habermas e Fukuyama em face das biotecnologias, traçadas pelos seus críticos como o típico argumento *slippery slope*<sup>50</sup>, parecem estar sustentadas no que Hans Jonas classifica como heurística do medo, que expressa uma capacidade humana de solucionar problemas não antevistos, pois considera uma previsível desfiguração do homem para alcançar o conceito de homem a ser preservado dos perigos.

A “heurística do medo” serve como bússola para as novas possibilidades, pois

[...] antes de tudo nos relâmpagos surdos e distantes, vindos do futuro, na manifestação de sua abrangência planetária e na profundidade de seu comportamento humano podem revelar-se os princípios éticos dos quais se permitem deduzir as novas obrigações do novo poder. Somente, então, com a antevisão da desfiguração do homem, chegamos ao conceito de homem a ser preservado. Só sabemos o que está em jogo quando sabemos que está em jogo. Como se trata aqui não apenas do destino do homem, mas também da integridade de sua essência, a ética que deve preservar ambas precisa ir além da sagacidade e tornar-se uma ética do respeito<sup>51</sup>.

Baseando-se nessa perspectiva, são plausíveis as razões que justificam o posicionamento bioconservador. A cautela impõe-se como regra de ouro. E são

<sup>48</sup> Ainda na *Declaration on the Responsibilities of Present Generations toward Future Generations*, lê-se, no art. 3º, que as presentes gerações devem se esforçar para a perpetuação e manutenção da humanidade com o devido respeito pela dignidade da pessoa humana e, “consequently, the nature and form of human life must not be undermined in any way whatsoever” (UNESCO, 1997a). Tradução livre: “Consequentemente, a natureza e forma da vida humana não devem ser prejudicadas de modo algum”. Essa afirmação demonstra, mais uma vez, a preocupação externada internacionalmente com a proteção de uma natureza eminentemente humana.

<sup>49</sup> SILVEIRA, Denis Coitinho. Uma análise do princípio de responsabilidade de Hans Jonas: suas implicações metaéticas. *Ethica*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, 2010, p. 145.

<sup>50</sup> “Tanto em Habermas, quanto em Sandel e Fukuyama, há um claro temor em relação ao poder de intervenção humano/científica, o que é demonstrado pela alusão a momentos críticos da história da humanidade como, por exemplo, às experiências médicas nazistas e ao Projeto Manhattan que originou a bomba atômica. Nesta perspectiva, todos seriam vítimas do chamado ‘argumento da ladeira escorregadia’, ou seja, da ideia insustentável de que temos que cortar o mal ou, a ameaça, pela raiz” (DIAS; VILAÇA, 2010, p. 35).

<sup>51</sup> JONAS, 2006, p. 21.

necessárias instituições aptas a exercer efetivamente o controle social e moral das biotecnologias. Nos dizeres de Francis Fukuyama<sup>52</sup>, é preciso traçar as linhas vermelhas.

Ao direito cabe a tarefa de efetivamente limitar as atividades científicas e biotecnológicas no sentido de se proteger a dignidade da pessoa humana. “O direito, paradoxalmente, é sempre limite, e não a transposição de limites e consiste, em última análise, numa relação de poder veiculada pela norma”. Todavia, ao mesmo tempo em que limita, traz consigo a liberdade, impossível de se realizar sem o direito<sup>53</sup>.

Uma vez que a condição do ser humano é característica universal, compartilhada ao redor dos mais distantes rincões do planeta, somente com o esforço internacional é que se pode proteger a dignidade da pessoa humana frente às ameaças das biotecnologias. O panorama delineado nos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, senão um consenso, demonstra a concordância da grande maioria dos sujeitos estatais internacionais em torno da necessária proteção da dignidade humana, evitando-se a clonagem e a manipulação genética com efeitos eugênicos, bem como toda e qualquer possível discriminação baseada em características inerentes ao código genético do indivíduo.

Dignidade e direitos humanos se conformam na verdadeira Égide<sup>54</sup> dos tempos atuais, a proteção maior contra a clava das incertezas que ameaçam o futuro da natureza humana.

Com a autorização para a total disposição desse âmbito natural íntimo do ser humano, alterando-se suas características, estar-se-á promovendo uma progressiva reforma nas bases morais pelas quais se edificaram a sociedade, o direito, os direitos humanos especificamente (sejam eles individuais ou coletivos, civis ou sociais), mormente em relação ao binômio liberdade/igualdade cuja base é, ainda, a dignidade.

Nada impede que os conceitos de autonomia e igualdade sejam, não só redesenhados em outros moldes, onde por exemplo a liberdade não inclua a escolha da profissão, mas tão somente os produtos e serviços que se possa consumir, e que a igualdade não seja ferida se um comitê deliberar por programar alguém de um modo ou de outro, tendo em vista o bem-estar geral da comunidade<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> FUKUYAMA, 2003, p. 214.

<sup>53</sup> GARCIA, Maria. *Limites da ciência*. A dignidade da pessoa humana. A ética da responsabilidade. São Paulo: RT, 2004, p. 86.

<sup>54</sup> Na mitologia grega, Égide é o nome do escudo utilizado por Zeus na guerra contra os titãs. Diz-se que posteriormente foi dado à Atena, deusa da sabedoria, que o adornou com a pele da Medusa, morta por Teseu.

<sup>55</sup> DUTRA, Delamar José Volpato, p. 332.

Apesar de constante referência, é de valor, mais uma vez, a comparação com a realidade pensada por Huxley. O cidadão, nos tempos depois de Ford, não tem o direito de escolher o que ele quer ser. A manipulação extrema, não liberal naquele caso, haja vista estar-se em um regime de estado totalitário (a despeito de ser imperceptível aos próprios indivíduos), conduziu a uma desindividualização progressiva que culminou na coisificação do ser humano<sup>56</sup>, que ficou impossibilitado de se realizar subjetivamente, sem pensamento reflexivo e sem poder de decisão, resultando em um indivíduo privado de emoções sob uso da droga *soma*<sup>57</sup>. Instituições sociais foram aniquiladas. Família, casamento, nascimento tornaram-se absurdos tismados com a obscenidade. “Havia uma coisa chamada democracia. Como se os homens fossem mais do que físico-quimicamente iguais”<sup>58</sup>!

Uma vez ruídos os sustentáculos garantidores da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, retrocede-se a um estado fático no qual não é possível mais assegurar direitos, pois o que se questionará, novamente, quem tem direitos e que direitos tem. Como assevera Habermas<sup>59</sup>, “a manipulação genética poderia alterar nossa autocompreensão enquanto seres da espécie de tal maneira, que, com o ataque às representações do direito e da moral, os fundamentos normativos e incontornáveis da integração social poderiam ser atingidos”.

Não se trata de crença metafísica ou de recrudescimento por detrás de uma visão religiosa do mundo. Trata-se apenas de autopreservação da espécie, de garantia de que o humano continuará humano e de que o futuro não reserve aos estudantes a análise de uma teoria da evolução artificial como o presente exigiu a compreensão da teoria da evolução natural de Darwin.

Uma vez mais, não se defende um determinismo genético ou se acredita que toda a predisposição social e cultural do indivíduo se encontra no código de DNA. As influências do meio ambiente são fatores efetivamente considerados pelos cientistas e não podem ser ignoradas por um debate bioético-jurídico. Seja qual for a ambiência, entretanto, algo de humano, idêntico em todos, deve prevalecer no ser de modo que, olhos nos olhos, acenda a chama do reconhecimento e consideração, que seja capaz de despertar o sentimento de fraternidade e compadecimento e, se espelho não é, seja capaz de fazer com que um se veja refletido na imagem do que de frente está.

A dignidade da pessoa humana agora se apresenta como a dignidade de uma natureza humana, dignidade da humanidade.

<sup>56</sup> “O homicídio mata apenas um indivíduo; e afinal, o que é um indivíduo? – com um gesto largo, apontou as fileiras de microscópios, os tubos de ensaio, as incubadoras. – nós podemos produzir um indivíduo novo com a maior facilidade; tantos quantos quisermos” (HUXLEY, 2009, p. 233).

<sup>57</sup> HUXLEY, 2009, p. 85.

<sup>58</sup> HUXLEY, op. cit., p. 89.

<sup>59</sup> HABERMAS, 2010, p. 37.

## Ciência, dignidade e natureza humana: da possibilidade à conveniência

Quando as imagens religiosas e metafísicas do mundo perderam sua força universal, após a transição para um pluralismo ideológico tolerado, nós (ou a maioria de nós) não nos tornamos cínicos frios nem relativistas indiferentes, pois nos mantivemos no código binário de julgamentos morais de certo e errado – e assim quisemos nos manter. Adaptamos as práticas do mundo da vida e da comunidade política às premissas da moral da razão e dos direitos humanos, pois elas forneciam uma base comum favorável a uma existência da dignidade humana acima das diferenças ideológica. Talvez, hoje, a resistência afetiva à temida alteração da identidade da espécie humana possa ser esclarecida – e justificada – por motivos semelhantes<sup>60</sup>.

Na escuridão do céu do desconhecido brilham milhares de estrelas de possibilidades. Com a aurora do sol de dignidade, afasta-se a escuridão das incertezas e torna-se evidente que grandes poderes exigem, em contrapartida, enorme senso de responsabilidade. A responsabilidade que se assume de agora em diante concerne em garantir a continuidade da existência de um mundo verdadeiramente humano. Para isso, deve-se preservar a mesma centelha de humanidade que, compartilhada por todos, torna-os um.

Unidos por características inerentes ao genótipo, mas afastados por ambientes tantos, os indivíduos são seres, mas também são humanos, e assim hão de continuar. Aquele que contemplar o mundo após o desenvolvimento bio-tecnológico completar seu processo e atingir seu auge, admirar-se-á não pelo que a ciência fez, mas por aquilo que, podendo, escolheu não fazer. O motivo de admiração será a percepção de que o senso de humanidade desabrochou em uma consciência global de autopreservação do ser humano. A dignidade (da vida, da pessoa, da humanidade, na natureza humana), ontológico-histórico-comunicativamente considerada, como limite ou tarefa, está assegurada. O humano continua tanto humano quanto antes. Todavia, agora, há mais humanidade no mundo. *Oh, a brave new world!*

95

## CONCLUSÃO

Ao fim e ao cabo, não se pretende transformar o direito em entrave e conformar a dignidade da pessoa humana como um empecilho ao desenvolvimento e aperfeiçoamento das condições de vida. O progresso que visa à melhoria das condições de vida do indivíduo, fazendo o bem, invariavelmente, representa uma ode à sua dignidade de ser humano, de pessoa. O que o respeita, respeita sua dignidade. Todavia, sob o estandarte dos benefícios para o ser humano não se pode cominuir a natureza da espécie e, portanto, desprezar a dignidade.

<sup>60</sup> HABERMAS, 2010, p. 101.

Somente com o reconhecimento de alguma identidade entre todos os cidadãos do mundo é que se pode pensar na existência de organizações políticas sustentáveis. Se houve mudança gradativa na noção de que o indivíduo era considerado pessoa ao longo da história da humanidade, nos tempos atuais, um imperativo que impede o retrocesso condiciona o reconhecimento de todo e qualquer indivíduo como pessoa, sujeito de direitos humanos internacionalmente reconhecidos e portador, portanto, de dignidade.

O argumento liberal contra a existência de uma natureza eminentemente humana a ser afetada pelo desenvolvimento das biotecnologias e em prol de uma liberdade absoluta de escolha, de autonomia moral para a manipulação e alteração das características genéticas, ainda que sob o custo de alterar-se a natureza da espécie tem força, mas se mostra tanto quanto olvidado da importância dessa natureza para a própria estruturação da sociedade liberal.

Clássicos pensadores liberais como John Locke defendiam a existência de direitos naturais. A estruturação do pensamento liberal está fundada em uma ideia de liberdade. Entretanto, a garantia dessa fundamental liberdade perpassa o reconhecimento de uma categoria prévia que atribuía ao indivíduo a possibilidade de ser livre e, então, realizar-se. Mesmo a Carta da Independência dos Estados Unidos contém referências explícitas à igualdade, ao passo que a Declaração do Bom Povo de Virgínia alude a direitos inerentes a todos os homens.

96

A construção das sociedades ocidentais, pois, está fundamentada na concepção liberal de dignidade da pessoa humana, que garante tratamento igualitário a todos os seres humanos, fundamento de revoluções contra os poderes instituídos, tal como na Revolução Francesa, para por fim a privilégios tantos e abusos muitos.

Sendo assim, propalar a ideia de que se deve, independentemente das consequências, defender o desenvolvimento biotecnológico e impulsionar a melhoria da genética, ao contrário de um argumento conservador que pretende impor limites à pesquisa e às escolhas dos indivíduos, é uma atitude paradoxal. A liberdade só se constrói se baseada em igualdade. E igualdade somente se garante com o reconhecimento do mínimo de comunhão entre os seres sociais. Manipulação genética desenfreada, terapias que envolvam cruzamento de características de espécies distintas ou aperfeiçoamento que permita a produção de super-humanos alteram a base primordial da sociedade, a própria natureza humana que garantiu os direitos ao longo dos séculos afirmados.

Por essa razão, a nova ética proposta por Hans Jonas apresenta-se como a melhor compreensão para o problema das biotecnologias e a dignidade humana. A conduta dos seres humanos deve ser pautada em um princípio de responsabilidade, segundo o qual a ação atual conforma-se a um espaço de possibilidades nas quais se garanta a continuidade de uma vida autenticamente humana na Terra, ou seja, naturalmente humana, como ainda hoje se apresenta.

O desenvolvimento é bem-vindo, na medida em que haja respeito à pessoa e à sua dignidade, que procure tornar melhor e mais saudável a vida sem que se aventure irresponsavelmente por searas capazes de alterar a forma como o ser humano se reconhece.

Essa deve ser a linha mestra do relacionamento entre as bio-tecno-ciências e a dignidade da pessoa humana, uma relação de responsabilidade com a auto-preservação de uma humanidade efetivamente humana.

### REFERÊNCIAS

- BATTESTIN, Cláudia; GHIGGI, Gomercindo. O princípio responsabilidade de Hans Jonas: um princípio ético para os novos tempos. *Thaumazein*, Santa Maria, a. III, n. 06, p. 69-85, out. 2010.
- BERGEL, Salvador Darío. Los derechos humanos: entre la bioética y la genética. *Acta Bioethica*, Santiago, v. 8, n. 2, 2002, p. 315-331.
- CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCrim, 1999.
- CASABONA, Carlos Maria Romeo. Genética e direito. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Org.). *Biotecnologia, direito e bioética*. Perspectivas em direito comparado. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 23-47.
- CLAYTON, Ellen Wright. Ethical, legal and social implication of genomic medicine. *The New England Journal of Medicine*, v. 349, p. 562-569, aug. 2003.
- DALL'AGNOL, Darlei. Passado da natureza humana? *Ethic@*, Florianópolis, v. 4, n. 3, p. 321-326, dez. 2005.
- DIAS, Maria Clara; VILAÇA, Murilo Mariano. Metamorfoses do humano: notas sobre o debate ético em torno da biotecnologia para o aperfeiçoamento humano. *Ethic@*, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 29-42, jun. 2010.
- DINIZ, Maria Helena. O impacto da biotecnologia no direito à privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (Coord.). *Direito à privacidade*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 71-83.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed, rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DUTRA, Delamar José Volpato. Seria a eugenia liberal miope? *Ethic@*, Florianópolis, v. 4, n. 3, p. 327-337, dez. 2005.
- FELIPE, Sonia T. Equívocos da crítica habermasiana à eugenia liberal. *Ethic@*, Florianópolis, v. 4, n. 3, p. 339-359, dez. 2005.
- FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano*. Consequências da revolução da biotecnologia. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.
- GARCIA, Maria. *Limites da ciência*. A dignidade da pessoa humana. A ética da responsabilidade. São Paulo: RT, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Tradução de Lino Vallandro e Vidal Serrano. São Paulo: Globo, 2009.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para uma civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2006.

JUNGES, José Roque. *Bioética – perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

LOUREIRO, João Carlos. Habermas e o futuro da natureza humana: leituras de um jurista. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008, p. 133-161.

MYSZCZUK, Ana Paula. Instrumentos de defesa dos direitos humanos e do genoma humano em face do biopoder: o pacto dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi (Coord.). *Direitos humanos na ordem contemporânea*. Proteção nacional, regional e global. Curitiba: Juruá, 2010, v. IV, p. 179-205.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. *Bioética e direitos humanos*. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

OLIVEIRA, Fátima. Engenharia genética. O sétimo dia da criação. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 138-163.

98 OLIVEIRA, Simone Born de. *Da bioética ao direito: manipulação genética e dignidade humana*. Curitiba: Juruá, 2003.

SILVEIRA, Denis Coitinho. Uma análise do princípio de responsabilidade de Hans Jonas: suas implicações metaéticas. *Ethica*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p. 137-151, 2010.

SIQUEIRA, José Eduardo. El principio de responsabilidade de Hans Jonas. *Acta Bioethica*, a. VII, n. 2, p. 277-285, 2005.

UNESCO. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. *Declaration on the Responsibilities of the Present Generations Towards Future Generations*. 1997. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001102/110220e.pdf#page=75>>. Acesso em: 20 mar 2014.

Data de recebimento: 16/1/2015

Data de aprovação: 16/6/2015

# DEMOCRACIA E INTEGRAÇÃO REGIONAL: UMA REFLEXÃO COMPARADA SOBRE UNIÃO EUROPEIA E MERCOSUL<sup>1</sup>

## DEMOCRACY AND REGIONAL INTEGRATION: A COMPARATIVE REFLEXION ABOUT EUROPEAN UNION AND MERCOSUR

*Ernani Contipelli\**

### RESUMO

O presente artigo tem por finalidade discutir o atual momento das instituições democráticas no plano da integração regional, tomando em consideração a necessidade de participação ativa dos agentes interessados no processo de decisão política realizado por entidades supraestatais, exigência advinda do atual momento histórico, a pós-modernidade, em que a hipercomplexidade e heterogeneidade social demandam uma nova concepção estrutural de poder. Assim, insere-se a questão da representatividade envolvendo as minorias nacionais e a existência de proteção internacional a seus interesses, estabelecendo uma comparação entre União Europeia e Mercosul. Como resultado, pretende-se unir conceitos teóricos

---

<sup>1</sup> Artigo desenvolvido no âmbito do protocolo de colaboração de pesquisas conjuntas entre o Center for European Strategic Research (CESR) e o Centre de Recherche sur les Droits Fondamentaux (CREDOF) da Université de Paris Ouest-Nanterre la Défense (França).

\* Pós-Doutor em Direito Público Comparado – Universidad Pompeu Fabra (Bolsa Generalitat de Catalunya). Pós-Doutor em Direito Constitucional Comparado – Universidad Complutense de Madrid (Bolsa Fundación Carolina/CAPES). Doutor em Direito do Estado – PUC/SP (Bolsa CAPES). Mestre em Filosofia do Direito e do Estado – PUC/SP (Bolsa CNPQ). Especialista em Direito Tributário – PUC/SP. Bacharel em Direito – Mackenzie/SP. Pesquisador Visitante no Centro Interdepartimentale di Ricerca e di Formazione sul Diritto Pubblico Europeo e Comparato (DIPEC) da Università degli Studi di Siena (Itália), no Observatorio de la Evolución de las Instituciones da Universidad Pompeu Fabra (Espanha), no Instituto de Derecho Comparado da Universidad Complutense de Madrid (Espanha), na Université Paris 1 Pantheon – La Sorbonne (França) e na Université Paris 10 – Ouest-Nanterre (França). Professor Visitante na Universidad Castilla-La Mancha (Espanha) e na Universidad Lomas de Zamorra (Argentina). Diretor do Center for European Strategic Research – CESR (Italia). Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da UNOCHAPECO (Brasil). Correspondência para/Correspondence to: Av. Atilio Fontana, 591, Chapeco, Santa Catarina, 89809-000. E-mail: ernanicontipelli@gmail.com. Telefone: (49) 3321-8000.

de um novo paradigma de democracia com as aberturas presentes no plano supraestatal, com relação aos órgãos anteriormente citados, averiguando a suficiência ou não de suas estruturas institucionais.

**Palavras-chaves:** Democracia; Integração Regional; Minorias Nacionais; União Europeia; Mercosul.

## RESUMEN

El presente artículo tiene por finalidad discutir el actual momento de las instituciones democráticas en el plan de la integración regional, tomando en consideración la necesidad de participación activa de los agentes interesados en el proceso de decisión política realizado por entidades supraestatales, exigencia advenida del actual momento histórico, la post-modernidad, en que la hipercomplejidad y heterogeneidad social demandan una nueva concepción estructural de poder. Así, insertase la cuestión de la representatividad envolviendo las minorías nacionales y la existencia de protección internacional a sus intereses, estableciendo una comparación entre Unión Europea y Mercosur. Como resultado, se pretende unir conceptos teóricos de un nuevo paradigma de democracia con las aberturas presentes en el plan supraestatal, con relación a los órganos anteriormente señalados, averiguando la suficiencia o no de sus estructuras institucionales.

**Palabras-claves:** Democracia; Integración Regional; Minorias Nacionales; Unión Europea; Mercosur.

## INTRODUÇÃO

A quebra de paradigmas e o crescente reconhecimento de diversidades sociais com o advento da pós-modernidade conduzem a uma reflexão sobre a necessidade de atualização de uma série de instrumentos de expressão de poder político, inclusive, no plano internacional, em razão do processo de globalização e integração regional, que exige a formação e participação em blocos de interesses comuns entre países para a devida sobrevivência no cenário mundial, interferindo, assim, em suas respectivas esferas de soberania.

Nesse contexto, marcado pela heterogeneidade e hipercomplexidade, múltiplas camadas da sociedade não recebem a devida atenção, requerendo a presença de mecanismos de tutela estatal que busquem realizar suas reais demandas, para harmonizar expectativas e preservar a paz social. E as dificuldades aumentam na medida em que muitas dessas demandas encontram-se sujeitas a um processo de universalização de direitos humanos que, além de não vincular os Estados signatários de tratados internacionais tendentes a reger tais situações, acabam, por uma aparente contradição, prejudicando a observância de traços singulares que devem ser atendidos para assegurar a identidade cultural de grupos minoritários.

Portanto, constata-se a necessidade de se dar voz a essas minorias nacionais no plano supraestatal, promovendo uma abertura que possibilite que suas características particulares sejam levadas em consideração perante órgãos multilaterais, por meio de mecanismos que propiciem a participação democrática no processo de formação de decisões concernentes a seus interesses, para incentivar a realização de uma política de âmbito internacional que aumente a confiança em suas instituições e que atue com maior grau de eficácia social, com reflexos decisivos no campo de poder político interno das entidades estatais.

Inserido nesses pressupostos, o presente artigo tem por finalidade balancear idealismo e realidade para expor uma justificativa teórica sobre a necessidade de abertura democrática que permita a participação das minorias nacionais no processo de decisão política internacional concernente a seus interesses; e, em seguida, confrontar tal proposta com os documentos e mecanismos existentes na atualidade, especialmente no âmbito da União Europeia e do Mercosul, para verificar os casos de suficiência ou não de tais instrumentos no resguardo da identidade histórico-cultural de tais grupos minoritários.

### O QUE SE ESPERA DA DEMOCRACIA?

A democracia em seus moldes tradicionais não mais se sustenta dentro do contexto social pós-moderno. Ou seja, a representatividade indireta proposta pelo estado democrático de direito encontra-se obsoleta, apresentando um déficit de legitimidade perante as constantes transformações sofridas pela sociedade diante da era da pós-modernidade, a qual é conduzida a uma crescente heterogeneidade e hipercomplexidade<sup>2</sup>, em que as diversidades dos modos de vida se relacionam e se implicam mutuamente, devendo ser reconhecidas e consideradas nas esferas de poder institucional.

A própria ideia de princípio majoritário, em que os representantes eleitos pelo povo expressam a vontade da maioria, deve encontrar seus limites para ajustar as decisões de poder também aos interesses das minorias, ao respeito

---

<sup>2</sup> A era da pós-modernidade revela-se marcada pela heterogeneidade e hipercomplexidade axiológica, onde se constata a convivência recíproca entre diversos valores aparentemente contrapostos, que estão em constante movimento de prevalência uns em relação aos outros na temática das relações intersubjetivas. Assim, o período histórico compreendido pela pós-modernidade caracteriza-se por um paradoxo de ruptura, em virtude do questionamento e superação dos ideais pertencentes à modernidade, e, simultaneamente, de continuidade, pois, ainda que se constate a crítica aos mencionados ideais próprios da modernidade, eles não desaparecem, e sim passam a ser combinados recíproca e gradualmente com as novas tendências necessárias ao atendimento das exigências oriundas da realidade socioeconômica na qual se desenvolve a história da humanidade (BITTAR, Eduardo. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 102-103).

daqueles que constituem parcelas significativas de uma nação e que possuem características próprias no que se refere às pretensões hegemônicas<sup>3</sup>.

Evidencia-se, então, a necessidade de elaboração de mecanismos que possibilitem um contínuo processo de adaptação das decisões políticas à diversidade de interesses que se manifestam dentro da realidade empírica e que carecem de adequada proteção institucional, mantendo um canal aberto de comunicação que estimule o contato entre essas duas instâncias de expressão da vida social.

Assim, o sistema de tutela da sociedade<sup>4</sup> manifestado pelas múltiplas formas de poder institucional do Estado deve promover a abertura de seus processos de decisão política a uma dinâmica de reconhecimento dos interesses dos múltiplos grupos presentes no meio social, não apenas da maioria que elege seus representantes, mas também das minorias que aguardam o devido respeito e atenção a seus aspectos peculiares.

Somente a partir de tal postura é que o poder institucional encontra-se apto a alcançar os verdadeiros interesses que se manifestam no meio social, afastando possíveis fragmentações ou inclusas arbitrariedades em relação aos grupos minoritários, os quais pretendem que suas demandas sejam sentidas e atendidas no âmbito institucional de tomada de decisões políticas.

Nesse contexto, o fenômeno jurídico tem uma tarefa ímpar para que as vozes das minorias nacionais sejam ouvidas, que encontrem eco no plano político, ao fundamentar, no conjunto de valores que compõem a base axiológica constitucional, a estipulação e legitimação dos procedimentos necessários para possibilitar a manifestação dos diversos interesses que se desenvolvem no meio social em sintonia com o verdadeiro sentimento público de justiça dos cidadãos<sup>5</sup>,

<sup>3</sup> Giovanni Sartori, ao comentar sobre o princípio majoritário, revela a necessidade de atenção às minorias no âmbito de representação política: "(...) democrazia non è semplicemente (come troppo semplicemente si dice) majority rule, e che la teoria della democrazia deve per forza approdare – anche se agli impazienti dispiace – al principio maggioritario temperato: la maggioranza ha il diritto di prevalere nei limiti, e cioè rispettando i diritti e la libertà delle minoranze" (SARTORI, Giovanni. *Democrazia: cosa è?* Milão: Bursaggi, 2011, p. 24).

<sup>4</sup> Esclareça-se, desde logo, que o sistema de tutela da sociedade corresponde aos múltiplos Órgãos e autoridades institucionalizados pelo sistema jurídico positivo, que consiste na fonte de extração de seus respectivos poderes para expedição de decisões políticas, que podem ter conteúdo administrativo, governamental, entre outras tantas possibilidades. Assim, o sistema de tutela da sociedade encontra nas disposições normativo-constitucionais estruturais do ordenamento jurídico aquelas que estabelecem previsões relativas às competências e funções, a sustentação de seu poder para atuar no processo de formação e desenvolvimento das decisões políticas com a finalidade de estabilizar as relações intersubjetivas e prover o bem comum, nos termos em que se encontra axiologicamente descrito pelo Texto Constitucional (CONTIPELLI, Ernani. Teoria da legitimação democrática do direito. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* n. 111. São Paulo: RT, 2013, p. 23).

<sup>5</sup> Em correspondência com as afirmações, podem ser utilizadas, com as devidas reservas, o pensamento de John Rawls, que, ao abordar o tema da desobediência civil, retrata os parâmetros

cumprindo a função de estabelecer e manter os pontos de contato entre poder institucional e realidade social.

No plano interno de soberania estatal, o texto constitucional é considerado o ponto de partida para o início de processo de legitimação democrática da expressão de poder político, na medida em que, com sua promulgação, fixa-se um momento estático, no qual são sedimentados os valores que orientam as ações estatais e, assim, influenciam todo o ordenamento de Direito Positivo na tarefa de produção, interpretação e aplicação de normas jurídicas.

Ocorre que a atuação dos Poderes Constituídos nem sempre se encontram em conformidade com a ideia que se tem dos valores componentes da base axiológica constitucional, oriunda da manifestação da consciência coletiva e do respectivo sentimento público de justiça dos cidadãos, e que, por um déficit democrático de representatividade de interesses na esfera política, acaba por se afastar daquilo que é expresso no conteúdo das decisões estatais, ou seja, ocorre um distanciamento entre a manifestação de poder institucional e aquilo que dele realmente se espera.

Tal fato conduz à necessidade de interpretação prospectiva dos valores constitucionais com o estabelecimento de procedimentos que permitam aos agentes interessados no conteúdo das decisões políticas a participação na formação das decisões políticas estatais, alcançando as verdadeiras necessidades dos diversos grupos presentes no meio social e atribuindo à legitimação jurídica, que paira abstratamente sobre a realidade empírica, a devida legitimação democrática de suas prescrições, para reforçar os laços de interdependência recíproca entre cidadãos com confiança institucional e eficácia social.

Desse modo, a abertura do texto constitucional, propiciando a efetiva participação dos agentes interessados em suas decisões políticas, possibilita ao menos uma tentativa de superação de eventuais problemas gerados pela ausência de representatividade democrática, permite a expressão de um verdadeiro pluralismo

---

em que sua manifestação ocorre, compatibilizando-se com a ideia de legitimidade democrática aqui proposta e com o sentimento público de justiça, que se expressa em conformidade com o conjunto de valores que gravitam ao redor da base axiológica constitucional, revelando o real conteúdo das vontades expressas no plano da experiência social: “invocamos la concepción de la justicia, comúnmente compartida, que subyace en el orden político. Se supone que en un régimen democrático razonablemente justo hay una concepción pública de justicia, por referencia a la cual los ciudadanos regulan sus asuntos políticos e interpretan la constitución. La violación persistente y deliberada de los principios básicos de esta concepción en cualquier periodo prolongado, especialmente la infracción de las libertades iguales fundamentales, invita a la sumisión o a la resistencia. Al cometer desobediencia civil, una minoría obliga a la mayoría a considerar si desea que así interprete su actuación, o si, en vista del sentido común de la justicia, desea reconocer las legítimas pretensiones de la minoría” (RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 33).

político-ideológico, com a manifestação de distintas opiniões daqueles que conhecem e vivenciam os efeitos concretos das ações estatais.

O problema que se enfrenta agora é o de compreender esse processo de consagração da democracia no campo supraestatal, constatando em que medida a integração entre países soberanos deve autorizar a inserção de elementos que possibilitem a manifestação de interesses e grupos minoritários no plano internacional, criando fatores para que as nações pertencentes a órgãos multilaterais permitam a participação dos concernentes segmentos que compõem seu tecido social no processo de decisão política de tais entidades.

## DEMOCRACIA E INTEGRAÇÃO REGIONAL

Na atual realidade contemporânea, o processo de globalização está tornando a integração regional e a formação de blocos entre países com preocupações comuns nos diversos setores (político, econômico, financeiro, cultural, ambiental, entre outros) cada vez mais importantes para sobreviver no cenário internacional, o que, contudo, denota também uma diferenciação no grau de participação dos Estados componentes para não prejudicar os diversos interesses presentes em sua estrutura interna.

*O pacta sunt servanda*, que até então vigora na esfera de negociação jurídica do direito internacional, exigindo a adesão indiscutível de Estados soberanos aos termos firmados em tratados internacionais, carece de uma nova visão para acompanhar as incessantes mutações na esfera de interesses global da hipercomplexa sociedade pós-moderna, ampliando a possibilidade de contato com a realidade concreta presente na estrutura interna dos países signatários.

E, assim como se propõe no plano interno uma abertura para uma interpretação do texto constitucional a partir de sua base axiológica, permitindo a participação dos agentes interessados na formação das decisões estatais relacionadas com seus interesses, no plano de negociação jus-política internacional deve ser proposta ideia semelhante, um modelo institucional que permita a revelação dos princípios que norteiam os tratados internacionais e que formam suas bases axiológicas, a reunião de seus aspectos teleológicos, o encontro das similaridades presentes na estrutura constitucional interna de cada país signatário e o estabelecimento dos processos que permitam a participação democrática na formação de decisão política dos órgãos que representam as soberanias em níveis supraestatais, com uma maior adequação aos anseios e às demandas dos grupos sociais que são tutelados por esses documentos, sobretudo, as denominadas minorias nos Estados plurinacionais<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> A diversidade de interesses, associada à progressiva complexidade oriunda das relações ocorridas no plano da experiência social, implica o rompimento da ideia de Estado-nação

Vale dizer que essa proposta de abertura das decisões políticas tomadas no âmbito supraestatal pauta-se essencialmente na base axiológica que informa os tratados internacionais, obrigando à estipulação de procedimentos que permitam a participação ativa de todas as forças políticas nacionais existentes na estrutura interna de cada Estado participante de órgãos multilaterais, sobretudo em relação aos interesses específicos de tais grupos.

A questão sobre a representação das minorias nos Estados plurinacionais revela-se de extrema importância não apenas no plano interno desses países soberanos<sup>7</sup>, mas também na esfera de decisões supraestatais em que tais Estados participam. É preciso, então, reconhecer, no plano internacional, a peculiaridade de cada Estado participante de órgãos multilaterais, reconhecendo a existência de suas minorias nacionais e consagrando sua participação na esfera de decisões políticas referidas a seus traços particulares.

É óbvio que uma representação política perante órgãos internacionais se dá pela vontade do grupo nacional majoritário, o qual possui a tendência de defender, perante tal esfera de decisões, os interesses hegemônicos de uma nação, o que acaba gerando um déficit democrático por interditar de certo modo a defesa de interesses de minorias, que, nos Estados plurinacionais, devem ser ouvidas para que seus aspectos peculiares não sejam velados ou indiretamente prejudicados pela força das normas internacionais que se refletem posteriormente no plano interno.

---

para consagrar o paradigma do plurinacionalismo, sendo certo que muitos sistemas estatais descentralizados passam a assumir tal condição, especialmente para aderir às novas ambições de grupos nacionais minoritários que se manifestam e exigem reconhecimento na era pós-modernidade. Com posição análoga, Daniel Elazar ensina que: “el mundo se encuentra ante un cambio de paradigma del que representaba el Estado-Nación modelo político en principio más adoptado a las necesidades que plantean la diversidad y complejidad del mundo contemporáneo” (ELAZAR, Daniel J. *Federal systems of the world: a handbook of federal, confederal and autonomy arrangements*. Jerusalem Institute for Federal Studies: Longman, 1991, p. IX).

<sup>7</sup> Sobre a aceitação da natureza plurinacional de determinados sistemas estatais descentralizados, para afastar as políticas de construção nacional e buscar a conservação da unidade em harmonia com o real conteúdo das múltiplas identidades nacionais existentes em seu território, são as palavras de Will Kymlicka y Christine Straehle: “El hecho de que la construcción nacional del Estado pueda destruir la nación de la minoría aun cuando se conduzca dentro de los imperativos de una Constitución democrático-liberal, contribuye a explicar por qué el nacionalismo de las minorías ha continuado siendo una fuerza tan poderosa dentro de las democracias occidentales, y qué la secesión sigue siendo una cuestión viva en varias regiones (e.g. Flandes, Quebec, Cataluña, Escocia). Las minorías nacionales no se sentirán seguras, no importa cuán fuertemente se protejan sus derechos civiles y políticos, a menos que el Estado renuncie explícitamente a cualquier intento de involucrarse en esta clase de políticas de construcción nacional. Esto significa, en efecto, que el Estado tiene que renunciar para siempre a la aspiración de convertirse en un ‘Estado-nación’ y, en su lugar, aceptar que es, y continuará siendo, un ‘Estado multinacional’” (KYMLICKA, Will; STRAEHLE, Christine. *Cosmopolitismo, estado-nación y nacionalismo de las minorías: un análisis crítico de la literatura reciente*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 71).

Constata-se, então, a necessidade de que, quando um Estado plurinacional participe de um órgão de decisões multilateral no plano supraestatal, tenha reconhecida essa característica intrínseca a sua formação histórico-cultural, a fim de que não sejam prejudicadas as características próprias de parcela relevante de sua população, o que revela a necessidade de atribuição de um tratamento diferenciado no que se refere à sua representação em entidades internacionais, especialmente quando as decisões a serem tomadas produzam efeitos no plano interno em relação aos traços singulares que marcam os grupos nacionais minoritários.

Assim, o fato de uma decisão ser tomada no plano internacional, como já afirmado, não significa que não produza efeitos ou mesmo que deva ignorar a ordem interna e sua realidade, longe disso. Com o estreitamento das relações entre países soberanos e a formação obrigatória de blocos e entidades supraestatais para sobrevivência no campo político internacional, as decisões tomadas nesse nível de poder se referem a temas de extrema relevância na ordem interna, definindo os efeitos das políticas públicas e sociais que atingem, sem sombra de dúvidas, as minorias nacionais, o que reafirma a necessidade de serem buscados os instrumentos jurídicos que possibilitem o alcance das verdadeiras necessidades desses grupos, para promover o devido contato com a realidade social, afastando, assim, a possibilidade de protestos políticos ou mesmo de insurgências mais enérgicas contra tais organismos.

106

Por consequência, com a promoção da participação política das minorias nacionais no cenário internacional, atribui-se um incremento na percepção de confiança das instituições que participam dessa esfera de poder, além é claro do maior grau de eficácia social de suas decisões que passam a buscar os verdadeiros interesses dos diversos grupos existentes na ordem interna dos Estados plurinacionais em sintonia com o sentimento público de justiça que vigora na consciência coletiva dos diversos setores que compõem a população de um país.

## MINORIAS NACIONAIS

É lógico que, na esfera do Direito Internacional, existe uma preocupação com o tratamento atribuído às minorias nacionais e suas características próprias, podendo ser encontrada uma série de disposições e tratados internacionais específicos que versam sobre suas diferenças histórico-culturais em relação aos grupos nacionais majoritários no âmbito dos Estados em que se encontram localizadas. Como a disposição do artigo 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1976) ou mesmo a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (1992).

Importante lembrar que o próprio reconhecimento da necessidade de promover a proteção das minorias se perfaz inicialmente no plano internacional com o desmembramento dos impérios multinacionais, no fim da Primeira

Guerra Mundial e, posteriormente, com os tratados de paz após a Segunda Guerra Mundial, em que se pretende consagrar inclusive a garantia dos direitos dos grupos minoritários implicitamente com o sistema de proteção universal de direitos humanos, o que, em razão de sua própria natureza de representação da sociedade como corpo homogêneo, demonstra a ineficácia do Estado nação em tutelar universalmente os direitos humanos e, por consequência lógica, esses grupos sociais minoritários existentes em seu território, excluídos por não serem considerados em pleno direito como pertencentes ao conjunto que forma a coletividade nacional.

Entretanto, a já mencionada hipercomplexidade da sociedade atual, que opera nos paradigmas dos modelos democráticos até então consagrados, exige também uma nova visão do processo de participação política das minorias nacionais no plano internacional, permitindo sua manifestação em relação às decisões concernentes a seus interesses tomadas pelos órgãos multilaterais, as quais se refletem internamente na esfera de decisões políticas dos Estados componentes e, por consequência lógica, na vida e nas características peculiares dos grupos minoritários.

Não basta apenas fundamentar em tratados internacionais a existência de minorias, ou mesmo consagrar direitos que operam apenas no plano abstrato, os quais, no cotidiano da vida dos países onde estão presentes esses grupos, não têm aplicação prática. É preciso, então, proporcionar a essas minorias a defesa direta de seus direitos e de seus aspectos singulares no plano supraestatal, promovendo a criação de instrumentos procedimentais abertos a valores e de cunho democrático que consagrem sua participação ativa no processo de tomadas de decisões exercido na esfera de tratativas internacionais, para que seu efeito posterior, na ordem interna dos países componentes, não venha a prejudicar os interesses dos grupos minoritários.

A prova disso é a insuficiência das definições propostas para a conceituação de “minorias nacionais” constantes nos tratados e documentos jurídicos internacionais<sup>8</sup>, as quais, longe de apresentarem um efeito jurídico vinculante, atêm-se apenas a termos vagos e restritos à produção de efeitos meramente acadêmicos, o que confirma a ausência de mecanismos de proteção que efetivamente venham

---

<sup>8</sup> A respeito do tema, são as palavras de Daniele Lochak: “Sorprendentemente, ninguno de los textos internacionales que garantizan derechos a las minorías ha proporcionado una definición del concepto. Una de las razones de esta ausencia a priori curiosa reside sin duda en la reticencia de los Estados a articularse: en ausencia de una definición jurídicamente vinculante del concepto de minoría, éstos conservan una mayor libertad para determinar los grupos de personas que, en el interior de un territorio, deben ser reconocidos como minorías y que por tanto se benefician de la protección prevista por los instrumentos internacionales” (LOCHAK, Danièle. *Por un nuevo ideal universalista*. Atlas de las Minorías. Madrid: Le Monde Diplomatique, 2012, p. 21).

a tutelar os traços singulares desses grupos populacionais, especialmente com a reconfirmação da necessidade de uma proposta de abertura democrática no processo de decisão política de órgãos supraestatais.

Ademais, o outro obstáculo refere-se à crença de que existe uma contradição entre a tutela do direito das minorias e a proposta de universalização dos direitos humanos, pois, se por um lado, pretende-se conferir a todos os mesmos direitos e deveres em razão da sua própria condição de ser humano, a fim de promover condições satisfatoriamente dignas de vida, por outro, a existência de minorias nacionais revela a necessidade de atribuir a determinadas coletividades direitos específicos, que se ajustam aos traços singulares histórico-culturais que caracterizam a identidade desse grupo de pessoas.

Deveras, o reconhecimento das características singulares que marcam as minorias nacionais deve ser aceito e, sobretudo, levado em consideração na definição das políticas firmadas no plano internacional como forma de respeitar a diversidade humana e heterogeneidade presentes nas comunidades nacionais, com o atendimento das demandas reais desses grupos e dos fatores vinculados à sua identidade histórico-cultural que propicia o próprio conteúdo de sua dignidade, na medida em que demonstra a forma como tais coletividades são vistas e tratadas em relação ao meio em que vivem.

## 108 Proteção internacional: União Europeia e Mercosul

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a celebração de tratados internacionais revelou a tendência de um processo de reconhecimento da universalização do sistema de garantia dos direitos humanos, o que, por um lado, acabou por ocultar a questão sobre a proteção internacional dos direitos das minorias nacionais. A prova de tal fato pode ser verificada na própria Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a qual não faz nenhuma menção às minorias nacionais, conferindo a proteção de tais grupos ao princípio geral de não discriminação.

Somente com o Pacto Internacional de Direito Cívico e Político de 1976 é que se pôde encontrar, no art. 27, a afirmação do direito de ter vida cultural própria, professar e praticar religião e empregar seu próprio idioma, consistindo-se em uma primeira proposta de fundamentação supraestatal para proteção das minorias nacionais, sem, contudo, estabelecer uma definição de quem integraria esses grupos.

Em 1992, como forma de explicitar o conteúdo do art. 27 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprova a Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, a qual, ainda que tenha o nobre objetivo de reforçar a proteção às minorias nacionais, por não apresentar efeito vinculante

ou mesmo uma proposta de estabelecer mecanismos de controle para assegurar o cumprimento de suas disposições, pouco contribui para a proteção efetiva dos direitos desses grupos.

Já dentro dos blocos de integração regional que se pretende comparar, tem-se, no âmbito europeu, uma demonstração de preocupação com as minorias nacionais, sendo firmados documentos jurídicos comunitários que, de algum modo, buscam oferecer maiores garantias a essas coletividades representantes de aproximadamente 10% da população deste continente.

Desse modo, o Conselho de Europa aprovou a Carta das Línguas Regionais ou Minoritárias (1992) que ainda espera a ratificação de importantes países signatários, a exemplo da França e da Itália; assim como o Convênio para Proteção das Minorias Nacionais (1994), que objetiva o comprometimento dos Estados em viabilizar a plena e efetiva igualdade das minorias nacionais, permitindo a expressão, preservação e desenvolvimento de sua cultura e identidade.

Embora tais documentos sejam permeados de boas intenções, ainda se revelam insuficientes para encontrar as respostas exigidas pelas minorias nacionais no cenário comunitário europeu, que carecem de uma participação política ativa no processo de tomada de decisões nessa esfera de poder.

No âmbito do Mercosul, apesar da existência de parcela considerável de populações indígenas e mestiças que se caracterizam como minorias em países marcados por graves diferenças históricas, a ampliação do caráter social no espaço institucional desta entidade, especialmente com a criação de organismos destinados a atuar neste setor – como o Instituto Social do Mercosul ou o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos, destinado a atuar na superação das assimetrias regionais, ou mesmo do Parlamento do Mercosul, compreendido como espaço de representação do pluralismo e das diversidades compreendidas em seu território –, ainda assim, não se constata uma evolução categórica na proteção das minorias nacionais no plano regional sul-americano que, desprovidas de representatividade institucional eficaz, encontram garantias a seus interesses em declarações de princípios e planos de ações quase sem nenhuma utilidade prática.

A partir dessa breve investigação dos instrumentos de proteção dos direitos das minorias nacionais existente no âmbito internacional e, sobretudo, na União Europeia e no Mercosul, verifica-se, nitidamente, a ausência de uma tutela efetiva no plano supraestatal que contemple o direito desses grupos, relacionando-se com o seu déficit de representação democrática, o qual necessita ser repensado para promover uma maior inserção social e resguardo de suas particularidades histórico-culturais, com a elaboração de documentos jurídicos e políticas que identifiquem suas verdadeiras demandas em sintonia com os valores que os caracterizam e singularizam diante da vontade hegemônica nacional.

## CONCLUSÃO

O desenvolvimento do trabalho toma como base os conceitos teóricos de legitimação democrática do direito, os quais, estabelecendo como ponto de partida a existência de documentos jurídicos inaugurais, como constituições para Estados soberanos e tratados internacionais para organizações multilaterais, identifica a presença de uma base de valores que possibilita a atualização de normas jurídicas positivas diante da realidade concreta, sobretudo, nas hipóteses em que os poderes encarregados de tutelar os interesses dos destinatários de tais regras acaba cometendo falhas ou ausências, distanciando-se, assim, do verdadeiro sentimento público de justiça.

Dentro desse panorama, constata-se a necessidade de abertura democrática da experiência jurídica, possibilitando, por meio de um processo dinâmico de interpretação prospectiva, a participação dos agentes interessados nos conteúdos das decisões tomadas na esfera de poder institucional, para conferir-lhe maior correspondência com os verdadeiros anseios da consciência coletiva dos cidadãos e redefinindo a própria ideia de representação indireta do estado democrático de direito, que não mais se sustenta perante a heterogeneidade e hipercomplexidade em vigor na pós-modernidade por carecer de fatores que permitam agregar confiança nas manifestações de poder institucional e maior eficácia social.

110

Vale dizer, os mecanismos de participação das minorias nacionais nas decisões de poder se revelam essenciais para cumprir os desígnios democráticos, na medida em que a vontade hegemônica nacional, que define os rumos do poder por meio do processo eleitoral, além de não ser estática, carecendo de atualização temporal, deve possibilitar a manifestação política das minorias, o que se dá com a participação desses grupos no processo de formação de decisões direcionadas à realização de seus interesses peculiares, reveladores de uma identidade histórico-cultural própria, justamente, para agregar legitimação democrática ao resultado com confiança institucional e eficácia social, afastando, assim, uma maior possibilidade de ocorrência de conflitos étnicos que coloquem em risco a unidade e a paz social.

A necessidade de aplicação de tais conceitos teóricos pode ser perfeitamente visualizada no plano internacional, em virtude da ausência de efetividade dos documentos jurídicos internacionais na proteção do direito das minorias nacionais que, eclipsada pela universalização do sistema de garantia de direitos humanos, acaba sendo objeto de declarações e cartas de intenções. Estas, por não terem efeitos vinculantes, não importam em grandes comprometimentos para os Estados signatários, o que leva a repensar a representação política desses grupos no plano supraestatal, especialmente União Europeia e Mercosul. Essas entidades, embora apresentem certas diferenças organizacionais, tentam tutelar esses grupos tanto em suas respectivas esferas estruturais quanto mediante

disposições normativas, o que possibilita uma comparação fundada na análise de fatos concretos para encontrar as possíveis soluções e ajustes com base nas perspectivas teóricas expostas.

## **REFERÊNCIAS**

BITTAR, Eduardo. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

CONTIPELLI, Ernani. Teoria da legitimação democrática do direito. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* n. 111. São Paulo: RT, 2013.

ELAZAR, Daniel J. *Federal systems of the world: a handbook of federal, confederal and autonomy arrangements*. Jerusalem Institute for Federal Studies: Longman, 1991.

LOCHAK, Danièle. *Por un nuevo ideal universalista*. Atlas de las Minorías. Madrid: Le Monde Diplomatique, 2012.

KYMLICKA, Will; STRAEHLE, Christine. *Cosmopolitismo, estado-nación y nacionalismo de las minorías: un análisis crítico de la literatura reciente*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2010.

SARTORI, Giovanni. *Democrazia: cosa è?* Milão: Bursaggi, 2011.

Data de recebimento: 29/11/2014

Data de aprovação: 01/07/2015



# DESAMOR E MEDIAÇÃO: RELEITURA SISTÊMICA DA ECOLOGIA DO DESEJO DE WARAT<sup>1</sup>

## UNLOVING AND MEDIATION: ON SYSTEMIC RECOGNITION OF WARAT'S DESIRE ECOLOGY

Leonel Severo Rocha\*  
Sheila Willani\*\*

### RESUMO

Nosso objetivo é propor a partir das novas posturas de enfrentamento das dificuldades comunicativas geradas nas relações sociais, notadamente, a mediação, um avanço além dos limites do sistema do Direito. Para tanto, far-se-á uma rápida releitura da etapa waratiana centrada na ecologia do desejo expressada por meio da mediação. Assim, retoma-se a proposta semiológica revista na perspectiva de Lacan e Guattari, em que a linguística se desloca do signo para o corpo, desterritorializando-se. Depois, em um segundo momento, apontamos para a importância da ideia de sistema como condição para a reflexão jurídica do desamor. Nesta linha de pensamento, aproximamo-nos do caminho de Warat, desde a complexidade. Isso permite uma observação diferenciada do Direito em uma sociedade que constrói um futuro com ausência de confiança.

**Palavras-chave:** Mediação; Sistemas; Mediação em Luis Alberto Warat.

---

\* Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1979). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1982). Doutor pela École des Hautes Études en Sciences Sociales de Paris (1989). Pós-Doutor em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce. Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Coordenador Executivo do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado, Capes 6). Professor do curso de Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI), estabelecendo Convênio PROCAD. Membro pesquisador do CNPq. Experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, trabalhando principalmente os seguintes temas: Teoria dos Sistemas Sociais e Teoria do Direito.

\*\* Graduação em Direito pela UNISC. Mestre em Direito pela URI. Doutoranda em Direito pela UNISINOS. Mediadora e pesquisadora em Tratamento de Conflitos e Direito.

<sup>1</sup> Esse texto faz parte do relatório do projeto de pesquisa financiado pelo CNPq intitulado como: "Auto-organização do sistema jurídico: comunicações e autorreferência entre Brasil e Chile". E do projeto de pesquisa "Teoria do direito e diferenciação social na América Latina".

### ABSTRACT

Our goal is to offer from the new coping attitudes to communication difficulties generated in social relations, notably mediation, a step beyond the law of the system limits. Therefore, far will be a quick retelling of waratiana step focused on the ecology of the desire expressed by means of mediation. So taken up the proposal semiologic magazine in view of Lacan and Guattari, where linguistic shifts from the sign to the body, deterritorializing up. Then, in a second moment, we point to the importance of the system idea as a condition for the legal reflection of disaffection. In line with this, we approach the Warat path, since the complexity. This enables a differentiated observation of law in a society that builds a future with no confidence.

**Keywords:** Mediation; Systems; Mediation in Luis Alberto Warat.

### INTRODUÇÃO

114

A dogmática jurídica enfrenta os problemas sociais recorrendo a valores consagrados no passado que servem para guiar processos de tomada de decisão no presente. Deste modo, o Direito não permite facilmente o tratamento dos conflitos fora do Estado. Uma proposta que surgiu como uma nova perspectiva para a abertura do sistema do Direito em meados dos anos 1970 foi a semiologia jurídica. No entanto, até hoje existem estranhezas e incertezas com relação a sua dependência da linguística, gerando dúvidas em relação a sua aplicabilidade. Luis Alberto Warat (LAW), em sua trajetória intelectual, percorreu esse caminho da semiologia chegando à conclusão de que a linguagem signo, desde autores como Roland Barthes, teria sentido graças ao denominado *prazer do texto*. Ou seja, o sentido estrutural dado por Saussure precisava abrir-se para o desejo. Aparece facilmente nessa etapa a contribuição de Lacan, mais tarde de Foucault para a interpretação da alma humana. Freud iniciou a psicanálise recolocando o desejo, e a sexualidade, em seu devido lugar. Mas Lacan foi quem colocou a linguagem como condição de acesso ao inconsciente. Warat percebe desde logo o delírio como condição de sentido superior à linguística para a compreensão do não dito. Com o livro “O anti-Édipo”, Guattari, auxiliado por Deleuze, motivou Warat a colocar o corpo como complemento necessário, ou mesmo central para a construção de uma sociedade mais solidária<sup>2</sup>. O texto da linguística adquire um novo olhar desde o simbólico: signo, significante, corpo.

A sociedade tem nesta observação como constituinte relações e enfrentamentos entre corpos desejanter de poder e afetos, fazendo com que hajam

<sup>2</sup> Warat sempre se inspirou nesses autores para pensar o corpo e o desejo, nesse sentido ver também: DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Qu'est-ce que la philosophie?* Paris: Les Éditions de Minuit. Ed. 13. 2011.

incompatibilidades comunicativas sem fim. No Direito, para Warat, o procedimento para o tratamento destas questões poderia seguir o caminho da mediação.

### MEDIAÇÃO DE LAW

A Mediação na perspectiva de LAW visa, fundamentalmente, à aproximação das partes, não se preocupando unicamente com a celebração do acordo entres os interessados. Porém, o seu maior objetivo é o de pacificar as relações que estavam em conflito, de modo a restaurar a convivência e o diálogo entre as partes.

Para Warat, a mediação é

[...] um processo de reconstrução simbólica do conflito, no qual as partes têm a oportunidade de resolver suas diferenças reinterpretando, no simbólico, o conflito com o auxílio de um mediador, que as ajuda, com sua escuta, interpretação e mecanismos de transferência, para que elas encontrem os caminhos de resolução, sem que o mediador participe da resolução ou influa em decisões ou mudanças de atitude (nisso se baseia sua imparcialidade, é imparcial porque não resolve nem decide)<sup>3</sup>.

Neste sentido, compreende-se que se trata de um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes a chegar a uma resposta que beneficie ambos na disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável, construída pelos partícipes e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito.

A mediação, para nós, deve ser definida a partir de uma unidade temática, de forma a que se possa configurar um conceito apto a estabelecer, *a priori*, as possibilidades de comportamento inerentes a uma atividade aberta a produção de sentido do outro. Conforme Michèle Guillaume-Hofnung, a teoria da mediação deve muito a obra de J. F. Six, “Le temps des médiateur”, (uma definição geral de mediação deve levar em consideração que existe quatro espécies de mediação, as duas primeiras estando destinadas a fazer nascer ou renascer uma ligação, as duas outras estando destinadas a terminar um conflito). Para Guillaume-Hofnung<sup>4</sup>, globalmente a mediação se define, antes de tudo, como um processo de comunicação estática repousando sobre a responsabilidade e autonomia dos participantes dentre os quais um terceiro – imparcial, independente, neutro, com a única autoridade que lhe reconhece os mediados – favorece contatos confidenciais estabelecidos, e capazes de reestabelecerem relações sociais, a prevenção ou a regulamentação da situação em causa.

<sup>3</sup> WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo: a mediação no Direito*. Argentina: ALMED – Angra Impresiones, 1999, p. 31.

<sup>4</sup> GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. *La médiation*. Paris: Puf, 2013.

Por outro lado, Luis Alberto Warat, inspirado pelo surrealismo, entendia, assumindo uma postura típica de Magritte, que é impossível interpretar alguma coisa: o que existe são imagens. Para Magritte, a pior coisa seria a resignação. Ele nunca aceitou conhecer exatamente seus limites. Este limiar sempre colocou um olhar de suspeita em Warat sobre aqueles mediadores donos da verdade (juízes).

No entanto, a mediação ainda não se concretizou em todo seu potencial. Na realidade, conforme dados fornecidos em 2010 pelo Ministério da Justiça em 28 de 2010, a mediação, segundo Camila Nicácio:

é, todavia, ainda muito precária, com exceção dos Estados Unidos. No que concerne ao Brasil, os dados estatísticos são parcos e muito pouco sistematizados. Um primeiro diagnóstico nacional foi realizado em 2005 pelo Ministério da Justiça e trouxe a público apenas 67 experiências espalhadas em todo o país, número que parece não contemplar uma parte considerável das iniciativas em curso, como os próprios relatores do diagnóstico afirmam<sup>5</sup>.

Para Marie-Eve Carette Bouchat,

a mediação local, a mediação escolar e a mediação penal constituem três dispositivos mobilizados hoje para resolver diversos conflitos na cidade. Colocando um canal entre a discussão e a negociação que encarna um novo modelo de regulamento dos conflitos e um outro tipo de relação a regra e a autoridade, no coração do cotidiano, da instituição escolar ou da sistema penal<sup>6</sup>.

116

Para ela, o objetivo da mediação é duplo:

de uma parte, a partir de um esclarecimento empírico construído pelos práticos da mediação se trata de discernir aquilo que ela esconde concretamente e como ela funciona nos três contextos particulares que são o cotidiano, a escola e o sistema penal; de outra parte, a partir de uma análise dos objetivos da mediação e de sua confrontação as práticas, se tratará de se tentar melhor compreender o jogo normativo, político e social que vem, deste modo alternativo de regulamento dos conflitos e das dificuldades as quais se confrontam o mediador<sup>7</sup>.

Percebe-se, outrossim, que a mediação não deve se restringir a uma tentativa de diminuição da quantidade de processos judiciais, como geralmente se

<sup>5</sup> NICÁCIA, Camila. *Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça?* Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Região, Belo Horizonte, v. 53, n. 83, p. 79-108, jan./jun. 2011.

<sup>6</sup> BOUCHAT, Marie-Eve Carette. *Formation generale a la mediation*. In: GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. *La mediation*. Paris: Puf, 2013 p. 9 (tradução livre).

<sup>7</sup> BOUCHAT, op. cit., p. 9.

propõe em projetos de Lei. Ressalta-se nesse momento, qual é a proposta de mediação que gostaríamos que se difundisse: de um modelo de observação fundado em uma perspectiva sistêmica em que a comunicação se originasse autopoieticamente desde a incorporação do outro em um “nós”.

Isto é, partindo da concepção de que o ofício do mediador seria tornar visível o não dito que gerou a quebra do laço comunicativo. O mediador seria como um foco de luz para encontrar uma unidade escondida.

Warat ainda, em sua brilhante obra, acentua:

Não tenho dúvidas da necessidade de que seja elaborada outra concepção do Direito longe do normativismo. Cabe advertir que, a partir da psicanálise o que mais afeta no processo decisório não é a sua debilidade racional, mas as marcas traumáticas que toda decisão deixa em nossos estados de consciência. A transformação do conflito em litígio exige o percurso institucional de um processo, que inevitavelmente traumatiza as partes. Particularmente me preocupo mais com os traumas processuais do que com os mecanismos com que conseguimos falsificar as fundamentações. Prefiro o Direito muito mais imperfeito e muito mais sensível<sup>8</sup>.

Por outro lado, a sociedade se caracteriza por uma grande complexidade que, para sua redução, exige processos de tomada de decisão. Nesta ótica, conforme o tipo de comunicação que se diferencia historicamente, surge códigos, inclusão-exclusão, que configuram diversos sistemas. A noção de sistema permite que a observação dessa amplitude problemática, organize comunicações que constroem possibilidades de sentido voltadas para cenários inesperados. Desde os sistemas, no caso, o sistema do Direito, como escreve Niklas Luhmann, pode-se construir observações sobre a sociedade com uma abrangência inovadora, pois situações vistas como mediações jurídicas individualizadas implicam relacionamentos, redes, constelações de sentimentos, desejos e impossibilidades criadas pelos diferentes atores de uma mesma cultura, família ou comunidade. Uma identidade, ao mesmo tempo, individual mas criada socialmente. Enfrentar problemas sem colocá-los dentro de um sistema, seria como observar a falta de amor, olhando apenas o lado de um indivíduo, sem relacioná-lo com os outros. O sujeito ama ou odeia aquilo que lhe comunica o sistema como dotado de sentido. Isto é, precisa-se amar o amor para produzir esse tipo de comunicação. Em outras palavras, uma sociedade que cultua a violência e as reações de causa e efeito não pode exigir de maneira simples condutas pacifistas. Ai está o papel do mediador sistêmico, ter como objetivo, além dos envolvidos diretamente, a construção de uma cultura da paz.

<sup>8</sup> WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 58.

## DA SEMIOLOGIA JURÍDICA À MEDIAÇÃO

Em se tratando de um trabalho que coloca em pauta a semiologia jurídica e política e a autopoiese no tratamento dos conflitos sociais, se coloca em evidência o entrelaçamento com os trabalhos da mediação à luz do imaginário de Luis Alberto Warat como meio de auxiliar a sociedade e o meio Jurídico.

Warat e Rocha, nos anos 1980<sup>9</sup> pensavam que a semiologia jurídica e a semiologia política, poderiam esclarecer o significado sonhado por Roland Barthes. Porém, logo vimos que a afetividade e o amor não passavam de imagens que somente podemos manter no tempo e no espaço enquanto tivermos a capacidade de delirar. Talvez a afetividade, o prazer, e alguma forma de amor seja o objeto de uma semiologia do desejo. Porém, o que realmente busca/deseja a sociedade quando procura pelos “seus direitos”, ou até (e mais profundamente) mesmo pelo real significado/sentido de seus desejos e da vida, dependa muito mais de um observador, mediador, apto a perscrutar o sentido de uma imagem vazia para o ego, mas plena de sentidos para o alter. O mediador talvez dependa unicamente de um trabalho solitário que poderia tornar essa proposta em uma análise psicanalítica das significações do poder e do poder das significações.

Conforme citam ROCHA e WARAT, na obra “O Direito e sua Linguagem” de 1995, 2ª edição:

118

A semiologia que se ocupa do universo das significações políticas em sua expressão mais ampla: as significações do Poder e do Desejo<sup>10</sup>.

Por isso

[...] busco uma semiologia comprometida com o futuro do homem e sua sociedade, com a diferença e com a autonomia individual e coletiva (democracia). Uma semiologia do porvir que enfrente, de maneira criativa e superadora, a crise de sentido que se instalou como ordem da idealização na modernidade. Essa perda de sentido do social, do político e das identidades que alguns chamam de pós-modernidade. O que equivale a dizer: a “semiologia surrealista da transmodernidade”, que pode instituir o imaginário social da liberdade (criação constante social - histórica-psicológica de significações coletivas, que não constituíam como ameaça toda e qualquer diferença). Seria uma semiologia libertária do Desejo, destinada a recuperar para o homem seus vínculos perdidos com a vida<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Warat e Leonel publicaram sobre semiologia em um texto na revista *Sequência* de 1981 (“O poder do discurso docente”).

<sup>10</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Safe, 1995, p. 107.

<sup>11</sup> WARAT, op. cit., p. 107.

Neste sentido, nota-se a necessidade do restabelecimento de uma pesquisa em que seja exposta e evidenciada a notória ligação entre os estudos da semiologia jurídica e política (enquanto estudo de comportamento humano, do meio e da forma que se utilizam para se comunicar). Da autopoiese, no sentido de aclarar como, de forma estrutural e sistêmica, os seres humanos absorvem os acontecimentos e, o mais importante, suas significações, donde a partir disso exteriorizará um meio estruturalmente “organizado”, dentro do seu sistema de auto-organização para se comunicar e interagir com o outro e com o meio social.

Em 2013, Pierre Rosanvallon<sup>12</sup> escreveu um texto que procura mostrar o desejo profundo das pessoas comuns tornarem-se protagonistas de um mundo onde os direitos humanos pertencem apenas aos políticos. Por isso, a linguagem deve ser elaborada a partir de metáforas que permitem a abertura significativa para uma inclusão do outro.

Por isso, estamos em um tempo onde o rude e a rispidez já não colaboram com o desenvolvimento das relações, seja de amizade, de trabalho ou de amor. Um importante pensador italiano também se aproxima de LAW. Pois como bem observou Eligio Resta, solicita que sejam expostos e colocados em prática os Direitos Humanos, conforme refere:

O direito fraterno coloca, pois, em evidência toda a determinação histórica do direito fechado na angústia dos conflitantes estatais e coincide com o espaço de reflexão ligado ao tema dos Direitos Humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade é simplesmente o lugar “comum”, somente em cujo interior pode-se pensar o reconhecimento e a tutela. Em outras palavras: os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem encontrar vigor, também, aqui, senão graças à própria humanidade. Bastaria para tanto, escavar na fenda profunda que corre entre duas diferentes expressões como “ser homem” e “ter humanidade”<sup>13</sup>.

Na última expressão supracitada, em que o autor Eligio Resta menciona a diferenciação da definição de valores que deve ser feita entre “ser homem” e “ter humanidade”, é percebida uma ligação de pensamentos dele e do autor Paulo Freire. Do mesmo modo, Darci Ribeiro colocou a importância de um Brasil onde a brasilidade e a cordialidade seriam construídas no contato com as diferentes culturas existentes. Parece, assim, que a decisão do despertar de consciência para a realidade de uma nova comunicação, sendo ela mais afável, aberta, receptiva e observadora, depende unicamente e exclusivamente da boa vontade do ser humano em tornar-se humano.

<sup>12</sup> ROSANVALLON, Pierre. *Le parlement des invisibles*. Paris: Seuil, 2014.

<sup>13</sup> RESTA Eligio. *Direito fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 13.

Nessa linha de ideias, é possível que a mediação possa auxiliar neste despertar, pois ensina a passos lentos como direcionar as palavras, como identificar os sentimentos e ainda como expressá-los. Portanto, a mediação corresponde a um reaprender a se comunicar, dando a oportunidade de todo cidadão da nossa sociedade de conhecer e se autocompreender dentro de uma nova perspectiva, mais saudável, que lhes fará sentir-se melhor, não só pela reflexão, mas pela autonomia, pelo empoderamento gerado de resolver seus conflitos.

A mediação como forma ecológica<sup>14</sup> de negociação leva os participantes do conflito/litígio a uma transformação na percepção do seu mundo e ao redor, colocando em prática o princípio da alteridade e da responsabilidade. Isso modifica radicalmente todo um sistema de soluções já previstas e que tornam a reconciliação algo saturado e desinteressante para as partes. Inicia-se, então, uma nova era, onde para novos tempos exigem-se novas proteções contra as “tormentas”<sup>15</sup>.

Graças à mediação abrem-se caminhos antes pouco evidenciados, que é do tratamento e da valoração dos sentimentos. Desde os primórdios, a justiça trata do fato ocorrido, encaixando a lei correspondente, deixando os sentimentos que motivaram o acontecido desconhecidos e desvalorizados. Dessa forma, nota-se que, assim como uma erva daninha, o que se faz com o litígio é ceifar o caule, deixando as raízes ainda todas na terra, restando possibilidades para que se re-façam novos brotes.

Ainda que o conflito tenha uma solução justa aos olhos da lei e da sociedade (não menosprezando as decisões do Poder Judiciário), há sempre um participante do caso conflituoso que se sente prejudicado, pois a decisão formada é dada por um terceiro, o qual nem sempre consegue ter a “real” dimensão do processo existente. Por isso, não há melhor comunicação do que aquela elaborada por quem sente e vivencia a desarmonia impressa nos autos, que é interna e única, dados os valores que cada ser humano dá às peculiaridades existentes numa relação afetiva, econômica, social e tantas outras que envolvem o mínimo de sociabilidade.

A mediação é uma proposta jurídica de tratamento dos conflitos que escapa do normativo,

(...) sendo a melhor fórmula, até agora encontrada, para superar o imaginário do normativismo jurídico. A mediação como a realização do Feminino no Direito. Estou falando da permanente busca de um

<sup>14</sup> Ecológica: nesse artigo deseja-se expressar o sentido da palavra ecológica como intenção e desejo de algo saudável. Algo que traz benefícios e que gera uma melhora no relacionamento entre os participantes de um conflito/litígio.

<sup>15</sup> WARAT, 1999, p. 2.

## Desamor e mediação: releitura sistêmica da ecologia do desejo de Warat

sempre-mais-além dos desejos, que é a característica mais específica do feminino<sup>16</sup>.

Dessa forma, o rito desempenhado pelas partes e pelo mediador torna-se uma composição satisfatória, dando a assistência necessária e precisa para cada momento e sentimento colocado, garantindo mais segurança e contentamento ao acordo formado pelos participantes do conflito.

Como anteriormente mencionado, o mediador desempenha papel de lisura, quase de transparência, apenas como foco de luz que traduz o que antes não se havia dado a correta interpretação. Ele também conduz o diálogo para que este não se perca nas subjacências do conflito, focando no motivo principal, pois que, arrancado na raiz, o restante todo perde a importância anteriormente dada, sendo mais facilmente tratado.

A partir de uma sessão de mediação, podem-se evidenciar, ainda, outras “raízes” (subjacentes ao conflito tratado) de importância semelhante ou maior do que a primeira, e que também podem ser acompanhadas e tratadas com o mesmo trâmite se for da vontade das partes, porém em outro momento, onde o foco seja desta outra<sup>17</sup>.

É por meio da mediação que os participantes colocam em prática o poder da autonomia e da democracia (de escolher o que acreditam ser o melhor), pois se investe neles a responsabilidade que aprenderam a delegar ao Poder Judiciário. Essa responsabilidade proporciona uma vantagem importante da mediação, pois extrapola o âmbito do caso particular, trazendo uma melhora não só no conflito tratado, mas na vida íntima e em sociedade daquele que pratica os atos e os valores que configuram a mediação<sup>18</sup>.

Uma sociedade que assimila a mediação como cultura, conforme Paulo Freire, modifica não somente o meio de tratar os conflitos/litígios, mas traz também à tona a evolução do ser humano e do ser social. A criança, que antes imatura se socorria ao pai para resolver seus desentendimentos, torna-se um adulto maduro e responsável que busca compreender as diferenças, compreender o seu próximo e olhar para os conflitos com outros olhos, dando a eles perspectivas de novas respostas e soluções, saudáveis e construtivas.

### DO TRATAMENTO DO CONFLITO

Muito embora possa parecer estranho, o tratamento dos conflitos gerados pela sociedade, fora da dogmática jurídica, é um campo ainda muito novo para

<sup>16</sup> WARAT, 1999, p. 4.

<sup>17</sup> Ver também, Fabiana M. Spengler. *Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Unijuí, 2011.

<sup>18</sup> Sobre esse tema recomenda-se: MELEU, Marcelino. *Jurisdição comunitária*. A efetivação do acesso à justiça na policontextualidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

o Direito, o que faz com que os caminhos teóricos dos quais dispomos para lidar com essa questão sejam ainda bastante inseguros<sup>19</sup>.

Apesar do Direito sempre ter lidado com conflitos, é recente o entendimento dos juristas de que o conteúdo e os valores envolvidos merecem ser objeto de reflexão. A história humana é repleta de situações em que a reflexão da nossa realidade não é tematizada desde a mediação; como exemplo, menciona-se a escravidão e o direito à igualdade dos sexos.

Na evolução da sociedade, desde a diferenciação funcional, a partir do momento em que se identificou o problema ou o fato do qual não se encontrou resposta natural ou simples, iniciou-se uma caminhada em busca de uma nova alternativa, uma possibilidade de resolvê-lo. Isso fez perceber que os métodos anteriormente utilizados para decidir e tratar os conflitos não eram eficazes, instigando a buscar novas respostas e abrindo as portas para outros sistemas (v.g., Tribunal Multiportas<sup>20</sup>).

Normalmente, os juristas viam o conflito como algo a ser combatido, algo negativo que deveria ser dominado e extinguido<sup>21</sup>. Os conflitos são e sempre foram inevitáveis, em razão da existência de tantas diferenças sociais, econômicas (para não citar tantas outras...), de interesses e de desejos, não havendo como anulá-los.

122

A organização do Poder Judiciário foi a de construir um saber dogmático que possuía respostas prontas para todo tipo de problema. Essa estratégia implicou a composição de juízes que deveriam decidir os conflitos mediante sua autoridade.

Resumindo e simplificando, essa é uma descrição grosseira do Direito moderno, um breve relato do quão igualitário é o tratamento do individualismo pelo judiciário: onde as pessoas se compõem de diferentes motivos, esses interesses se conflitam com outros diferentes, e essa diferença precisa ser anulada mediante a aplicação de regras previamente definidas e aplicadas por juiz imparcial.

A partir dessa percepção, há de se notar que o conflito impera como uma disfunção, como algo negativo a ser anulado. Assim, os juristas reuniram todas as tensões que ameaçavam a paz social no conceito de conflito<sup>22</sup>, visto como algo a ser recusado, dominado ou anulado. Na atualidade, essa visão encontra-se em colapso, na medida em que se desnuda o desdobramento que o conceito da palavra

<sup>19</sup> COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2004, v. 04, p. 161-162.

<sup>20</sup> Ver “Tribunal multiportas”. Org. Rafael Alves de Almeida; Tania Almeida; Mariana Hernandez Crespo. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

<sup>21</sup> MELEU, 2014, p. 153.

<sup>22</sup> COSTA, 2004, p. 161-162.

conflito significa. Tal conceito vai muito além da percepção dos sintagmas da linguagem impressa nos processos, pois abarca os mais variados tipos e origens e exige estratégias e meios muito mais flexíveis e diversos para o seu enfrentamento: decisão *versus* violência<sup>23</sup>. Isso provocou uma abertura para reflexões gerando um movimento de formação de alternativas de auxílio ao judiciário a abordar esses conflitos. Porém, há de se acentuar que o Poder Judiciário permanece como mecanismo padrão de regulação dos mesmos, embora toda alternativa seja uma opção para algo que se tem como padrão.

Criou-se com isso a concepção de que haveria de ser feito um acordo entre as partes, que nem sempre poderia se encaixar no padrão das normas jurídicas. Nesse momento, há um reconhecimento dos limites da técnica jurídica imposta por normas gerais e também uma valoração dos meios articulados e flexíveis que dão mais abertura às estratégias voltadas à criação autônoma e democrática de normas individuais para cuidar do conflito<sup>24</sup>.

A partir daí entra-se na questão da identificação da raiz problemática, visto que o conflito não é verdadeiramente o problema, mas deste uma decorrência. Ele não é algo a ser anulado, pois demonstra que o não dito gera uma incompletude e insatisfação ou uma má interpretação, ou ainda, de que algo mal compreendido existe.

Mais profundamente, faz-se necessário notar que há uma dimensão dissonante que integra o íntimo dos participantes do conflito, podendo ainda não haver somente interesses e desejos opostos, mas também a percepção de mundo que os cercam diferente, e isso não pode ser anulado, pois violentaria o direito à identidade.

Cabe aos meios alternativos amparar e reestruturar essa base que se estremeceu e de reconstruir a ponte que permitirá a comunicação harmoniosa entre as partes novamente. Por nascerem dessa necessidade, os meios alternativos vêm sendo aperfeiçoados cada vez mais, em busca sempre de respostas mais eficientes e satisfatórias<sup>25</sup>.

### QUAL SUA FINALIDADE?

Os Direitos Humanos, conforme Claude Lefort<sup>26</sup>, permitem uma renovação da ideia de democracia e, nesse sentido, a mediação poderia ser uma imagem não estereotipada de dizer o amor.

<sup>23</sup> DERRIDA, Jacques. *Força de Lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>24</sup> COSTA, 2004, p. 163.

<sup>25</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 34.

<sup>26</sup> LEFORT, Claude. *Écrire à l'épreuve du politique*. Paris: Calmann, Lévy, 1995.

A mediação vem especificamente estruturada para comportar e amparar, em tese, todo e qualquer tipo de conflito, tendo como primazia a reestruturação da comunicação. Metaforicamente, pode-se afirmar que ela trata a relação que se encontra enferma com os remédios necessários, abrindo espaço para a exposição de sentimentos e conversação tranquila, valorando o que sentem necessidade de expor e de melhorar. Assim, dá largos passos para uma resposta mais eficaz, transformando o conflito em algo construtivo.

Nessa linha de ideias, a proposta waratiana seria mais limitada do que nosso intuito, visto que geralmente a ecologia do desejo se contextualiza em questões intersubjetivas e familiares, não chegando ao alcance epistemológico mais universal pelo qual lutamos.

Assim sendo, com esta intenção, pragmaticamente traça-se caminho para que aos poucos a mediação se torne algo cultural e de tal maneira naturalmente realizada e implantada antes, durante ou até mesmo depois do processo judicial.

O sistema de mediação no Brasil tem sido aplicado por meio de políticas públicas e por vínculos institucionais entre universidades e o judiciário<sup>27</sup>.

De todo modo, a mediação é necessária tendo em vista a crise da democracia contemporânea em que o princípio da igualdade é cada vez mais afastado por políticas econômicas que retrocedem a concessão de direitos. Isso transforma o sistema jurídico tradicional em um local de difícil tratamento dos conflitos, estimulando a criação de outras opções para garantia dos direitos<sup>28</sup>.

124

Do ponto de vista de uma matriz teórica luhmaniana<sup>29</sup> se poderia radicalizar a interpretação da mediação. Como exemplo, podemos seguir Darío Rodríguez<sup>30</sup>, em sua obra “Comunicaciones de la Organización” cita três formas de probabilidades de que a comunicação aconteça: a) a primeira improbabilidade se baseia em que o outro entenda; b) a segunda improbabilidade é que chegue além dos presentes; e c) a terceira improbabilidade é de que o outro aceite.

Sendo assim, sob este aspecto luhmaniano, salienta-se uma grande mudança epistemológica na teoria do Direito. Buscando reduzir a complexidade sobre as expectativas das expectativas dos atores sociais, dando-se por três dimensões: a) temporal; b) social; c) prática. A dimensão temporal atua na estabilização das

<sup>27</sup> Sobre esse assunto, ver o texto de Camila Nicácio: *Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça?* Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 53, n. 83, p. 79-108, jan./jun. 2011.

<sup>28</sup> Sobre democracia no contexto europeu contemporâneo. Veja-se, ROSANVALLON, Pierre. *La société des égaux*. Paris: Seuil, 2011, e também PIKETTY, Thomas. *Le capital au XXI siècle*. Paris: Seuil, 2013.

<sup>29</sup> Neste artigo, por preferirmos comentar a obra de Warat e divulgar a prática da mediação, optamos por não radicalizarmos a perspectiva sistêmica.

<sup>30</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. *Comunicaciones de la organización*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007.

expectativas contra possíveis frustrações através da normatização. A dimensão social se apoia sobre um consenso esperado de terceiros. E a dimensão prática se compõe em uma interrelação de confirmações e limitações recíprocas<sup>31</sup>. A mediação seria um aspecto que privilegiaria a abertura do sistema para expectativas cognitivas fora do código do Direito.

### CONCLUSÃO

O tema da mediação ainda nos trará muitas surpresas por caracterizar na sociedade socialmente diferenciada uma aquisição evolutiva. Desse modo, como diz Michéle Guillaume-Hofnung, a semântica da mediação precisa ser bem caracterizada para que se produza a partir da sua unidade uma comunicação menos violenta simbolicamente.

No entanto, assinalamos que não se pretende afastar as partes da Jurisdição, apenas sugere-se o deslocamento da solução do conflito do Poder Judiciário para as próprias pessoas envolvidas no litígio, tendo como fundamentos a cultura da pacificação, a democracia constitucional-deliberativa e da máxima cooperação entre as partes. Percebe-se, nesses termos, que o avanço da utilização de mecanismos extrajudiciais de prevenção e tratamento de controvérsias no âmbito brasileiro é notório. Embora semelhantes, por objetivarem a autocomposição, a conciliação, a negociação e a mediação, são institutos jurídicos que se diferenciam.

Percebe-se, por conseguinte, que a mediação possibilita formas de comunicação que dizem respeito às famílias e à comunidade, fortalecendo a sociedade civil, evitando o surgimento de opiniões sobre decisões manipuladas e/ou normatizadas sem efetividade, não levando em conta as necessidades e os desejos das pessoas envolvidas nas controvérsias.

Estando cientes de um trabalho complexo e ao mesmo tempo benevolente, em que se busca incessantemente a compreensão da dimensão na esfera da comunicação social da sistemática de uma trilha para a descomplicação das subversões, se aclara que: o conflito é algo natural e inerente à construção de nossos demônios privados. Nessa linha de ideias, o conflito adquire um significado que torna a comunicação algo que flui como um desejo incontido que aparece somente no consumo de um adereço, manifestando disfarçadamente o sublime momento em que o consciente compreende que cada ser é um mundo em constante transformação e que devemos sempre somar as realidades concebidas, tornando o mundo sistêmico em algo pacífico, proveniente do sopro da alma, sentido vital, partindo do pressuposto do amor e do romantismo pregados por Luis Alberto Warat.

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ, Darío. *Comunicaciones de la organización*. Santiago de Chile: Ediciones UC, Chile. 2007.

O desamor é provocado pela expansão da complexidade dos sistemas sociais. A comunicação nesse cenário torna-se altamente improvável e a recusa do outro em produzir sentidos comuns provoca graves dissonâncias que levam ao desamor. Para Warat, uma saída otimista para a construção ou reelaboração de vidas harmoniosas passaria pela canalização do desejo dentro da afetividade. Em outras palavras, o mediador teria como terceiro excluído o papel de redefinir a observação do outro desde a abertura deste ao diferente de forma afetiva. Em Warat, desde uma perspectiva sistêmica, como também diz Maturana, o sujeito adquire uma consciência de paz e universalidade somente quando vivencia o amor em sua plenitude. Talvez Shakespeare tenha resumido em “Romeu e Julieta” quase todo o encantamento do amor como paixão. François Ost salienta que a literatura sempre se relaciona com o poder e o desejo conjuntamente com o enfrentamento de uma lei dogmática<sup>32</sup>. O grande mediador que foi Gandhi, como salienta Darío Rodríguez, é o modelo ideal, ao postular o Direito como caminho da paz. O mediador, portanto, será importante para o Direito na medida em que também seja comprometido com a sociedade, os direitos fundamentais e uma nova cultura de fraternidade.

## REFERÊNCIAS

AARNIO, A. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht, Holland: D. Reiderl Publishing Company, 1987.

126

ALCHOURRÓN, C.; BULYGIN, E. *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1975, 277p.

ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro Estudios Constitucionales, 1989, 346p.

AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007. v. 4.

AZEVEDO, Gustavo Tranco. Confidencialidade na mediação. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, v. 2.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: RT, 2004.

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2.

BARRETO, Vicente Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano. *Direito da sociedade policontextual*. Curitiba: Appris, 2013.

BERTASO, João Martins; LOCATELLI, Liliana (Org.). *Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflitos*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2012, v. 4.

---

<sup>32</sup> OST, François. *La comédie de la Loi*. Paris: Michalon, 2012.

## Desamor e mediação: releitura sistêmica da ecologia do desejo de Warat

- BOBBIO, N. *Teoria generale del diritto*. Torino: G. GiappichelliEditore, 1993, 297p.
- CARNAP, R. *Meaning and necessity*. Chicago: The University of Chicago Press, 1964, 258p.
- CASTELAIN, Bernard. *De l'autre coté du conflit: la médiation*. Liege: Anthemis, 2013.
- CASTORIADIS, C. *Fait et à faire*. Paris: Seuil1997, 281p.
- COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2004, v. 04, p. 161-162.
- D'ANTIN, Martine Bourry; PLUYETTE, Gérard; BENSIMON, Stéphen. *Art et techniques de la mediation*. Paris: Litec, 2004.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. *Qu'est-ce que la philosophie?* Paris: Les Editions de Minuit, 1991-2005.
- DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJE, 2003.
- DERRIDA, Jacques. *Força de Lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes. 2007.
- DEUTSCH, Morton. *The resolution of conflict: constructive and deconstructive processes*. New Haven, CT: Yale University Press, 1973.
- DWORKIN, R. *Law's Empire*. London: Fontana Press, 1986, 470p.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, 568p.
- FERRAZ JÚNIOR, T.S. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2002, 286p.
- FERRY, Luc. *De l'amour: une philosophie pour le XXI siècle*. Paris: Odile Jacob, 2014. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da indignação: cartas pedagógicas e outros escritos*. São Paulo: Editora Unesp, 2000.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- GANDHI, Mohandas Karamchand. *A roca e o calmo pensar*. São Paulo: Palas Athena, 1991.
- GAGLIETTI, Mauro; GAGLIETTI, Natália (Org.). *Direito contemporâneo em pauta*. Passo Fundo: Passografica; Santo Ângelo: URI – Campus Santo Ângelo, 2012.
- GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos a partir do direito fraterno* [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.
- GOLEMAN, Daniel. *Inteligência social: o poder das relações humanas*. São Paulo: Campus, 2007.
- GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. *La mediation*. Paris: Puf, 2013.
- LATOURET, Bruno. *La fabrique du droit: une ethnographie du Conseil d'État*. Paris: La Découverte, 2004.
- LEFORT, C. *Essais sur le politique*. Paris: Seuil, 1986, 331p.

- LEFORT, C. *Le temps présent, écrits 1945-2005*. Paris: Belin, 2007, 10.041p.
- LEFORT, C. *Écrire à l'épreuve du politique*. Paris: Calmann, Lévy, 1995.
- LEMPEREUR, Alain; SALZER, Jacques; COLSON, Aurélien. *Méthode de médiation: au coeur de la conciliation*. Paris: Dunod, 2008.
- LUHMANN, N. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007, 954p.
- LUHMANN, N. *Sociologia do Direito – II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, 212p.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.
- HART, H.L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, 399p.
- MANSILLA, Dario Rodrigues. *Comunicaciones de la organización*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007.
- MATURANA, H.R.; VARELA, F. *El árbol del conocimiento: las bases biológicas del conocimiento humano*. Madrid: Debate, 1996, 172p.
- MISRAHI, Robert. *La joie d'amour pour une érotique du bonheur*. Paris: Autrement, 2014.
- MELEU, Marcelino. *Jurisdição comunitária. A efetivação do acesso à justiça na policontextualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- MOORE, Christopher. *O processo de mediação*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- NONET, P.; SELZNICK, P. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, 174p.
- OST, François. *La comédie de la Loi*. Paris: Michalon, 2012.
- PARSONS, T. *A estrutura da ação social*. Petrópolis: Vozes, 2010, 999p. v. I e II.
- PIKETTY, Thomas. *Le capital au XXI siècle*. Paris: Seuil, 2013.
- RAWLS, J. *A theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, 461p.
- RAZ, J. *O sistema do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, 326p.
- REALE, M. *Teoria tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968, 105p.
- RODRIGUEZ, Dario; OPAZO, Maria Pilar. *Comunicaciones de la organización*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007.
- ROSANVALLON, Pierre. *Le parlement des invisibles*. Paris: Seuil, 2014.
- RESTA, Eligio. *Direito fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.
- ROBLES, Tatiana. *Mediação e direito de família*. São Paulo: Cone, 2009.
- ROCHA, L.S. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, 201p.
- ROCHA, L.S. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, L.S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 9-48.

## Desamor e mediação: releitura sistêmica da ecologia do desejo de Warat

- ROCHA, L.S.; KING, M.; SCHWARTZ, G. *A verdade sobre a autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, 148p.
- RODRIGUEZ, Dario. *Comunicaciones de la Organización*. Santiago de Chile: ediciones UC. Chile. 2007.
- ROSA, Conrado Paulino da. *Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- ROSANVALLON, Pierre. *Le parlement des invisibles*. Paris: Seuil, 2014.
- ROSANVALLON, Pierre; *La société des égaux*. Paris: Seuil, 2011.
- ROSENBERG, Marshall. *Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. São Paulo: Ágora, 2006.
- SAUSSURE, F. de. *Cours de linguistique générale*. Paris: Payot, 1985, 520p.
- Spengler, Fabiana M. *Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Unijuí, 2011.
- SUPIOT, Alain. *L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*. Paris: Seuil, 2010.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.
- VON WRIGHT, G. *Norm and action: a logical enquiry*. London: Routledge&Kegan Paul, 1963.
- TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- URY, Willian. *Supere o não: negociando com pessoas difíceis*. São Paulo: Best Seller, 2005.
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Safe, 1995.
- WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: Faculdade Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.
- WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo: a mediação no direito*. Argentina: Almed – Angra Impresiones, 1999.
- WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.
- WARAT, Luis Alberto. *Por quien cantan las sirenas*. Joaçaba: UNOESC/CPGD-UFSC, 1996.
- WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. III.

Data de recebimento: 04/09/2014



# DIREITO DIFUSO À CIDADE SUSTENTÁVEL: DO SIMBOLISMO À COLONIALIDADE

## THE RIGHT TO SUSTAINABLE CITY: FROM SYMBOLISM TO COLONIALITY

Virginia Junqueira Rugani Brandão\*

### RESUMO

O direito à cidade sustentável é amplamente comentado no âmbito internacional e, no Brasil, foi consagrado pela Constituição Federal, ainda que não expressamente, e pelo Estatuto da Cidade. No entanto, é patente a dificuldade de concretizar esse direito considerado fundamental. As dificuldades giram em torno da própria compreensão de seu significado, e também do hábito em tratar os direitos fundamentais como algo simbólico. Estas questões já foram, em alguma medida, evidenciadas pela doutrina urbanista. O que este artigo objetiva é aprofundar na problemática para denunciar que a falta de efetividade desse direito está para além da questão de uma reforma legal ou de sua força simbólica, mas se dá em razão da modernidade arraigada na sociedade atual que impede avanços que signifiquem real poder popular.

**Palavras-chave:** Direito à cidade sustentável; Efetividade; Simbolismo; Colonialidade.

### ABSTRACT

The right to sustainable city is widely reported internationally and in Brazil was enshrined in the Federal Constitution, although not expressly, and by the City Statute. However, it is clear the difficulty of materialize this fundamental right. The difficulties revolve around the own understanding of its meaning, and also the habit of dealing with fundamental rights as something symbolic. These issues have been, to some extent, evidenced by the urbanist doctrine. What this article aims, is to deepen the problematic to conclude that the lack of effectiveness of this right is beyond the question of legal reform or its symbolic force, but occurs

---

\* Mestranda em Direito Público pela PUC Minas. Pesquisadora/extensionista do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas – NUJUP. Advogada administrativista. Correspondência para/Correspondence to: Rua Desembargador Jorge Fontana, 428, Belo Horizonte, Minas Gerais, CEP: 30320-670. E-mail: vbrandao@papinilacerda.com.br. Telefone: (31) 3507-7720.

because of modernity rooted in our society that prevents advances that mean real people power.

**Keywords:** The right to sustainable city; Effectiveness; Symbolism; Coloniality.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende denunciar o que está por trás da concretização do direito à cidade sustentável, expressamente previsto no Estatuto da Cidade e, de certa forma, abrangido pela Constituição Federal.

O tema (direito à cidade sustentável) é largamente comentado no âmbito internacional, por meio de conferências e documentos, como a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, o Fórum Urbano Mundial ONU-Habitat, a Rio 92, a Rio mais 20, a Carta de Atenas, a Agenda 21, a Carta Medellín, entre outros.

Com efeito, a maior parte da população vive nas cidades, que tem sido o principal espaço para transformações econômicas e sociais da civilização, local em que os indivíduos se relacionam, trabalham, habitam, praticam lazer, expressam sua cultura e religião.

132

Nesse contexto, a preocupação com a sustentabilidade visa justamente garantir que a cidade seja um ambiente agradável, funcional e plural para as presentes e futuras gerações. Como será comentado ao longo do trabalho, a sustentabilidade não se limita à questão de preservação de recursos ambientais, mas tem também um viés econômico, social, cultural e territorial, em completa consonância com o princípio da dignidade humana e da expressão máxima da democracia participativa.

No entanto, verifica-se grande dificuldade em tornar efetivo este direito à cidade sustentável. As cidades são locais degradados e excludentes, compreendendo vazios urbanos, degradação ambiental, poluição, excesso de lixo, imóveis depredados, trânsito desordenado. Estranhamente, esta situação é a realidade considerada normal em diversas localidades no mundo. Os problemas urbanos envolvem ainda inadequação de alocação dos recursos financeiros, falta de emprego, falta de moradia adequada, insegurança e aumento da violência, crescimento da desigualdade social, uso impróprio do solo, falta de áreas verdes, inadequado suprimento de água e saneamento, enfim, os exemplos são inúmeros.

Na tentativa de justificar essa situação díspare entre realidade e lei, o artigo irá primeiramente discutir o significado do direito difuso à cidade sustentável para, então, apresentar a teoria pioneira do francês Henri Lefebvre sobre a cidade e sua concretização, comentada pelo urbanista brasileiro Edésio Fernandes. Após, será abordada a teoria sobre a força simbólica da lei, trazida pelo brasileiro Marcelo Neves e, por fim, acrescentam-se os pensamentos do colombiano Ricardo

Sanín, acerca da encriptação do poder. Ao final, conclui-se que a falta de efetividade do direito à cidade sustentável está para além da questão de uma reforma legal ou de sua força simbólica, mas em razão de uma modernidade arraigada na sociedade atual que impede avanços que signifiquem real poder popular, é o que se denominará de colonialidade.

## **O DIREITO DIFUSO À CIDADE SUSTENTÁVEL**

No Brasil, entre os anos de 1940 e 1991, o êxodo rural fez com que a população das cidades crescesse de 31,2% para 75% do total de habitantes. Esse fenômeno da rápida urbanização caminhou de mãos dadas com a eclosão das atividades industriais. A cidade tornou-se o palco da vivência humana para suprir suas necessidades biológicas e psicológicas. No entanto, a velocidade desse processo desacompanhada de um planejamento teve consequências negativas que se estendem até os dias atuais<sup>1</sup>.

A cidade é a representação de um verdadeiro caos de exclusão social, segregação espacial de base econômica e cultural, crise habitacional, degradação ambiental, produção exagerada de lixo, poluição, trânsito desordenado, dominação violenta dos interesses privados econômicos. Interessante trazer na íntegra a constatação da situação de 33 cidades ao redor do mundo, à época da Carta de Atenas<sup>2</sup>:

Trinta e três cidades foram analisadas, por ocasião do Congresso de Atenas, por diligência dos grupos nacionais dos Congressos Internacionais de Arquitetura Moderna: Amsterdã, Atenas, Bruxelas, Baltimore, Bandoeng, Budapeste, Berlim, Barcelona, Charieroi, Colônia, Como, Dalat, Detroit, Dessau, Frankfurt, Genebra, Gênova, Haia, Los Angeles, Litoria, Londres, Madri, Oslo, Paris, Praga, Roma, Roterdã, Estocolmo, Utrecht, Verona, Varsóvia, Zagreb e Zurique. Elas ilustram a história da raça branca sobre os mais diversos climas e latitudes. Todas testemunham o mesmo fenômeno: a desordem instituída pelo maquinismo em uma situação que comportava até então de relativa harmonia; e também a ausência de qualquer esforço sério de adaptação. Em todas essas cidades o homem é molestado. Tudo que o cerca sufoca-o e esmago-o. Nada do que é necessário a sua saúde física ou moral foi salvaguardado ou organizado. Uma crise de humanidade assola as grandes cidades e repercute em toda a extensão dos territórios. A cidade não corresponde mais a sua função, que é a de abrigar os homens, e abrigá-los bem.

133

<sup>1</sup> FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Org.). *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 3-23. volume único.

<sup>2</sup> CIAM-Congresso Internacional de Arquitetura Moderna. *Carta de Atenas*. 1993. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=233>>. Acesso em: 3 ago. 2014.

Ainda que não se mencione cidades da América Latina, é interessante perceber como o fenômeno é parecido. Na verdade, esses processos são globais porque acompanham a própria condição humana e os efeitos ruins da modernidade que se arrasta à contemporaneidade.

A partir de tais constatações, atreladas ao momento internacional de preocupação com o futuro da humanidade, criou-se o termo desenvolvimento sustentável, consagrado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1987, também conhecida como Comissão Brundtland, cujo relatório produziu o seguinte conceito, reverberado na Agenda 21 e Rio 92:

Desenvolvimento sustentável é um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações futuras (...) é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades<sup>3</sup>.

Esse conceito se alastrou pelo mundo e, no Brasil, é possível ver seus reflexos na Constituição Federal de 1988, principalmente, em seus arts. 182 e 183. Na realidade, desde a década de 1960, iniciaram-se no país movimentos estruturais da questão fundiária nas zonas rural e urbana. No entanto, durante a ditadura militar suspendeu-se tais reformas, que voltaram à tona nos anos 1970 e 1980, época em que os movimentos sociais começavam a ganhar mais relevância política<sup>4</sup>.

Com efeito, com a politização da questão urbana, compreendida como elemento fundamental para o processo de democratização da sociedade brasileira, a Carta Magna brasileira alterou o *status* jurídico das cidades, para reconhecer a plena urbanização do país. Dez anos mais tarde, o Estatuto da Cidade fez previsão expressa à garantia do direito a cidades sustentáveis<sup>5</sup>.

### A cidade e suas funções sociais

Atualmente, pelo menos assim se depreende do Estatuto da Cidade e do campo doutrinário, percebe-se que a cidade, antes de ser um espaço físico, é também um espaço social, de onde parte a ideia das funções sociais da cidade.

<sup>3</sup> Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Relatório Brundtland*. 1987. Disponível em: <<http://ambiente.files.wordpress.com/2011/03/brundtland-report-our-common-future.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2014.

<sup>4</sup> SAULE apud LUCENA, Felipe Campos; SILVA, Maria Eliza Lemos Scheller Pereira. O direito à cidade sustentável como direito fundamental. *Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi*, 2008.

<sup>5</sup> Idem.

O modelo de cidade moderna encontrado na Carta de Atenas de 1993 é visto sob a ótica sujeito-objeto, da racionalidade e da funcionalidade inerentes ao conhecimento técnico-científico, com espaços bem definidos para a habitação, o trabalho, o lazer, a circulação e o patrimônio histórico. Nesse contexto, o Estado surge como organismo neutro voltado para a realização do bem comum, executor dessas políticas, de maneira que a garantia das funções da cidade recai ao executivo.

A habitação é vista como o principal refúgio do núcleo familiar, sendo necessário, pois, salvaguardar moradias fixas e dignas concretizando o acesso a todos os habitantes. O trabalho é essencial para que a vida urbana funcione, mas, com expansão do maquinismo, rompeu-se com a antiga organização do trabalho que deixou de ser próximo à moradia do cidadão, causando desordem. O lazer, os espaços de recreação que acolham atividades coletivas, são imprescindíveis à realização integral do ser humano e devem ser bem conservados e destinados. A circulação ou mobilidade, deve ser vista como processo eficiente e integrado de fluxo de pessoas e bens envolvendo todas as formas de deslocamento. Finalmente, tem-se a preservação da herança do passado como salvaguarda dos testemunhos da vida contínua cidadina.

Tais funções da cidade, que serviram de base do planejamento urbano (fragmentado) durante décadas, foram alvo de críticas, principalmente pelo segmento urbanista, fazendo surgir a Nova Carta de Atenas em 1998, revisada em 2003.

Este documento, cunhado pelo Conselho Europeu de Urbanistas, concentra-se nos habitantes, abordando dez funções para cidade que se referem às cidades europeias, mas com a pretensão de serem aplicadas em qualquer cidade do mundo. Os novos conceitos são: uma cidade para todos, que deve buscar a inclusão das comunidades através da planificação espacial, e medidas sociais e econômicas que por si só devam combater o racismo, a criminalidade e a exclusão social; a cidade participativa, desde o quarteirão, o bairro, o distrito, o cidadão deve possuir espaços de participação pública para a gestão urbana, conectados numa rede de ação local<sup>6</sup>.

Ainda mais recente é a Carta Medellín, criada em abril de 2014 em decorrência do Sétimo Fórum Urbano Mundial ONU-Habitat realizado na Colômbia. O texto é inspirador e respira a experiência de Medellín como cidade,

mas não pretende apresentá-la como o modelo a ser seguido nem torná-la eixo da argumentação, fundamentalmente porque não trata de prevalecer no espírito universal das urbes, mas simplesmente ilustrar com Medellín

<sup>6</sup> GARCÍAS, Carlos Mello; BERNARDI, Jorge Luiz. As funções sociais da cidade. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 4, 2008.

algumas formas de gestão do público, em particular, do urbano. Também fala sobre os profundos desafios de nossa cidade, no que toca à equidade, à violência, à educação, à participação dos cidadãos e à cultura da legalidade; e convida a pensar alternativas viáveis para abordar estes assuntos<sup>7</sup>.

O conteúdo desta última Carta mostra-se muito mais integrado aos anseios atuais de sustentabilidade, compatibilizando a gestão e a governabilidade da cidade com os seguintes pilares: territorial, populacional, político, institucional, econômico, social, cultural e ambiental, a partir de um pensar integral do local e do contexto, levando em consideração a cidadania.

### A cidade sustentável como direito difuso

O direito à cidade sustentável surge (em um viés positivo-legalista) no momento em que a qualidade de vida urbana recebe influxos constitucionais, dotando-a de força normativa vinculante, de maneira que, a todas as pessoas deve ser assegurado o direito a uma cidade e ao seu usufruto dentro dos princípios da sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social<sup>8</sup>.

Remarca-se que o direito não é a qualquer cidade, mas a uma cidade sustentável, ou seja, que cumpra suas funções sociais de maneira sustentável.

136

Usualmente, a sustentabilidade é confundida com preservação do meio ambiente para as gerações futuras. No entanto, calha citar aqui um conceito mais abrangente que envolve uma concepção pentadimensional (econômico, social, ambiental, territorial e cultural), segundo o qual a sustentabilidade é alcançada quando se alia o desenvolvimento econômico a ações que não são excludentes do ponto de vista social e ao mesmo tempo harmônicas com o meio ambiente. O aspecto territorial se manifesta na ideia de que toda ação é pensada dentro de um determinado território e depende de um planejamento, e a dimensão cultural é voltada para a necessidade de preservar a identidade dos habitantes daquele espaço, com respeito à diferença e ao pluralismo. As cinco dimensões devem ser levadas em conta simultaneamente em termos de planejamento, para que as políticas públicas sejam coerentes e eficientes<sup>9</sup>.

Assim, pode-se dizer que o direito à cidade sustentável está atrelado à democracia, na medida em que “visa garantir condições dignas de vida, de exercer plenamente a cidadania e os direitos humanos (civis, políticos, econômicos,

<sup>7</sup> SÉTIMO FÓRUM URBANO MUNDIAL – ONU-HABITAT. *Carta de Medellín*. 2014. Disponível em: <<http://en.urbansolutionsplatform.org/CartaMed/pdf/CartaMedellin-Portugues.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2014.

<sup>8</sup> LUCENA; SILVA, 2008, op. cit.

<sup>9</sup> Ideias desenvolvidas no âmbito do grupo de pesquisa GT Função Social da Propriedade, dentro do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas – NUJUP, vinculado à FMD e PPGD, em 2013.

sociais, culturais e ambientais), de participar da gestão da cidade, de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado”<sup>10</sup>.

Por óbvio, trata-se de interesse difuso, uma vez que é atribuído a toda sociedade, ou seja, seus titulares são pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato por habitarem em um mesmo espaço físico e político. Afinal, todos os habitantes da cidade são afetados pela maneira como se desenvolvem suas funções sociais.

Alguns autores consideram o direito à cidade sustentável como direito fundamental.

Para eles, o direito à cidade sustentável apresenta coerência harmônica com os objetivos do Estado brasileiro e os mesmos propósitos dos princípios da dignidade humana e da solidariedade que são núcleos centrais legitimadores dos direitos fundamentais, além de constituir norma de ordem pública e interesse social, conformando-se com o princípio constitucional da função social da propriedade<sup>11</sup>.

Nessa condição, o direito fundamental à cidade sustentável possui aplicabilidade imediata e máxima efetividade, o que significa uma postura ativa do Estado para criar pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo desse direito, sob pena de responsabilizar-se civil, administrativa e criminalmente.

Faz sentido, portanto, que, tanto a aplicação quanto a interpretação dessa norma devam garantir-lhe capacidade máxima de regulamentação e de realização, conferindo eficácia aos existentes instrumentos que veem nela sua finalidade última.

137

### O direito à cidade materializado pelo Estatuto da Cidade

Na visão de Edésio Fernandes<sup>12</sup>, o conceito de direito à cidade utilizado na América Latina, e que inspirou o Estatuto da Cidade brasileiro, foi cunhado pelo filósofo e sociólogo francês Henri Lefebvre, nas décadas de 1960 e 1970.

Em breves linhas, a teoria de Lefebvre aponta a necessidade de se desvencilhar do liberalismo tradicional para formar um novo pacto social, fruto de um novo projeto social que cuide de reformar o Estado de Direito e a democracia representativa, gerando qualidade de cidadania por meio do direito à cidade.

Trata-se de um novo pacto político, em contraposição ao pacto liberalista ainda dominante na América Latina, para reconhecer e legalizar os direitos dos

<sup>10</sup> LUCENA, Felipe; SILVA, 2008, op. cit.

<sup>11</sup> Ibid, 2008.

<sup>12</sup> FERNANDES, Edésio. *La construcción del derecho a la ciudad en Brasil*. 2014. Disponível em: <<http://derechoalaciudadflasco.files.wordpress.com/2014/01/edesio-fernandes-la-construccion-del-derecho-a-la-ciudad-en-brasil.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2014.

cidadãos a participar de forma completa e ativa na sociedade política e civil como condição *sine qua non* para expansão e aprofundamento da democracia. A ampliação e efetivação dos direitos de cidadania são fundamentais para promover uma governabilidade democrática das cidades.

O filósofo francês estabelece, portanto, um elo entre as ideias de cidade, cidadania e democracia como possível solução às profundas mudanças socioeconômicas ocorridas durante os últimos séculos que criaram – ou aumentaram – o abismo existente entre os direitos do homem e o conjunto de direitos dos cidadãos, que permaneceram anacrônicos, comprometendo a existência mesma da ordem democrática.

Para Lefebvre, os cidadãos se definem pela forma como participam de uma rede de práticas sociais em sua família, profissão e em seu habitat – em uma cidade, região e/ou país – com a ordem estatal, estabelecendo vínculos com múltiplas culturas e obrigações a favor de uma sociedade pluralista.

Assim, segundo Henri Lefebvre, a qualidade da condição de cidadania hoje implica o reconhecimento de outros direitos políticos que estão abraçados aos requisitos da vida diária no mundo moderno, mas que, todavia, não se materializaram completamente. Deve-se, então, corrigir o desequilíbrio histórico resultante da ênfase excessiva dada aos valores típicos da produção capitalista do espaço urbano.

138

Foi a partir dessa teoria, que Lefebvre transforma a cidade em direito, representando o direito dos residentes das cidades a desfrutar completamente da vida urbana com todos os serviços e vantagens e também a tomar parte na gestão das cidades<sup>13</sup>.

Para Edésio Fernandes<sup>14</sup>, tal conceito é entendido com uma perspectiva filosófica e política combinadas que brinda a essência da formulação tanto de um discurso geral sobre os direitos e a justiça social como para um enfoque mais específico do desenvolvimento urbano, também baseado nos direitos (de cidadania). Segundo a ótica do autor, falta ao conceito de Lefebvre um teor de direito legal, que deve ser melhor explorado.

Fernandes<sup>15</sup> se apegua a essa questão, por acreditar na importância de uma discussão concatenada e fundamentada sobre o papel fundamental da lei no processo de urbanização. O autor pretende desvendar em que medida a ordem legal determinou o padrão exclusivista do desenvolvimento urbano, de maneira que a reforma urbana depende diretamente de uma reforma legal.

---

<sup>13</sup> LEFEBVRE apud FERNANDES, 2014, op. cit.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Idem.

Ainda que no Brasil a concreção ao direito a cidade tenha avançado, Edésio Fernandes<sup>16</sup> reconhece que existem graves problemas e obstáculos a superar com uma renovada mobilização sociopolítica no país para a completa adoção da nova ordem jurídica urbano-legal.

Segundo o autor, tais problemas e obstáculos existem em razão do fato de que a investigação urbana não deu atenção à função do ordenamento político-legal liberal na determinação dos padrões exclusivistas de desenvolvimento urbano. Os obstáculos são, portanto, as disposições obsoletas da ordem legal urbanística dominante.

Nesse contexto, Fernandes considera que o Estatuto da Cidade conseguiu, de certa forma, romper com o tratamento individualista próprio do legalismo liberal, responsável pela tradição de planejamento tecnocrático, baseado em regras urbanísticas com desejos elitistas que desconsideram as realidades socioeconômicas locais.

Ele enxerga o Estatuto da Cidade como a representação da doutrina de Lefebvre por representar a união de quatro dimensões principais: a conceitual, que traz elementos para interpretar o princípio da função social da propriedade e da cidade; a regulação de novos instrumentos legais, urbanísticos, financeiros para que os municípios construam e financiem uma ordem urbana diferente; a identificação de instrumentos legais para a completa regularização de assentamentos informais em zonas urbanas privadas e públicas; a necessidade de integrar planejamento, legislação e gestão urbanas.

Deste modo, para Fernandes<sup>17</sup>, o Estatuto da Cidade abriu um novo conjunto de possibilidades para construir e financiar um novo ordenamento urbano que é simultaneamente mais eficiente no econômico, mais justo no político e mais sensível às questões sociais e ambientais, além de democratizar o processo de tomada de decisão em relação ao planejamento urbano.

No entanto, ele mesmo pondera que a efetivação do Estatuto da Cidade dependerá de reforma das ordens urbano-legais pelos municípios, pois que seu papel é essencial para que o padrão exclusivista possa ser revertido.

## **A FORÇA SIMBÓLICA DA LEI (DIREITO)**

Conforme salientado no capítulo anterior, o direito difuso à cidade sustentável, considerado como direito fundamental e/ou materializado no Estatuto da Cidade, só tem sentido na medida de sua efetivação pelos Municípios e cidadãos. Contudo, treze anos após a publicação do Estatuto da Cidade, é perceptível como esse direito ainda está longe de ser alcançado.

<sup>16</sup> LEFEBVRE apud FERNANDES, 2014, op. cit.

<sup>17</sup> Idem.

Edésio Fernandes aposta em uma reforma urbanística-legal. No entanto, verifica-se que vários Municípios reproduziram o teor do Estatuto ou mesmo detalharam os instrumentos de forma a adequá-los, em alguma medida, à realidade local e, mesmo assim, não há efetivação.

Ainda se vê Planos Diretores e leis municipais copiados de outros municípios, falta de pessoal e de gestão pública, planejamento fragmentado, ação política das secretarias do executivo segmentada entre si e desconexa com ação legislativa. Diante disso, pergunta-se qual é a real intenção do Estado perante o Estatuto da Cidade (e ao Direito à Cidade Sustentável), o qual, claramente, está dotado de força simbólica.

Sobre essa força simbólica da legislação, calha tecer algumas considerações com base em Marcelo Neves<sup>18</sup>.

O autor define a legislação simbólica a partir de três objetivos: a) confirmar valores sociais; b) demonstrar a capacidade de ação do Estado; c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios. Assim, a legislação simbólica consiste na “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”<sup>19</sup>.

140

O caráter simbólico é reconhecido por sua falta de normatividade e revela o sentido político do ato de produção da lei e do texto legal produzido, prevalecendo hipertroficamente sobre o aparente sentido normativo-jurídico<sup>20</sup>.

Sobre o primeiro objetivo supramencionado, trata-se de norma que diferencia grupos e respectivos valores ou interesses, significando uma prevalência de concepção valorativa de determinada facção social<sup>21</sup>.

O segundo objetivo também se denomina legislação-álibi, cujo escopo é fortalecer a confiança dos cidadãos no respectivo governo. Isso ocorre, algumas vezes, por pressão direta do público, ou seja, a lei é elaborada para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que haja o mínimo de condições de efetivação. Outras vezes, ocorre como reação solucionadora imediata face à insatisfação popular. Nada mais é, portanto, do que a tentativa de aparentar soluções aos problemas sociais ou, no mínimo, de convencer o povo das boas intenções do legislador<sup>22</sup>.

O terceiro objetivo revela que as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio de ato legislativo, apesar do mesmo ser aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, o que só ocorre porque está presente

<sup>18</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF, 2007.

<sup>19</sup> 2007, op. cit., p. 30.

<sup>20</sup> Op. cit., p. 31.

<sup>21</sup> Op. cit., p. 35.

<sup>22</sup> Idem.

a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. Logo, o acordo funda na aparência da solução do conflito para um futuro indeterminado e não no conteúdo do diploma normativo<sup>23</sup>.

Desse modo, para o autor em comento, a força simbólica de uma norma ocorre quando ela não tem efetividade, ou seja, quando suas diretrizes estão pendentes de aplicação ou concretização, ainda que possa ser eficaz:

A eficácia diz respeito à realização do programa condicional, ou seja, à concretização do vínculo ‘se-então’ abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal, enquanto efetividade se refere à implementação do programa finalístico que orientou a atividade legislativa, isto é, a concretização do vínculo ‘meio-fim’ que decorre abstratamente do texto legal<sup>24</sup>.

Marcelo Neves, portanto, começa a retirar o véu que cobre as verdades por detrás de um direito ou lei que não se concretiza na realidade em razão de uma superexploração do direito pela política.

### ALÉM DO SIMBOLISMO, À COLONIALIDADE<sup>25</sup>

Sobre a cidade, o arquiteto urbanista espanhol Gabriel Alomar Esteve<sup>26</sup> constata que: “La ciudad siempre ha sido un centro dominador; antes política y militarmente; hoy económica y culturalmente”.

Tal exame da realidade é, na verdade, uma constatação da colonialidade vivenciada pela sociedade e, conseqüentemente, reproduzida na legislação.

Sobre esse tema, é interessante trazer à baila o entendimento do autor colombiano Ricardo Sanín expresso em sua obra *Teoría Crítica Constitucional*. Sem se apegar tanto a uma solução pacífica e concreta, Sanín se preocupa em retirar o véu que encobre as verdades sobre nossa sociedade. Dessa forma, o autor aflo- ra circunstâncias ocultas ao entranhar-se no estudo sobre a teoria constitucional e a democracia, elucidando com maior profundidade o porquê da falta de efetividade da lei ou de alguns direitos. Trata-se de abordagem que explica o advento do simbolismo através da colonialidade.

Primeiramente, antes de discorrer sobre a teoria do autor colombiano, vale citar o que ele entende sobre colonialismo e colonialidade, já que esse último termo não é de conhecimento geral.

<sup>23</sup> Neves, 2007, op. cit.

<sup>24</sup> Op. cit., p. 48.

<sup>25</sup> As ideias discutidas especialmente neste capítulo sobre a teoria do autor Ricardo Sanín foram primeiramente explanadas pela Professora Doutora Marinella Araújo, na disciplina de mestrado denominada Teoria do Direito Público, ofertada pela PUC Minas, no primeiro semestre de 2014.

<sup>26</sup> ALOMAR, Gabriel Esteve. *Teoría de la ciudad*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1980, p. 85.

Entendemos por colonialismo uma intervenção directa de domínio del territorio de la administración y el gobierno, es decir una presencia directa de las fuerzas invasoras, como el caso de la Corona española sobre sus colonias en América, entendemos por colonialidad su transformación a diferentes tipos de dominio económico, ideológico y de penetración de fórmulas jurídicas que determinan el tejido de los entes coloniales, sin necesidad de una ocupación permanente del territorio y cumplida a través de imposiciones que van desde subordinación en organismos multilaterales, asesinatos selectivos, bases militares, hasta la imposición sutil y efectiva de escuelas de pensamiento, especialmente en el derecho, tal es el caso de la dominación de Estados Unidos, desde la Doctrina Monroe sobre América Latina<sup>27</sup>.

Percebe-se, portanto, que a colonialidade é uma versão sofisticada do colonialismo. Para o autor, a colonialidade é a face oculta da modernidade. O que quer dizer que até hoje a sociedade está imersa na modernidade.

Independentemente do que se aprende comumente sobre início e fim da modernidade, é fato incontroverso que se trata de uma visão de mundo vinculada à ideia de progresso, desenvolvimento do capitalismo e estabelecimento da autonomia da razão. Em geral, aprende-se que a modernidade foi superada pela pós-modernidade, representada pelas crises das ideologias do século XX.

142

No entanto, Ricardo Sanín denuncia que ainda estamos presos à modernidade. Toda a estrutura da sociedade está amarrada nos ideais modernos acima aludidos. Com efeito, ainda hoje, o único conhecimento que validamos é aquele cujo método perpassa a racionalidade. O capitalismo e o progresso veiculados pelo liberalismo estão presentes nas decisões e ações estatais, se não explicitamente, implicitamente. Vive-se com a ideia de referenciais a serem alcançados. Referenciais estes unificados e homogeneizados, baseados em modelos eurocêntricos ou estadunidenses cuja maioria das pessoas não se identifica, mas permanece no sonho de se encaixar. O povo e a sociedade plural foram reduzidos a uma única cultura, a um único ser.

É evidente, e aqui não se descarta, que a modernidade trouxe benefícios à humanidade. Contudo, não se pode continuar negando as formas de colonialidade que ela traz, de maneira a priorizar sempre o *status quo* determinado por um pequeno grupo empoderado e reproduzido por toda a sociedade.

A partir disso, Sanín delata que apesar de nos aclamarmos como Estado Democrático de Direito, esta democracia é uma democracia de baixa intensidade. O autor resgata a origem etimológica do termo, que significa governo do povo e para o povo, apontando a democracia como o lugar natural para instalação do

---

<sup>27</sup> SANÍN, Ricardo. *Teoría crítica constitucional*. México, 2013, p. 118.

conflito político. Resgata-se o ambiente político amplo e não partidário como algo a não ser temido (ao contrário do que o liberalismo prega), mas produtivo ao expressar a vontade popular essencialmente díspare e plural. O sistema moderno de institucionalização, inclusive do ambiente político, ao invés de garantir direitos através de uma falsa ideia de organização e ordem é, na realidade, um processo de abdução da vontade popular, por apaziguar o conflito e transformar a política em apolítica.

Após essa breve explanação da teoria de Sanín, começa-se a compreender o que está por trás da não efetividade do direito positivado.

Com a modernidade, a forma de explicação pela divindade é substituída pela razão. Ocorre que o discurso racional é preconceituoso, vez que sua base fundamental está equivocada: ele se fundamenta em um modelo único de conhecimento. E essa ideologia é entranhada também no direito, na medida em que a racionalidade é o seu fundamento de efetividade.

O direito tornou-se uma representação da ordem e da segurança. Tornou-se um instrumento apaziguador. Elimina-se o político e em seu lugar coloca-se o direito. E não se trata aqui, de um direito acessível a todos, mas um direito com linguagem encriptada, compreendida por um grupo pequeno que o manipula a seu favor.

Em uma sociedade ainda inserida na modernidade, a única maneira de criar direitos é por meio da positivação. No entanto, o que não está visível aos olhos é a perversidade por trás desse sistema, que em última análise, trata-se da tensão entre o direito e a democracia. Criar direitos através de leis é encriptar sua aplicabilidade, porque a lei não está conectada com políticas públicas, que são opções ou ações do governo (executivo).

O direito nasce no legislativo para não funcionar. O “*apartheid*” entre legislativo e executivo ou entre direito e ciência política desmobiliza qualquer ação. Não é o judiciário que garante direitos. É o executivo.

Positiva-se um direito não para que ele seja aplicado, mas para apaziguar, iludir o povo (e aí está mais uma forma de colonialidade). Ora, em uma democracia o papel do direito não é apaziguar, já que a essência da democracia é o conflito.

Dessa forma, no que tange ao direito à cidade sustentável, garantido expressamente pelo Estatuto da Cidade, sabe-se que não é algo fácil de se alcançar, o que não justifica ações fragmentadas e incoerentes que se tem realizado em seu nome. Independentemente de ser regra ou princípio, é uma diretriz a nortear todas as ações governamentais, que só vai funcionar a partir de um planejamento integrado e participativo, desde que observadas certas condições.

Tendo em vista que, como explicado no capítulo primeiro, o direito à cidade sustentável está atrelado à democracia, na medida em que pressupõe a concretização de direitos humanos exercidos com cidadania, e sendo essência desse direito a própria pluralidade, que refletirá nas formas de moradia, trabalho, lazer,

deslocamento, enfim, o direito difuso à cidade sustentável não deixará de ser uma falácia ou um símbolo, ainda que se planeje de forma integrada e participativa, enquanto as bases que sustentam a sociedade não se libertarem da colonialidade, sob pena desse discurso ter caráter apenas retórico.

Enquanto vivermos e reproduzirmos esse sistema social contraditório, os direitos continuarão simbólicos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diz-se que o caos urbanístico que vivenciamos hoje nas cidades é fruto de um planejamento inexistente, ruim ou tecnocrático. Anualmente, são realizadas conferências e encontros internacionais voltados para a discussão do direito à cidade sustentável, como aposta de solução à segregação espacial, exclusão social, poluição, produção excessiva de lixo, falta de mobilidade, falta de moradia adequada, e por aí vai.

Na década de 1970, o filósofo francês Henri Lefebvre já denunciava que o vínculo entre democracia, cidadania e cidade precisava de uma renovação, por meio de um novo pacto social, livre do liberalismo tradicional e que garantisse a plena participação popular. Para Edésio Fernandes, essa foi a ideia precursora do direito à cidade.

144

No Brasil, em 2001, foi promulgado o Estatuto da Cidade, internacionalmente aclamado por conjugar participação popular e cidade sustentável, elencando diretrizes e instrumentos para políticas públicas urbanas. No entanto, 13 anos depois, o executivo ainda engatinha rumo à pretensa concretização do direito difuso à cidade sustentável.

### Quais seriam as razões para essa falta de efetividade?

Segundo a teoria de Marcelo Neves, falta força normativa à lei, que é meramente simbólica, o que ocorre quando o direito é submetido a instrumento político partidário cujo único escopo é se manter no poder, garantindo o *status quo*, promulgando direitos seja para confirmar valores sociais, para fortalecer a confiança dos cidadãos no governo ou por necessidade de solucionar conflitos de forma aparente.

Vive-se na cultura social, o ideal kantiano de que o direito positivado gera garantias e segurança. Confia-se cegamente na força normativa coercitiva do direito posto, como forma de organização da sociedade.

O que não se percebe, é a falácia por detrás desse sistema, denunciada por Ricardo Sanín. Mais do que simbólico, o direito é encriptado, é instrumento de colonialidade, meio de apaziguar o povo e reproduzir o espaço apolítico, contradizendo a ideia democrática de poder pelo povo e para o povo.

A realidade da cidade apenas reproduz essa forma de dominação, e não é a positivação de um direito que irá mudar isso, muito menos sua interpretação como direito fundamental. Em termos de concretude, isso não quer dizer nada.

O que este artigo pretende estampar, é que a produção de leis e a criação de diferentes interpretações objetivando efetivar direitos, não passam de discursos retóricos enquanto as bases da sociedade ainda estão cravadas na modernidade.

Assim, o direito difuso à cidade sustentável é, na verdade, uma estratégia de embromação, criada para iludir o povo, sendo que sua efetivação está diretamente vinculada à efetivação da democracia.

### REFERÊNCIAS

ALOMAR, Gabriel Esteve. *Teoría de la ciudad*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1980.

CIAM-Congresso Internacional de Arquitetura Moderna. *Carta de Atenas*. 1993. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=233>>. Acesso em: 3 ago. 2014.

Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Relatório Brundtland*. 1987. Disponível em: <<http://ambiente.files.wordpress.com/2011/03/brundtland-report-our-common-future.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2014.

FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Org.). *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, volume único.

FERNANDES, Edésio. *La construcción del derecho a la ciudad en Brasil*. 2014. Disponível em: <<http://derechoalaciudadflaco.files.wordpress.com/2014/01/edesio-fernandes-la-construccion-del-derecho-a-la-ciudad-en-brasil.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2014.

GARCIAS, Carlos Mello; BERNARDI, Jorge Luiz. As funções sociais da cidade. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 4, 2008.

LUCENA, Felipe Campos; SILVA, Maria Eliza Lemos Scheller Pereira. O direito à cidade sustentável como direito fundamental. *Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi*, 2008.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF, 2007.

SANIN, Ricardo. *Teoria crítica constitucional*. México, 2013. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat; Universidad Autónoma de San Luis Potosí; Educación para las Ciencias en Chiapas.

SÉTIMO FÓRUM URBANO MUNDIAL – ONU-HABITAT. *Carta de Medellín*. 2014. Disponível em: <<http://en.urbansolutionsplatform.org/CartaMed/pdf/CartaMedellin-Portugues.pdf>>. Acesso em 3 ago. 2014.

Data de recebimento: 29/11/2014

Data de aprovação: 01/07/2015



# DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA: TENSÃO ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

## FUNDAMENTAL RIGHTS AND DEMOCRACY: TENSION BETWEEN FREEDOM OF PRESS AND PRESUMPTION OF INNOCENCE

Luanda de Souza Lima\*

Leonardo Augusto Marinho Marques\*\*

### RESUMO

A mídia possui importante papel perante a sociedade democrática, informando e, principalmente, instruindo indivíduos, os quais cientes dos problemas que assolam a sociedade e o Estado, podem neles interferir, buscando soluções. Entretanto, muitas vezes, amparada na liberdade de imprensa e na busca pela verdade real, a atuação midiática acaba por violar direitos fundamentais, como a presunção de inocência, a dignidade e a privacidade, dentre outros. Trata-se de exercício arbitrário do direito de informar. Não raras vezes, observa-se a estigmatização do indivíduo por meio de sua exposição pela mídia, mormente quando o evento divulgado relaciona-se com a seara dos direitos penal e processual penal. Nesse contexto, observa-se um conflito entre a liberdade de imprensa e os direitos individuais, especialmente a presunção de inocência, mostrando-se relevante a atuação estatal na busca da harmonização entre ambos.

**Palavras-chave:** Presunção de inocência; Liberdade de imprensa; Mídia; Atuação estatal; Harmonização.

### ABSTRACT

The media has an important role in democratic society, informing and, mainly, instructing individuals, who aware of the problems that plague

\* Graduada em Direito pela UFMG. Correspondência para/*Correspondence to*: R. Goiás, 253, Bairro Centro, Belo Horizonte/MG, CEP: 30.190-030. E-mail: luandasl@gmail.com. Telefone: (31) 3237-6100.

\*\* Doutor em Ciências Penais pela UFMG. Correspondência para/*Correspondence to*: Av. Barão Homem de Melo, 4500/1306, Bairro Estoril, Belo Horizonte/MG, CEP: 30.494-270. E-mail: leonardo@leonardomarinho.com.br. Telefone: (31) 3281-5501.

society and the state can interfere in them, looking for solutions. However, often supported with press freedom and the search for the real truth, the media acting ends up violating fundamental rights such as the presumption of innocence, dignity and privacy, among others. It is an arbitrary exercise of the right to inform. Often, there is stigmatization of individuals through their exposure in the media, especially when the event disclosed relates to the harvest of criminal law and criminal procedure. In this context, there is a conflict between press freedom and individual rights, especially the presumption of innocence, showing it is relevant to state action in the pursuit of harmonization of both.

**Keywords:** Presumption of innocence; Freedom of the press; Media; State action; Harmonization.

## INTRODUÇÃO

A liberdade de imprensa decorre da liberdade de pensamento e de expressão, e se consubstancia como princípio constitucional provedor da democracia. Trata-se, em última instância, de direito fundamental coletivo.

Atuando de forma livre e plena, os meios de comunicação abordam problemas, necessidades e temas de interesse social, contribuindo para o debate democrático que abrange as questões públicas. A imprensa não só constitui elemento de informação sobre fatos e notícias, mas, também, desempenha importante papel como formadora de opinião<sup>1</sup>.

Por ser formadora de opinião e interferir no debate público, o poder da mídia entra em evidência na sociedade democrática. Se, originariamente, a liberdade de imprensa consistia em uma garantia individual de plena informação frente ao poder do Estado, atualmente, ela denota um poder capaz de afetar não somente o Estado, mas também direitos dos cidadãos<sup>2</sup>. Naturalmente, a democracia há de impor algum limite à liberdade de imprensa como forma de afirmação de outros direitos fundamentais.

Decerto, a afetação de direitos particulares se torna mais crítica em sede de direito penal e processual penal. Há de se considerar que o fato penal sempre desperta o interesse da população, ainda que a intensidade varie conforme o caso. Dados sobre o autor e a vítima e detalhes do fato atraem a curiosidade de milhares de pessoas, que encontram na imprensa a fonte imediata de informação.

Conhecendo o interesse natural que a sociedade nutre pelas circunstâncias de um fato penal, a mídia promove ampla cobertura da investigação e do julgamento.

<sup>1</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon. *A imprensa, a proteção da intimidade e o processo penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, out./dez. 1993, v. 89, n. 324, p. 64.

<sup>2</sup> MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 4.

Atraindo a atenção do público, ela potencializa a venda de espaços para anunciantes, aumentando seus lucros. Surge, então, a preocupação de que a cobertura do fato penal passe a se orientar mais pela lógica do mercado do que pela proteção de direitos fundamentais, como intimidade, honra, imagem, devido processo legal e presunção de inocência.

A velocidade e o alcance das informações ocasionam sérios prejuízos para a democracia. Em vez de se limitar a narrar o ocorrido, a imprensa parte para a valoração subjetiva do jornalista-narrador<sup>3</sup>, mesmo que de forma indireta ou subliminar. Compreendendo erroneamente a liberdade de imprensa como uma garantia absoluta, os órgãos de comunicação ultrapassam a barreira da informação. Eles expõem a vida das pessoas e promovem o pré-julgamento do caso.

O artigo enfrenta a tensão entre a liberdade de imprensa e a presunção de inocência. Constitucionalmente, o acusado tem o direito de ser julgado na forma do devido processo legal, com a ampla proteção do estado de inocência, sem a qual não exercerá o contraditório e o direito de defesa. O princípio da presunção de inocência, em sua especial projeção como regra de tratamento, impede que o investigado e o acusado sofram prejuízo decorrente de eventual juízo de censura promovido pela imprensa. Como referencial teórico, a presunção de inocência permite enfrentar as vicissitudes do tratamento midiático do caso penal. Pretende-se demonstrar que a imprensa retira o julgamento da instância competente (justiça) e minimiza o papel das instituições democráticas (magistratura, ministério público e defesa), fomentando o julgamento imediato pela opinião pública, em flagrante violação à Constituição e aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

## **A LIBERDADE DE IMPRENSA COMO VETOR DE INFORMAÇÕES**

No art. 5º, IX, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Da disciplina do dispositivo em referência, infere-se o princípio da liberdade de imprensa, corolário que norteia a atividade comunicativa da mídia atual e que se encontra inexoravelmente atrelado ao direito de informar.

De se considerar, porém, que, no constitucionalismo moderno, inexistem direitos fundamentais absolutos. A limitação é uma de suas características. E, especificamente, no que diz respeito aos limites da imprensa no exercício do direito de informar, a Constituição traça diretrizes a serem observadas. O

---

<sup>3</sup> SOUZA, Artur César de. Caso Suzane Louise Von Richthofen e irmãos Cravinhos – a influência da mídia na (im)parcialidade do Tribunal do Júri. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, mar. 2007, v. 34, n. 105, p. 74.

art. 220, § 1º, dispõe que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”, mas faz ressalva expressa às garantias previstas no art. 5º, nos incisos IV, V, X, XIII e XIV. Assim, a liberdade de manifestação do pensamento, o direito de resposta, a inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, a liberdade de trabalho e o acesso à informação e sigilo da fonte precisam sempre ser consideradas juntamente com a liberdade de imprensa.

Atendendo-se à regra da máxima observância e mínima restrição dos direitos fundamentais, verifica-se que, em que pese a magnitude da liberdade constitucionalmente conferida à imprensa, sua atividade comunicativa deve harmonizar-se com outros direitos fundamentais previstos nos supracitados incisos do art. 5º da Constituição.

Em idêntico sentido, o art. 221, IV, aponta mais uma cláusula a ser observada no exercício da liberdade de imprensa. A produção e a programação das emissoras de rádio e de televisão devem respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Por meio de uma liberdade de imprensa plena, embaraçada apenas por limitações constitucionais, os canais de comunicação podem transmitir à sociedade informações das mais variadas espécies, passando por programas de simples entretenimento, até o campo da difusão de informação propriamente dito, por meio de jornais ou de outros programas informativos (escritos e audiovisuais).

Logicamente, dentre tantos fatos, a liberdade de imprensa se depara com o caso penal. E, nesse instante, o direito de informar precisa harmonizar-se com outros direitos fundamentais, que incidem sobre o fato penal. Nesse quadro de possível tensão entre direitos, os órgãos de comunicação não podem amparar-se na liberdade de imprensa para violar direitos da personalidade, nem para anular as garantias do processo constitucional. Concretamente, a mídia deve contentar-se “em relatar o que a justiça faz, criticando-a quando necessário”, jamais deve “oferecer uma representação mais fiel da realidade do que as ‘ilusões’ processuais”<sup>4</sup>.

## A importância da liberdade de imprensa na sociedade democrática

A liberdade de imprensa cumpre importante papel na sociedade moderna, na medida em que contribui para a divulgação de informações relevantes, que permitem ao cidadão formar opinião e expressar seu pensamento, posicionando-se diante de temas de interesse coletivo. Ao ser livre para informar, buscar informações

<sup>4</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 75.

e ser informado, o indivíduo passa a ter condições de saber o que acontece na sociedade local ou mundial.

O grande avanço tecnológico das últimas décadas permitiu que as notícias comesçassem a ser difundidas poucos minutos após a ocorrência do fato. A instantaneidade consolidou o papel da mídia como vetor do direito fundamental de informação do indivíduo.

Nesse diapasão, o princípio da liberdade de imprensa também se afirmou como princípio relevante para a concretização da democracia. Além de assegurar o direito à informação, ele possibilita o exercício da cidadania, seja criando condições para que os cidadãos interfiram nos temas que são relevantes para a vida em sociedade, seja permitindo que eles conheçam e fiscalizem as atividades de seus representantes e, via de consequência, do Estado<sup>5</sup>, passando, então, a intervir na vida política do país.

Cite-se, como exemplo, o movimento “Caras Pintadas”, ocorrido em 1992, em que, após a difusão pela mídia de notícias sobre os desvios de dinheiro público ocorridos no governo Collor, vários jovens foram às ruas reivindicar o *impeachment* do presidente<sup>6</sup>.

Deve-se reconhecer que, no âmbito penal, a liberdade de imprensa também desempenha papel essencial na sociedade democrática. Ao divulgar informação

<sup>5</sup> Importante transcrever os seguintes trechos dos votos proferidos pelos Min. Ayres Britto e Joaquim Barbosa, respectivamente, quando do julgamento da ADPF 130:

“Daqui já se vai desprendendo a intelecção do quanto a imprensa livre contribui para a concretização dos mais excelsos princípios constitucionais. A começar pelos mencionados princípios da ‘soberania’ (inciso I do artigo 1º) e da ‘cidadania’ (inciso II do mesmo artigo 1º), entendida a soberania como exclusiva qualidade do eleitor-soberano, e a cidadania como apanágio do cidadão, claro, mas do cidadão no velho e sempre atual sentido grego: **aquele habitante da cidade que se interessa por tudo que é de todos; isto é, cidadania como o direito de conhecer e acompanhar de perto as coisas do Poder, os assuntos da pólis. Organicamente. Militantemente. Saltando aos olhos que tais direitos serão tanto melhor exercidos quanto mais denso e atualizado for o acervo de informações que se possa obter por conduto da imprensa** (contribuição que a INTERNET em muito robustece, faça-se o registro).” (p. 37-38 do acórdão)

“Estamos todos plenamente conscientes e acordes quanto ao papel fundamental da Imprensa na sociedade moderna, sobre a sua natureza intrinsecamente fundante, enquanto direito fundamental de primeiríssima grandeza, e, claro, da sua magna importância na evolução e na consolidação de uma democracia, especialmente de democracias ainda em flor, como a nossa. É através da imprensa que os cidadãos se conscientizam dos problemas comuns da *pólis*; ela é fundamental na orientação e no esclarecimento conducentes à tomada de posição, pelos cidadãos, quanto à formação dos quadros dirigentes da nação, e quanto ao juízo a que todos nós temos direito de fazer acerca das políticas públicas implementadas pelos representantes eleitos.” (p. 108 do acórdão).

<sup>6</sup> DIAS, Luiz Antonio. Política e participação juvenil: os “caras-pintadas” e o movimento pelo *impeachment*. *Revista História Agora*, n. 4, jan. 2008. Disponível em: <[http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos\\_teses/2010/Historia/artigos/8dias\\_luiz\\_artigo.pdf](http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos_teses/2010/Historia/artigos/8dias_luiz_artigo.pdf)>. Acesso em: 31 maio 2015.

sobre a ocorrência de um delito ou de um determinado julgamento, a mídia viabiliza o controle da população sobre a apuração do fato, a produção da prova, a observância do devido processo, a reprovação adequada do fato, quando comprovada a responsabilidade penal, e o cumprimento da sanção aplicada. A divulgação de informação traz publicidade ao julgamento, e reduz a vulnerabilidade do sistema penal, dificultando a impunidade e a prescrição.

Não obstante todas as vantagens proporcionadas por uma imprensa livre, que viabiliza a discussão e a solução dos problemas políticos e sociais<sup>7</sup>, dentre outros, é preciso considerar que o direito fundamental à informação não possui caráter absoluto. A própria Constituição estabelece limites para o seu exercício, com vistas à afirmação de outros direitos fundamentais. Pode-se dizer que essa realidade se acentua quando a liberdade de imprensa se concentra sobre o caso penal.

### Lógica de mercado *versus* jornalismo investigativo

Os motivos que levam os meios de comunicação a fecharem os olhos para os limites do exercício do direito de informar, notadamente para os direitos da personalidade e para as garantias do devido processo, estão muito além do mero interesse de informar.

152

Garapon<sup>8</sup> salienta que não é em nome da virtude que a imprensa desempenha seu papel de contrapoder, mas sim por interesse, dentro de uma lógica de mercado. Do mesmo modo, afirma Batista<sup>9</sup> que o papel atual da mídia ultrapassa sua função comunicativa, pois existe uma vinculação mídia-sistema penal fundada em interesses econômicos.

Na seara penal, o veículo de comunicação que consegue obter o maior número de informações sobre determinada ocorrência, e que consegue entrevistas e documentos exclusivos sobre o caso, monopoliza a atenção do público. Consequentemente, desperta o interesse dos anunciantes, aumentando sua margem de lucro.

Ressalve-se, desde sempre, que a obtenção de lucros, por si só, não constitui prática condenável. O que se reprova é a ausência de limites, que resulta na ultraexposição do indivíduo, em clara afronta à dignidade humana e à cláusula do devido processo legal.

<sup>7</sup> GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; CHUEIRI, Miriam Fecchio. *O sistema constitucional, a liberdade de expressão e de imprensa – direito de crítica – político – limites frente à função social da informação*. São Paulo: Repertório de Jurisprudência IOB, 1 quinz. out. 2009, n. 19, v. III, p. 660.

<sup>8</sup> GARAPON, 1999, op. cit., p. 95.

<sup>9</sup> BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Biblioteca on-line de ciência da comunicação, Portugal, 2003, p. 3. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2015.

Conforme afirma Garapon<sup>10</sup>, “o fato de a mídia se submeter a uma lógica de mercado não é por si só embaraçoso, desde que ela não a negue, pretendendo falar apenas em nome da liberdade de informação”. Corroborando o pensamento do jurista, poder-se-ia afirmar que, respeitando os direitos da personalidade, o direito de resposta e o direito ao julgamento conforme o devido processo, nada impede que a imprensa seja livre e almeje o lucro.

Segundo a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – Abraji<sup>11</sup>, o chamado jornalismo investigativo<sup>12</sup> é sinônimo de jornalismo responsável, que envolve informações bem apuradas e oportunidade de fala para todos os lados. Consoante afirma Lucas Figueiredo<sup>13</sup>, constitui trabalho de pesquisa aprofundada, que demanda expressivos investimentos financeiros e, principalmente, tempo.

Mas, quando prevalece puramente a lógica de mercado, as garantias constitucionalmente albergadas sofrem prejuízos e o jornalismo investigativo cede lugar a um jornalismo precário, que prima pela instantaneidade da informação. Nesse quadro, não há tempo para o amadurecimento dos temas tratados<sup>14</sup>. A urgência não permite que se verifique a veracidade e a exatidão das informações que estão sendo transmitidas<sup>15</sup>.

A velocidade da informação associada à ampla exposição do investigado ou acusado gera um déficit irrecuperável de democraticidade. A opinião pública atua como juiz paralelo, o julgamento ocorre sem acusação formal e sem direito de defesa. Três importantes garantias do sujeito são esquecidas: “a delimitação de um espaço protegido, o tempo diferenciado do processo e a qualidade oficial dos personagens do seu drama social”<sup>16</sup>.

Fundamental observar, portanto, que o jornalismo responsável não perpassa exclusivamente pelo zelo com que o profissional trata cada informação obtida em seu trabalho. A responsabilidade exige respeito aos direitos fundamentais. Sem conhecer os limites constitucionalmente impostos à liberdade de imprensa, sua atuação será sempre temerária.

<sup>10</sup> GARAPON, 1999, op. cit., p. 79.

<sup>11</sup> Disponível em: <<http://abraji.org.br/?id=78>>. Acesso em: 31 maio 2015.

<sup>12</sup> Embora o termo *investigativo* seja criticado por alguns jornalistas, em virtude de sua banalização e sob o argumento de que todo jornalismo é investigativo, esta é a denominação mais utilizada pelo meio jornalístico, motivo pelo qual aqui também será adotada.

<sup>13</sup> FIGUEIREDO, Lucas. *Afinal, o que é jornalismo investigativo?* Blog do Lucas Figueiredo, Belo Horizonte, 24 ago. 2011. Disponível em: <<http://lfigueiredo.wordpress.com/2011/08/24/afinal-o-que-e-jornalismo-investigativo/>>. Acesso em: 31 maio 2015.

<sup>14</sup> SCHREIBER, Simone. A publicidade opressiva dos julgamentos criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, set./out. 2010, v. 18, n. 86, p. 341.

<sup>15</sup> MACCALÓZ, Salete Maria Polita. *O Poder Judiciário, os meios de comunicação e opinião pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 161-171.

<sup>16</sup> GARAPON, 1999, op. cit., p. 76.

## Jornalismo e ética: um horizonte possível

Para Valls<sup>17</sup>, “a ética é daquelas coisas que todo mundo sabe o que são, mas que não são fáceis de explicar, quando alguém pergunta”.

Segundo Chauí<sup>18</sup>, a ética compreende o conjunto de valores e obrigações que formam o conteúdo das condutas morais, isto é, as virtudes. Salienta que o agir ético pressupõe uma conduta consciente, livre e responsável do sujeito. Consciente de sua própria capacidade de julgar o valor dos atos e de agir em conformidade com os valores morais, sendo por isso responsável por suas ações e pelas consequências que delas advenham. O exercício desse poder deliberativo e decisório pressupõe liberdade.

Portanto, a conduta ética corresponde à conduta que se espera de um indivíduo frente a determinada situação, de acordo com o valor moral das ações sociais consideradas tanto no âmbito coletivo, como no individual.

No art. 221, IV, a Constituição dispõe que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão devem respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Trata-se de diretriz estabelecida com intuito de resguardar a dignidade da pessoa humana, tendo em vista o impacto negativo que as informações veiculadas pela imprensa podem causar na vida do sujeito, sobretudo quando a situação envolve os direitos penal e processual penal.

154

A ética nas atividades midiáticas é regulada pelo Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros, atualizado pela Federação Nacional dos Jornalistas em Congresso Extraordinário realizado na cidade de Vitória/ES em 2007.

Consoante afirma Taís Ferreira<sup>19</sup>, o Código de Ética estabelece “valores que são essenciais para o exercício do jornalismo, recordando à mídia sua função informativa, cidadã e educativa, possibilitando à sociedade um debate mais amplo e verdadeiro sobre comunicação”.

Assim, a fim de conciliar a liberdade de imprensa com os direitos fundamentais individuais é que o Código estabelece vários deveres éticos que o profissional da mídia deve seguir, para que não haja abuso do direito de informar, o qual possui via dupla, fazendo jus a ele tanto o emissor como o receptor<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> VALLS, Álvaro L. M. *O que é ética*. São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 7.

<sup>18</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000, p. 337.

<sup>19</sup> FERREIRA, Taís. *A importância do Código de Ética*. Campinas: Observatório da Imprensa, 28 ago. 2007, v. 11, n. 448. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/a-importancia-do-codigo-de-etica>>. Acesso em 31 maio 2015.

<sup>20</sup> STROPPA, Tatiana. *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 81.

Com base no Código, verifica-se que a ética jornalística exige conduta séria e responsável por parte dos profissionais que atuam junto aos meios de comunicação, sendo necessárias pesquisa e apuração aprofundadas das informações, antes de sua veiculação.

Além disso, os canais de comunicação devem respeitar os direitos individuais do cidadão, especialmente no que se refere à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, não sendo permitida a divulgação de informações com intuito de obter vantagem pessoal ou econômica, bem como a exploração de eventos delituosos de forma sensacionalista.

A responsabilidade social, decorrente do importante papel informador que a mídia possui, impõe que “a exposição midiática seja feita de forma ética, garantindo um jornalismo que traz mais benefícios do que ônus aos investigados e à própria sociedade”<sup>21</sup>.

Contudo, observa-se que, mormente em fatos que envolvem o direito penal, a imprensa tem ignorado os ditames do Código de Ética. Orientando-se pela lógica de mercado, e atentos aos índices de audiência, os canais de comunicação exploram o fato e os envolvidos, divulgando informações de caráter sensacionalista, que nem sempre estão comprovadas.

Não se desconhece as dificuldades que o modelo capitalista em que estão inseridos os veículos de comunicação – no qual, conforme se expôs anteriormente, a busca por maiores lucros demanda um jornalismo em tempo real, muitas vezes descomprometido com a verdade – impõem ao cumprimento dos deveres éticos<sup>22</sup>.

No entanto, esses valores não podem ser esquecidos, sob pena de a atividade midiática perder sua função social informativa, cidadã e educativa e tornar-se um canal de manipulação de informações e imposição da opinião que lhe for mais conveniente, ferindo diretamente a democracia.

Importante salientar que a veiculação comedida e moderada de informações, numa postura ética, responsável e comprometida com a dignidade da pessoa humana, não constitui embaraço à liberdade de imprensa, mas, antes, valoriza os próprios destinatários da atividade midiática<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> NERY, Ariane Andrade. *Considerações sobre o papel da mídia no processo penal*. (Monografia) Rio de Janeiro: PUC, 2010, p. 39.

<sup>22</sup> TÓFOLI, Luciene. Os “novos” temas de ética em Jornalismo. In: XV Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sudeste. *Anais...* Vitória, ES: 13 a 15 maio 2010, p. 9. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/sis/regional/resumos/R19-1129-1.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2015.

<sup>23</sup> ARIENTE, Eduardo Altomare. Direito de imagem e ética jornalística. São Paulo: *Revista PJ:Br: Jornalismo Brasileiro*, jul. 2008, v. 5, n. 10. Disponível em: <[http://www.eca.usp.br/pjbr/arquivos/artigos10\\_d.htm](http://www.eca.usp.br/pjbr/arquivos/artigos10_d.htm)>. Acesso em: 31 maio 2015.

Desse modo, constatados os sérios problemas advindos atualmente do exercício abusivo da liberdade de imprensa – especialmente no que se refere à estigmatização pessoal dos suspeitos ou acusados de um crime –, mostra-se patente a necessidade da retomada do agir ético por parte dos profissionais que atuam nos canais de comunicação.

## OS EFEITOS DA EXPOSIÇÃO MIDIÁTICA DO CASO PENAL: EXCLUSÃO SOCIAL E PRESUNÇÃO DE CULPA

A exposição dos indivíduos perpetrada pela mídia pode, algumas vezes, beneficiá-los, como ocorreu no famoso caso Dreyfus<sup>24</sup>. No entanto, essa não costuma ser a realidade. Na maioria das vezes, a divulgação precipitada de informações, sem a devida averiguação de sua veracidade, acarreta prejuízos irreparáveis à honra e à imagem dos acusados. Eles se veem condenados pela opinião pública e encontram inúmeras dificuldades para retomar suas atividades cotidianas, como ocorreu no caso Escola Base<sup>25</sup>.

A estigmatização perpetrada pelos veículos de comunicação remete aos tempos bárbaros dos “linchamentos em praça pública, quando populares gritavam e enxovalhavam os réus, que nada podiam diante daquela massa que só queria ver seu sangue”<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Em 1894, na França, o oficial francês Alfred Dreyfus, de origem judaica, foi condenado à prisão perpétua por traição ao Estado francês (espionagem para o governo alemão). A condenação baseou-se em uma carta, supostamente escrita por Dreyfus, em que eram explicitadas anotações militares do governo francês. Passados três anos, descobriu-se que Dreyfus era inocente, sendo de outro oficial, Esterhazy, a autoria da carta que embasou o processo, por meio do qual aquele foi condenado. Muitos se lançaram em defesa de Dreyfus, inclusive jornalistas como Pierre Van Passen e Émile Zola (ZOLA, 2010), sobretudo pela ausência de provas concretas de sua culpabilidade. À época a França foi dividida em duas correntes: os Dreyfusistas e os Antidreyfusistas. Em 1899, ocorreu novo julgamento, com manutenção da condenação. Dreyfus, porém, foi agraciado com o indulto concedido pelo presidente. Somente em 1906, sua inocência foi finalmente reconhecida, com sua consequente reintegração ao exército.

<sup>25</sup> No Brasil, em 1994, ocorreu o chamado caso Escola Base (SILVA, 2009, p. 132-134). Duas mães acusaram os diretores e sócios da referida escola de abusarem sexualmente de seus filhos. As genitoras basearam-se em relatos do filho de uma delas, que afirmou ter ido à casa de uma colega da escola (filho de um dos sócios) e lá ter visto filmes pornográficos, além de haver uma cama redonda no local. O delegado responsável pelo caso determinou a realização de exame de corpo de delito nos menores, bem como a revista na escola e no local descrito pelo garoto. Antes mesmo da conclusão das investigações, a mídia passou a explorar o caso. Embora o laudo do Instituto Médico Legal tenha sido inconclusivo quanto à ocorrência de abuso sexual e a revista policial não ter encontrado os supostos vídeos pornográficos, nem outros indícios que corroborassem as alegações do menor, as notícias veiculadas sempre foram no sentido da culpabilidade dos acusados. As próprias declarações do delegado responsável pelo caso fomentavam as afirmações midiáticas. Segundo ele, não havia dúvida da autoria do crime. Ocorre que nada restou devidamente comprovado, o que levou ao arquivamento do inquérito.

<sup>26</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. A influência da mídia no julgamento do caso Nardoni. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, maio 2010, v. 18, n. 210, p. 9.

No plano jurídico, forçoso reconhecer que a ampla cobertura do caso pelos veículos de comunicação e a ausência de limites para divulgação das informações causam sério desequilíbrio no processo penal. Submetido a um julgamento sumário, sem direito de defesa, o acusado acaba absorvendo a presunção de culpa, antes mesmo da instauração do processo. Nesse quadro, afeta-se a imparcialidade do julgamento. Inevitavelmente, a ênfase a fatos ainda não comprovados acabam por influenciar o magistrado<sup>27</sup>.

Partindo da premissa de que “houve crime, tem que haver pena”, a mídia se exime de fazer uma narrativa com pretensão de fidedignidade sobre a investigação de um delito e acaba por exercer a função investigatória<sup>28</sup>. Sob o véu de uma pretensa moral superior, as regras são subvertidas e, em praça pública, faz-se justiça, sem qualquer mediação e longe de um espaço adequado à discussão<sup>29</sup>.

Nesse momento, mais do que influenciar o julgamento, ela opta por tomar o martelo das mãos do Judiciário e batê-lo na mesa, deixando de ser mero informante, para ser o próprio julgador<sup>30</sup>. Os juízos paralelos, da mídia e da sociedade, desempenham um verdadeiro controle não regulamentado da atividade judicial<sup>31</sup>.

Pressionado pelo clamor social, o juiz se vê, muitas vezes, compelido a decidir de acordo com a opinião pública<sup>32</sup>, ainda que à revelia do devido processo. Cedendo ao anseio de imediata concretização da justiça penal, com punição célere e exemplar, o magistrado transfere o seu poder jurisdicional para a população e reduz o processo a um julgamento comandado pelos órgãos de comunicação, eximindo-se de sua responsabilidade constitucional.

Cite-se o exemplo das várias prisões preventivas decretadas com base na manutenção da ordem pública, sem que a liberdade dos acusados represente risco concreto para a efetividade da investigação ou do processo. Nessas circunstâncias, a prisão processual se desnatura. Ela perde o caráter de medida cautelar e se converte em medida de satisfação do sentimento de justiça. Muitas das vezes, acusados que estão a colaborar com a investigação, prestando depoimentos ou participando de reconstituição, são indevidamente submetidos à prisão processual.

<sup>27</sup> FERREIRA, Michelle Kalil. O princípio da presunção de inocência e a exploração midiática. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, De Jure, jul./dez. 2007, n. 9, p. 176.

<sup>28</sup> BATISTA, 2003, op. cit., p. 4.

<sup>29</sup> GARAPON, 1999, op. cit., p. 68.

<sup>30</sup> CARLIN, Volnei Ivo. A justiça e a mídia. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. Instituição Toledo de Ensino, Faculdade de Direito de Bauru, ago./nov. 1998, n. 23, p. 24.

<sup>31</sup> GOMES, Luiz Flávio. Os jurados e o poder da mídia. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, maio 2009, v. 13, n. 296, p. 27.

<sup>32</sup> SCHREIBER, 2010, op. cit., p. 344.

A influência desse clamor social e midiático é ainda maior em se tratando do julgamento de crimes dolosos contra a vida, cuja competência é do Tribunal do Júri. Como se sabe, esse órgão julgador é composto por jurados, que são pessoas da sociedade normalmente desprovidas de conhecimentos jurídicos técnicos, embora possuam senso ético e crítico do que é certo ou errado, justo ou injusto, como qualquer ser humano.

Apesar disso, o bombardeio de informações veiculadas pela mídia a todo o momento sobre casos de maior repercussão, como, por exemplo, o de Suzane Von Richthofen<sup>33</sup>, o da família Nardoni<sup>34</sup> e o do goleiro Bruno<sup>35</sup>, dentre outros, acaba, de alguma maneira, impactando na convicção dos jurados, que já vão para o julgamento convencidos da culpabilidade ou não do acusado<sup>36</sup>. Esse pré-julgamento contamina a instituição do Júri, retirando a importância dos debates realizados em plenário.

<sup>33</sup> “Ela matou os próprios pais. Adolescente ajuda namorado a roubar e assassinar o pai e a mãe no quarto em que dormiam.” CARELLI, Gabriela; ZAKABI, Rosana. Estudante planejou a morte dos próprios pais. *Revista Veja online*, v. 35, n. 45, p. 108-109, 13 nov. 2002.

“Jovem, rica, bela e cruel. Suzane Louise Von Richthofen, 19 anos, estudante de direito, classe média alta. Ela planejou e participou do bárbaro assassinato a pauladas de seu pai, o engenheiro Manfred, e de sua mãe, a psiquiatra Marisia.” *Revista Istoé online*, n. 1728, capa, 14 nov. 2002.

<sup>34</sup> “Foram eles. Frios e dissimulados. Pai e madrasta mataram Isabella, numa sequência de agressões que começou ainda no carro, conclui a polícia.” LINHARES, Juliana. A polícia acaba com o mistério de Isabella. *Revista Veja online*, v. 41, n. 16, p. 84-91, 27 abr. 2008.

“Dois anos depois, o caso que comoveu o País tem agora o seu julgamento final. Na segunda-feira 22, na sala número 3 do II Tribunal do Júri de São Paulo, o casal Alexandre Alves Nardoni e Anna Carolina Trotta Peixoto Jatobá Nardoni estará sentado lado a lado no banco dos réus. Os dois enfrentarão a acusação de terem assassinado a garotinha Isabella, de 5 anos de idade, no final da noite de 29 de março de 2008. Segundo a denúncia do promotor de Justiça Francisco Cembraneli, a menina foi estrangulada pela madrasta, Anna Carolina, e arremessada pelo próprio pai, Alexandre, através da janela do sexto andar do prédio em que moravam, na zona norte de São Paulo. A barbaridade do crime, que abalou a sociedade e resultou na execração pública dos dois acusados, faz com que esse julgamento tenha uma atenção especial.” PRADO, Antônio Carlos; COSTA, Rachel. O julgamento do caso Isabella – parte 1. *Revista Istoé online*, n. 2.105, 12 mar. 2010.

<sup>35</sup> “O suspeito número 1. Ídolo e capitão do time mais popular do Brasil, o goleiro Bruno do Flamengo, é investigado pelo desaparecimento da ex-amante que o pressionava a assumir um filho. A polícia está convencida de que ela foi assassinada. Informações obtidas por VEJA indicam que Bruno mentiu em suas declarações”. GASPARG, Malu; ROGAR, Sílvia; SEGALLA, Vinícius. O sumiço da ex-amante do goleiro Bruno. *Revista Veja online*, v. 43, n. 27, p. 78-85, 7 jul. 2010.

“Mãe de Eliza Samudio espera que neto não seja filho de Bruno. Sônia de Fátima Moura, que chegou a Campo Grande acompanhada da advogada e da criança, falou sobre o crime.” JORNAL Nacional. Edição de 10 jul. 2010.

“Exclusivo: JN obtém informações do inquérito sobre o desaparecimento de Eliza Samudio. Polícia de Minas tenta reconstruir o roteiro do sumiço de Eliza. O documento já possui mais de 800 páginas, mas ainda não foi concluído.” Jornal Nacional, Edição de 15 jul. 2010.

<sup>36</sup> CACHO, Emanuel. O júri e a opinião pública. Brasília: *Revista Jurídica Consulex*, maio 2009, v. 13, n. 296, p. 28.

De se ressaltar que o processo, assim como a imprensa, não está livre de produzir suas próprias narrativas imaginárias. Contudo, a diferença entre ambos consiste no fato de que o processo possui a capacidade de refletir a própria construção da narrativa, contestando-a ou a substituindo por outra. Já no âmbito dos canais de comunicação, a construção da realidade está implícita e a maneira como os fatos são apresentados foge a qualquer discussão<sup>37</sup>.

Conclui-se, pois, que a atuação midiática em desconformidade com a ética e as garantias constitucionais consubstancia verdadeiro julgamento antecipado, responsável por influenciar a opinião pública e, em última instância, afetar a imparcialidade do julgador.

### **ENTRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PAPEL INFORMATIVO DOS CANAIS DE COMUNICAÇÃO: O DESLINDE DESSA TENSÃO POR MEIO DA ATUAÇÃO ESTATAL**

O princípio da presunção de inocência está inserido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. XI), na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969 (art. 8º, item 2) e tem previsão constitucional (art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

A garantia de que o acusado não será considerado culpado antes da decisão definitiva representa um marco histórico de ruptura com a ideologia inquisitória. A presunção de culpabilidade norteava a investigação inquisitória, justificando a prisão imediata do suspeito e o tratamento degradante a que era submetido. Como objeto de prova, o investigado era barbaramente torturado para se obter a confissão – a prova plena da verdade.

Na modernidade, o princípio da presunção de inocência confere novo formato ao processo penal. Inicialmente, tutela a liberdade, combatendo o automatismo da prisão processual. Sob o prisma da cautelaridade, a prisão processual transforma-se em medida excepcional, admitida somente quando o investigado e o acusado prejudicam o regular andamento da investigação e do processo, com comportamentos que possam ser reprovados pelo Direito.

Simultaneamente, o princípio da presunção de inocência desdobra-se em duas regras probatórias. Primeiro, atribui o ônus da prova à acusação, elidindo o acusado da prova de sua inocência. Logo em seguida, exige a produção da prova em audiência, sob o pálio do contraditório, assegurando às partes o direito de confrontar a prova produzida contra si<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> GARAPON, 1999, op. cit., p. 81.

<sup>38</sup> QUIROGA, Jacobo López Barja de. *La cláusula de confrontación en el proceso penal*. Navarra: Civitas, 2010.

Finalmente, explica Lopes Junior<sup>39</sup> que a presunção de inocência, institui verdadeiro dever de tratamento, exigindo que a dignidade do sujeito não seja violada, independentemente do grau de ofensividade do crime que lhe é imputado. Não há pessoas mais ou menos presumidas inocentes, ainda que se leve em consideração os indícios existentes e a gravidade do ilícito. Todas devem ser tratadas igualmente como cidadãos inocentes, estando vedados juízos prévios de censura, bem como tratamento incompatível com a inocência.

A exigência de tratamento condizente com a inocência no curso da investigação e do processo abrange ainda demandas extraprocessuais, tais como a “exposição midiática exploratória através de entrevistas coletivas da Polícia ou do Ministério Público, afirmativas da autoria do suspeito”<sup>40</sup>.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem promovido importantes intervenções para consolidar o princípio da presunção de inocência como regra de tratamento. Já existem precedentes reconhecendo a violação ao estado de inocência em razão de entrevistas à imprensa e da exposição de suspeitos, afirmação de responsabilidade antes do julgamento<sup>41</sup>.

Assim, pode-se afirmar que, nas demandas extraprocessuais, o investigado e o acusado devem ser tratados como um cidadão inocente comum. Juízo de censura, pela mídia, está expressamente proibido em sede constitucional e convencional.

160

A regra de tratamento associada às regras de prova impõe a limitação à publicidade abusiva. Para evitar qualquer juízo de censura antecipado, a exposição midiática deve se orientar pelo princípio da presunção de inocência. Em suma, a imprensa deve tratar o acusado como cidadão não culpado, detentor de direitos constitucionalmente protegidos, e deve reconhecer que a prova será produzida no processo penal.

Interessante exemplo é observado no sistema penal inglês, que garante ao réu o direito a um julgamento imparcial, por meio de restrições, mais severas do que as que se observam em outros países, àquilo que a mídia pode ou não divulgar sobre ele, enquanto aguarda o julgamento<sup>42</sup>.

Constata-se, assim, que a presunção de inocência não se impõe somente ao Poder Público no exercício da persecução penal, mas irradia seus efeitos igual-

<sup>39</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 1. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 195-196.

<sup>40</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal. Abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 99.

<sup>41</sup> Caso *Allenet de Ribemont vs. França* (1995), caso *Butkevicius vs. Lituânia* (2002), caso *Lavents vs. Letônia* (2002), caso *Y.B vs. Turquia* (2004), caso *Ismoilov vs. Rússia* (2008).

<sup>42</sup> SPENCER, J. R. O sistema inglês. In: MIREILLE, Delmas Marty (Org.). *Processos penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 264.

mente para os particulares, por se tratar de garantia conformadora do devido processo legal.

Não obstante, a relação entre a garantia da presunção de inocência e o papel informativo dos canais de comunicação, considerando-se todo o raciocínio aqui desenvolvido, estrutura-se sob uma fórmula de tensão. Isso porque o fiel da balança oscila entre os dois vetores componentes dessa equação – exacerbação da presunção de inocência, a ponto de aniquilar a liberdade de imprensa, ou adoção de uma liberdade de imprensa extremada, que poderia tornar nula, do ponto de vista social, a proteção conferida ao acusado pela Constituição.

O equilíbrio dinâmico dessa relação, pois, há de levar em conta, quando focada a questão sobre a mídia, de um lado, o discurso que propõe uma liberdade de imprensa praticamente absoluta, sem limitações, nem mesmo diante de outros direitos e valores constitucionais e, de outro, como se disse em itens anteriores, uma vertente que reconhece os malefícios de uma imprensa arbitrária, que deveria, quanto aos excessos, ser contida.

Nesse contexto, percebendo-se que o pêndulo oscila em favor da imprensa, ainda quando atuante de modo não condizente com sua missão constitucional, mostra-se importante visualizar mecanismos de compensação, de modo a reequilibrar-se o sistema. Trata-se, pois, em primeiro plano, de definir modos de atuação dos agentes públicos envolvidos no processo judicial penal, para que tenham uma postura distanciada dos veículos de comunicação, desde a investigação policial até a prolação de decisão definitiva, de sorte que o dever de tratamento imposto pela presunção de inocência seja efetivamente observado.

Além disso, a fim de coibir eventuais abusos que a mídia possa perpetrar, expondo os suspeitos ou acusados de um crime à mácula pública, cabe ao Estado, sem violar a liberdade de imprensa, regulamentar a atuação desta para que punições sociais, como a estigmatização dos sujeitos envolvidos em uma ocorrência criminosa, sejam mitigadas, reduzidas. Não se cuida, frise-se, de qualquer espécie de censura, mas de adoção de instrumentos de revalorização das garantias constitucionais penais, as quais, assim como a liberdade de imprensa, detêm a mesma magnitude fundamental e, por isso, devem correlacionar-se em situação de equilíbrio.

### **A necessidade de regulamentação da liberdade de imprensa nos moldes do art. 220, § 1º, da Constituição da República**

Conforme anteriormente exposto, a liberdade de imprensa não constitui direito absoluto, podendo sofrer restrições, como a estabelecida no art. 220, § 1º da Constituição, quando se depara com direitos como a honra e a imagem e, conseqüentemente, a presunção de inocência.

No entanto, a limitação trazida pela Constituição no referido dispositivo constitui norma genérica, apenas determinando que se resguardem os direitos previstos nos incisos IV, V, X, XIII e XIV de seu art. 5º. As diretrizes precisas de como esses direitos serão protegidos e quais as consequências de sua não observância são deixadas para regulamentação por legislação infraconstitucional.

Assim, competindo ao Poder Legislativo a importante missão de implementar efetivamente a Constituição, mostra-se necessário que legislação específica defina os limites a que os canais de comunicação devem se adstringir no desempenho de seu papel social, a fim de pretenderem informar à sociedade quando se trata de noticiar uma ocorrência delituosa.

Em um primeiro momento, sugere-se que os nomes dos envolvidos, sejam suspeitos, acusados ou vítimas, não sejam mencionados; da mesma forma as respectivas imagens deveriam ser realmente preservadas.

Limitações como essas não se mostram incompatíveis com a democracia, nem com a própria liberdade de imprensa<sup>43</sup>. Tanto é assim que em vários Estados democráticos, considerados desenvolvidos, como Espanha, Portugal, Reino Unido, França e Alemanha, há atualmente legislações regulamentadoras da atividade midiática, conforme citado pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto na ADPF n. 130/DF<sup>44</sup>.

Para o caso de descumprimento da legislação, com a exposição dos sujeitos, na grande maioria das vezes de forma sensacionalista, mostra-se plausível a fixação de penalidade pecuniária em face da sociedade empresária responsável pelo meio de comunicação infratora, a fim de reparar a violação à honra, à imagem e, principalmente, à presunção de inocência.

<sup>43</sup> Cite-se, ilustrativamente, a situação ocorrida com Suzane Von Richthofen, em cumprimento de pena pelo homicídio de seus genitores, cujas imagens dentro do presídio eram insistentemente utilizadas por reconhecida empresa de mídia com intuito meramente sensacionalista. Proposta cautelar contra o canal de mídia, a justiça de primeiro grau determinou a imediata cessão dessas imagens, com os seguintes fundamentos: “Interesse jornalístico e reportagens sérias, porém são coisas distintas das manchetes estampadas às fls. 07, 08 e 09 (‘Suzane Von Richthofen e Anna Carolina Jatobá são amigas no presídio’), ilustrada por imagem das duas caminhando lado a lado dentro do presídio. As imagens foram captadas de forma clandestina e utilizadas com nítido teor sensacionalista. A Lei n. 7.210/94 (Lei de Execuções Penais) é expressa ao referir que ‘ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei’ (artigo 3º) e que entre os direitos do preso emerge inexorável a ‘proteção contra qualquer forma de sensacionalismo.’ (artigo 41, VII). Assim, defiro em parte a liminar pleiteada para determinar à ré que se abstenha de veicular imagens da autora de dentro do estabelecimento prisional, salvo as que detenha autorização expressa para captar e exibir, bem como se abstenha de continuar a propalar a suposta amizade entre a autora e qualquer detenta, notadamente da forma sensacionalista como vem fazendo nas matérias estampadas às fls. 07/09, sob pena de multa (...)”. TJSP. Cautelar Inominada n. 0205063-96.2012.8.26.0100, Liminar. Diário da Justiça Eletrônico, São Paulo, v. 6, n. 1318, 5 dez. 2012, p. 465.

<sup>44</sup> No voto (p. 236-249 do acórdão), o Min. Gilmar Mendes discorre sobre os variados exemplos das leis de imprensa dos referidos países, cuja existência não diminui seu caráter democrático.

Tais medidas justificam-se, tendo em vista que, em resumo, a mídia deveria se ater a relatar o fato, com intuito de informar à sociedade as ocorrências do cotidiano, e não explorá-lo, assim como os envolvidos, em um claro objetivo capitalista.

Importante lembrar que, embora o processo possa ser público, não o é a vida privada das pessoas, a qual é protegida pelos direitos da personalidade, como a imagem, a honra, a privacidade e, ainda, a presunção de inocência, que perdura até o trânsito em julgado de eventual condenação.

Pode-se dizer que a restrição à exploração deve vigorar, até mesmo, após o trânsito em julgado. Explica-se: após a decisão definitiva, pode a mídia informar sobre o ocorrido, porém o que não se permite é a exploração contínua do caso, com mero escopo econômico, como já se discutiu anteriormente.

Tanto que o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido como direito da personalidade o chamado direito ao esquecimento, pelo qual ao sujeito garante-se o direito de ser esquecido pela opinião pública e pela imprensa<sup>45</sup>.

Afinal, a condenação, por si só, constitui marca negativa de grande significado na vida do sujeito, não sendo razoável que a mídia o estigmatize e reverbera a sua condição de autor de determinado delito *ad eternum*, pois essa exposição, sem dúvida, dificultará sobremaneira a sua reinclusão social após o cumprimento da pena.

Logicamente, o direito ao esquecimento não se aplicaria aos casos dos grandes genocídios registrados na história da humanidade, os quais configuram afronta à comunidade mundial, devendo ser lembrados, a fim de que não se repitam tais atrocidades<sup>46</sup>.

Ressalte-se que, não obstante existam as penalidades por crimes contra a honra e a reparação civil por danos morais, bem como o direito de resposta, observa-se que tais medidas não têm se mostrado suficientes para coibir o agir inconstitucional e antiético da mídia baseada na lógica do mercado capitalista.

Atualmente sabe-se que a imprensa não se limita ao bem informar a sociedade, sendo inegável o poder social que ela possui. Nesse contexto, diante da constatação dos interesses econômicos que movem a atividade dos veículos de comunicação, que, na maioria das vezes, querem apenas ser os primeiros a informar algo, é possível que o poder social da mídia seja exercido de forma abusiva.

Portanto, diante do vácuo legislativo que a não recepção da antiga Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) pela Constituição de 1988, conforme julgamento pelo

<sup>45</sup> REsp 1.334.097/RJ e REsp 1.335.153/RJ (STJ, DJe 10.09.2013).

<sup>46</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 82-83.

STF da ADPF n. 130/DF, deixou no ordenamento brasileiro, mostra-se necessária uma lei específica que discipline a atividade dos meios de comunicação no que se refere aos direitos da personalidade, principalmente quando as informações transmitidas relacionam-se com o direito penal e processual penal.

Frise-se que não há que se falar em censura, mas em proteção dos direitos fundamentais, como a presunção de inocência, a privacidade, a intimidade, a imagem e a honra, dos indivíduos envolvidos em uma ocorrência delituosa. Isso porque, embora a conduta do suspeito possa ser reprovável, ele não deixa de ser sujeito de direitos, os quais devem ser garantidos pelo Estado e respeitados pela coletividade. “Uma instituição justa não deve preocupar-se apenas em não condenar inocentes, ela deve igualmente zelar para que os verdadeiros culpados não sejam maltratados”<sup>47</sup>.

As limitações à liberdade de imprensa que o art. 220, § 1º da Constituição autoriza constituem, na verdade, garantias mínimas dos sujeitos, as quais estão relegadas ao esquecimento, sobretudo pela ausência no ordenamento de legislação que regule a atuação dos meios de comunicação.

Talvez, a resistência a que se edite tal lei trate-se de resquícios dos medos deixados pela censura do período militar. Entretanto, as limitações constitucionais ao papel da mídia não se confundem com aquela. Nesse sentido, Karam<sup>48</sup> diz que:

164

Não são, pois, as liberdades de expressão e de informação os únicos direitos absolutos, superiores a qualquer outro, como parecem querer fazer crer os poderosos meios massivos de informação. Aliás, só quem não sofreu, ou quem, como muitos dos proprietários destes meios, foi no mínimo conivente com a ditadura militar, pode pretender comparar a censura arbitrariamente então imposta com limites às liberdades de expressão e de informação, que sejam legislativamente estabelecidos e concretamente aplicados através da atividade jurisdicional, quando indispensáveis para salvaguardar outros direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Da mesma forma, esclarece Pereira Neto<sup>49</sup>:

Durante o período da ditadura militar, a imprensa teve sua liberdade suprimida. Com o advindo da fase democrática, os meios de comunicação tomavam um importante e fundamental papel na

<sup>47</sup> GARAPON, Antoine, 1999, p. 209.

<sup>48</sup> KARAM, Maria Lúcia. *O direito a um julgamento justo e as liberdades de expressão e de informação*. São Paulo: Boletim IBCCRIM, out. 2001, v. 9, n. 107, p. 4.

<sup>49</sup> PEREIRA NETO, Luiz, Fernando. *O princípio do Estado de inocência e a sua violação pela mídia*. In: Congresso Internacional de Ciências Criminais, II Edição, 2011, Porto Alegre. Anais Eletrônicos... Porto Alegre: PUCRS, 2011, p. 8. Disponível em: <[http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Luiz\\_Fernando.pdf](http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Luiz_Fernando.pdf)>. Acesso em: 31 maio 2015.

sociedade, o de fiscalizador e controlador do poder e dos desmandos do Estado. Este é um poder positivo da mídia e que deve a qualquer custo ser mantido. Todavia há que se esclarecer que o limite da liberdade de imprensa deve terminar no exato momento onde começa a violar os direitos de qualquer cidadão. Deixar a imprensa livre para noticiar é uma conquista democrática, no entanto, deve sempre se pautar pela divulgação do fato com a devida proteção de imagem do sujeito detentor de garantias constitucionais.

O importante é que garantias mínimas dos sujeitos, constitucionalmente estabelecidas, prevaleçam diante da liberdade de imprensa, sobretudo quando esta é movida por motivos capitalistas.

Desse modo, a fim de mitigar o embate entre a liberdade de imprensa e a presunção de inocência do sujeito suspeito ou acusado, cujas informações são veiculadas, patente é a necessidade de regulamentação da atividade midiática nos moldes do disposto no art. 220, § 1º, da Constituição.

### A atuação do Estado-julgador frente ao furor midiático

Cumpre destacar que todos aqueles que, de alguma forma, atuam no processo judicial penal, devem resguardar os direitos fundamentais do acusado, mormente a presunção de inocência, não se deixando influenciar pelo fascínio dos “cinco minutos de fama” que a mídia ilusoriamente proporciona.

Deve-se lembrar que a publicidade dos julgamentos, como garantia contra o arbítrio, não se confunde com mediatização do processo. Isto é, somente o que pode ser legitimamente estabelecido por meio do devido processo legal pode ser levado em consideração por todos os envolvidos no julgamento.

Assim, o Estado-julgador é quem primeiro deve zelar pelo bom e correto andamento do processo penal, não podendo fomentar o furor midiático, insaciável por exclusividade e dissecação do evento e dos envolvidos. Deve o juiz, pois, manter um distanciamento do frenesi dos meios de comunicação, a fim de primar pela imparcialidade que deve permear o julgamento. A atuação do juiz, garantidor de direitos do réu, deve, afinal, pautar-se no equilíbrio, independência e imparcialidade<sup>50</sup>.

Do mesmo modo, aqueles que realizam a investigação policial não podem expor o suspeito ou acusado aos holofotes da mídia, repassando aos meios de comunicação informações sobre o caso, sem a devida observância da presunção de inocência.

Aliás, relembre-se, como triste exemplo de que esse distanciamento dos investigadores policiais também é importante para resguardar o sujeito e o

<sup>50</sup> KARAM, Maria Lúcia, 2001, p. 4.

processo, o caso Escola Base, anteriormente citado. Observou-se que a postura do delegado responsável pela investigação não se mostrou idônea, uma vez que, ignorando a inconclusividade das provas colhidas, ele concedia entrevistas afirmando simplesmente que o inquérito era a prova<sup>51</sup>.

Ressalte-se que o papel informativo dos canais de comunicação, conforme anteriormente exposto, revela-se importante para a efetivação do Estado democrático de direito, uma vez que eles constituem expressivo meio de fiscalização também da atuação estatal.

O problema surge quando o papel informativo é relegado a segundo plano, apropriando-se a mídia de funções estatais, ao realizar investigação e julgamento não legitimados e, sobretudo, com fins apenas econômicos.

Há que se lembrar, ainda, que a vedação à exposição do sujeito não consiste em valor absoluto que deve ser observado independentemente de qualquer circunstância. Existem momentos em que tal exposição mostra-se, até mesmo, necessária.

Pense-se na situação em que um indivíduo que já foi devidamente julgado e declarado culpado, porém, por motivos diversos, esse condenado encontra-se foragido. É interessante que se noticie essa ocorrência, inclusive com divulgação de fotos do envolvido, a fim de que a sociedade resguarde-se e de que se possibilite que ele seja encontrado o mais rápido possível. Para tanto, os meios de comunicação constituem importante ferramenta. Práticas desse viés mostram-se aceitáveis, porque a presunção de inocência não mais subsiste, cedendo espaço a outros valores, como a própria segurança pública. Contudo, em se tratando de processo sem condenação passada em julgado, a regra é que o indivíduo suspeito ou acusado tenha sua privacidade, honra e imagem resguardados, até que efetivamente seja demonstrada sua culpabilidade no devido processo legal.

Nas palavras de Lopes Junior<sup>52</sup>, “o bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”.

A presunção de inocência, princípio reitor do processo penal, não deve ser observada apenas no âmbito judicial, mas em todo o tratamento que é dispensado ao acusado, incluindo-se a exposição midiática, uma vez que se trata de preservar a dignidade do sujeito. Ou seja, o princípio irradia-se para fora do processo penal, mas mantém-se como prisma de proteção da própria liberdade e dos direitos de personalidade do indivíduo.

<sup>51</sup> SILVA, Fernando Lopes da. *O caso Escola Base e a importância da ética na prática do jornalismo*. Uberlândia: Revista da Católica, 2009, v. 1, n. 2, p. 134. Disponível em: <<http://catolicaonline.com.br/revistadacatolica2/artigosv1n2/10-JORNALISMO-01.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2015.

<sup>52</sup> LOPES JUNIOR, Aury, 2010, p. 196.

Desse modo, cabe ao Estado-julgador atuar no processo penal com coerência e distanciamento da mídia, sobretudo pelo fato de o sujeito, embora possuir a prerrogativa da presunção de inocência, mostrar-se vulnerável se comparado aos reais motivos – interesses econômicos – que levam os canais de comunicação a explorarem todos os detalhes da vida do suspeito ou acusado.

## **CONCLUSÃO**

Direitos fundamentais, tanto a presunção de inocência como a liberdade de imprensa, possuem importante papel na promoção da democracia. Todavia, observa-se uma tensão entre a presunção de inocência e o papel informativo dos meios de comunicação, quando se trata da veiculação de informações relacionadas aos direitos penal e processual penal.

Não obstante a Constituição estabeleça que a liberdade de imprensa tem espaço pleno de reverberação, o próprio texto constitucional deixa aberta a possibilidade de sua limitação quando confrontar direitos da personalidade.

Diante da sociedade capitalista atual e do anseio consumista por informações, os canais de comunicação inserem-se em uma lógica de mercado, na qual a mídia extrapola sua função comunicativa, em busca de lucros cada vez maiores, deixando de observar as limitações que o texto constitucional impõe ao exercício do direito de informar.

Comparando-se o jornalismo investigativo e o jornalismo investigação policial, constatou-se que o primeiro marca-se por uma prática responsável, com pesquisa aprofundada de dados, enquanto o segundo mostra-se precário, sem compromisso com a verificação das informações veiculadas, devido à crescente urgência que o mercado midiático demanda, o que acaba por conduzir ao desvio do papel da imprensa, configurando atuação abusiva.

Sabe-se que, no âmbito penal, não há que se falar em verdade real, mas, tão somente naquela que se pode estabelecer por meio do devido processo penal. No entanto, a mídia, com a justificativa de buscar a verdade real dos fatos, vai além de seu papel informativo e realiza julgamentos paralelos desprovidos de qualquer garantia, exercendo arbitrariamente o direito de informar.

Por sua vez, a presunção de inocência constitui um dever de tratamento, segundo o qual o sujeito, independentemente do crime que lhe seja imputado, deve ser dignamente tratado, porquanto a observância dessa garantia recai não apenas sobre os sujeitos processuais, como o juiz, o Ministério Público, dentre outros, mas também sobre os sujeitos extraprocessuais – os particulares, incluindo-se a imprensa.

A antecipação do julgamento perpetrado pela mídia tem sérios efeitos sobre a presunção de inocência. O primeiro deles consiste na afetação da imparcialidade do julgador – juiz ou Tribunal do Júri – que, em maior ou menor grau, são

influenciados pelo bombardeio de informações, muitas vezes não verificadas, realizado pela imprensa.

Outro efeito desse julgamento antecipado consiste na estigmatização dos sujeitos – suspeito, acusado, testemunhas, vítimas e familiares – envolvidos no evento delituoso veiculado pela mídia. A exposição dessas pessoas realizada durante anos a fio, geralmente por interesses econômicos, causa-lhes sérios prejuízos à privacidade, à honra e à imagem, além de, no caso dos suspeitos ou acusados, ferir o direito à presunção de inocência, podendo-se dizer que se trata de verdadeira punição perpétua, em confronto com o direito ao esquecimento.

Percebe-se que, diante dos problemas causados pelo exercício abusivo da liberdade de imprensa, necessário se faz que os profissionais da atividade midiática retomem o agir ético, responsável e comprometido com a dignidade da pessoa humana, como determinam a tessitura constitucional e o Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros, para que a mídia cumpra seu papel primordial de bem informar a sociedade.

Com intuito de salvaguardar os direitos individuais, mormente a garantia da presunção de inocência, e diante da não observância dos ditames éticos pela mídia, conclui-se ser cada vez mais necessária também uma intervenção estatal direta na liberdade de imprensa, por meio da regulação da atividade dos veículos de comunicação, a qual, se realizada nos moldes das disposições constitucionais, não configura censura.

Além disso, a atuação do Estado nos processos judiciais penais deve se dar de forma coerente e distanciada dos canais midiáticos para que o dever de tratamento consubstanciado na presunção de inocência seja efetivamente observado.

De tudo o que se viu, pois, pode-se dizer que, no oscilar constitucional entre liberdade de imprensa e garantia de presunção de inocência, não deve o pêndulo mover-se em direção apenas a um desses vetores, porquanto se mostra necessária a busca de um equilíbrio, o qual, dinâmico, permita a realização plena de ambos os valores constitucionais. No conceito de imprensa livre, impõe-se visualizar, amalgamada a essa liberdade, a preservação impostergável de outras garantias fundamentais, mormente a presunção de inocência, porque a efetivação constitucional da democracia não pode ser parcelada, mas totalizante.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Fábio Martins de. A influência da mídia no julgamento do caso Nardoni. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 210, p. 8-9, maio 2010.

ARIENTE, Eduardo Altomare. *Direito de imagem e ética jornalística*. Revista *PJ:Br: Jornalismo Brasileiro*, São Paulo, v. 5, n. 10, jul. 2008. Disponível em: <[http://www.eca.usp.br/pjbr/arquivos/artigos10\\_d.htm](http://www.eca.usp.br/pjbr/arquivos/artigos10_d.htm)>. Acesso em: 31/05/2015.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 30, n. 2: 147-172, jul./dez. 2014

- ASSOCIAÇÃO Brasileira de Jornalismo Investigativo. *O que é*. Disponível em: <<http://abraji.org.br/?id=78>>. Acesso em: 31/05/2015.
- BATISTA, Nilo. *Mídia e Sistema penal no capitalismo tardio*. Biblioteca on-line de ciência da comunicação, Portugal, 2003. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 31/05/2015.
- BRASIL. *Constituição* (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 31/05/2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.334.097/RJ*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201201449107&dt\\_publicacao=10/09/2013](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013)>. Acesso em: 01/06/2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.335.153/RJ*. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num\\_registro=201100574280&data=10/9/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201100574280&data=10/9/2013)>. Acesso em: 01/06/2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 31/05/2015.
- CACHO, Emanuel. O júri e a opinião pública. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 13, n. 296, p. 28, maio 2009.
- CARELLI, Gabriela; ZAKABI, Rosana. Estudante planejou a morte dos próprios pais. *Revista Veja online*, v. 35, n. 45, p. 108-109, 13 nov. 2002. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>>. Acesso em: 01/06/2015.
- CARLIN, Volnei Ivo. A justiça e a mídia. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. Instituição Toledo de Ensino, Faculdade de Direito de Bauru, n. 23, p. 23-29, ago./nov. 1998.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000.
- CONVENÇÃO Americana sobre os Direitos Humanos: Pacto de São José da Costa Rica (1969). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 31/05/2015.
- DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos (1948). Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 31/05/2015.
- DIAS, Luiz Antonio. Política e participação juvenil: os “caras-pintadas” e o movimento pelo impeachment. *Revista História Agora*, n. 4, jan. 2008. Disponível em: <[http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos\\_teses/2010/Historia/artigos/8dias\\_luiz\\_artigo.pdf](http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos_teses/2010/Historia/artigos/8dias_luiz_artigo.pdf)>. Acesso em: 31/05/2015.
- FEDERAÇÃO Nacional dos Jornalistas (FENAJ). *Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros* (2007). Disponível em: <[http://www.fenaj.org.br/federacao/cometica/codigo\\_de\\_etica\\_dos\\_jornalistas\\_brasileiros.pdf](http://www.fenaj.org.br/federacao/cometica/codigo_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros.pdf)>. Acesso em: 31/05/2015.
- FERREIRA, Michelle Kalil. O princípio da presunção de inocência e a exploração midiática. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, De Jure, n. 9, p. 150-181, jul./dez. 2007.
- FERREIRA, Taís. *A importância do Código de Ética*. Observatório da Imprensa, Campinas, v. 11, n. 448, 28 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/a-importancia-do-codigo-de-etica>>. Acesso em: 31/05/2015.

FIGUEIREDO, Lucas. *Afinal, o que é jornalismo investigativo?* Blog do Lucas Figueiredo, Belo Horizonte, 24 ago. 2011. Disponível em: <<http://lfigueiredo.wordpress.com/2011/08/24/afinal-o-que-e-jornalismo-investigativo/>>. Acesso em: 31/05/2015.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GASPAR, Malu; ROGAR, Silvia; SEGALLA, Vinícius. O sumiço da ex-amante do goleiro Bruno. *Revista Veja online*, v. 43, n. 27, p. 78-85, 7 jul. 2010. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>>. Acesso em: 01/06/2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal. Abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Os jurados e o poder da mídia*. Revista Jurídica Consulex, Brasília, v. 13, n. 296, maio 2009, p. 27.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; CHUEIRI, Miriam Fecchio. *O sistema constitucional, a liberdade de expressão e de imprensa – Direito de Crítica – Político – Limites Frente à Função Social da Informação*. Repertório de Jurisprudência IOB, São Paulo, n. 19, v. III, p. 660-655, 1 quin. out. 2009.

JORNAL NACIONAL. *Exclusivo: JN obtém informações do inquérito sobre o desaparecimento de Eliza Samudio*. Edição de 15 jul. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2010/07/jornal-nacional-obtem-com-exclusividade-informacoes-do-inquerito-sobre-o-desaparecimento-de-eliza-samudio.html>>. Acesso em: 01/06/2015.

\_\_\_\_\_. *Mãe de Eliza Samudio espera que neto não seja filho de Bruno*. Edição de 10 jul. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2010/07/mae-de-eliza-samudio-espera-que-neto-nao-seja-filho-de-bruno.html>>. Acesso em: 01/06/2015.

KARAM, Maria Lúcia. O direito a um julgamento justo e as liberdades de expressão e de informação. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 9, n. 107, p. 3-4, out. 2001.

LINHARES, Juliana. A polícia acaba com o mistério de Isabella. *Revista Veja online*, v. 41, n. 16, p. 84-91, 27 abr. 2008. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>>. Acesso em: 01/06/2015.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 1. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACCALÓZ, Salette Maria Polita. *O Poder Judiciário, os meios de comunicação e opinião pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

NERY, Ariane Andrade. *Considerações sobre o papel da mídia no processo penal*. Monografia. Rio de Janeiro: PUC, 2010.

PASSOS, José Joaquim Calmon. A imprensa, a proteção da intimidade e o processo penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 89, n. 324, p. 61-67, out./dez. 1993.

PEREIRA NETO, Luiz, Fernando. *O princípio do estado de inocência e a sua violação pela mídia*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, II Edição, 2011,

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 30, n. 2: 147-172, jul./dez. 2014

Porto Alegre. Anais Eletrônicos... Porto Alegre: PUCRS, 2011. Disponível em: <[http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Luiz\\_Fernando.pdf](http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Luiz_Fernando.pdf)>. Acesso em: 31/05/2015.

PRADO, Antônio Carlos; COSTA, Rachel. O julgamento do caso Isabella – parte 1. *Revista Istoé online*, n. 2105, 12 mar. 2010. Disponível em: <[http://www.istoe.com.br/reportagens/57068\\_O+JULGAMENTO+DO+CASO+ISABELLA+PARTE+1](http://www.istoe.com.br/reportagens/57068_O+JULGAMENTO+DO+CASO+ISABELLA+PARTE+1)>. Acesso em: 01/06/2015.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. *La cláusula de confrontación em el proceso penal*. Navarra: Civitas, 2010.

REVISTA ISTOÉ ONLINE, n. 1728, *Capa*, 14 nov. 2002. Disponível em: <[http://www.istoe.com.br/revista/indice-de-materias/341\\_JOVEM+RICA+BELA+E+CRUEL](http://www.istoe.com.br/revista/indice-de-materias/341_JOVEM+RICA+BELA+E+CRUEL)>. Acesso em: 01/06/2015.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Cautelar Inominada* nº 0205063-96.2012.8.26.0100, Liminar. Diário da Justiça Eletrônico, São Paulo, v. 6, n. 1318, p. 465, 5 dez. 2012. Disponível em: <<https://www.dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=7&nuDiario=1318&cdCaderno=12&nuSeqpagina=1>>. Acesso em: 31/05/2015.

SCHREIBER, Simone. A publicidade opressiva dos julgamentos criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 336-379 set./out. 2010.

SILVA, Fernando Lopes da. O caso escola base e a importância da ética na prática do jornalismo. *Revista da Católica*, Uberlândia, v. 1, n. 2, p. 131-139, 2009. Disponível em: <<http://catolicaonline.com.br/revistadacatolica2/artigosv1n2/10-JORNALISMO-01.pdf>>. Acesso em: 31/05/2015.

SOUZA, Artur César de. Caso Suzane Louise Von Richthofen e irmãos Cravinhos – A influência da mídia na (im)parcialidade do tribunal do júri. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 34, n. 105, p. 73-90, mar. 2007.

SPENCER, J. R. *O sistema inglês*. In: MIREILLE, Delmas Marty (org). *Processos penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STROPPIA, Tatiana. *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

TÓFOLI, Luciene. Os “novos” temas de ética em Jornalismo. XV CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO NA REGIÃO SUDESTE. *Anais...* Vitória, ES: 13 a 15 maio 2010. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/sis/regional/resumos/R19-1129-1.pdf>>. Acesso em: 31/05/2015.T

VALLS, Álvaro L. M. *O que é ética*. São Paulo: Brasiliense, 1993.

ZOLA, Émile. Carta de Émile Zola sobre o Caso Dreyfus. *O Marrare: Revista de Pós-Graduação em Literatura Portuguesa*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 12, Alfarrábios, 1 sem. 2010. Disponível em: <<http://www.omarrare.uerj.br/numero12/pdfs/emile.pdf>>. Acesso em: 31/05/2015.

Data de recebimento: 18/12/2014

Data de aprovação: 08/06/2015



# DISCURSO DO MEDO, SEGURANÇA CIDADÃ E A SUPRESSÃO DE GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

## SPEECH OF FEAR, CITIZEN SECURITY AND ABOLITION OF CRIMINAL PROCEDURAL GUARANTEES

Roberta Lofrano Andrade\*

### RESUMO

Em tempos de expansão do Direito Penal, vemo-nos imersos em um discurso do medo, o qual acaba por legitimar movimentos de Lei e Ordem, característicos de um modelo penal de Segurança Cidadã. Tudo isso porque vivenciamos uma exacerbada sensação de insegurança, a qual é potencializada pela atitude da mídia, criadora de autênticos “melodramas cotidianos”. Esses aspectos geram o surgimento de um Direito Penal simbólico, o qual se manifesta pela criação legislativa interessada em agradar ao público eleitoreiro. Nessa linha, o processo penal respeitador das garantias constitucionais passa a ser visto como um entrave à efetivação das condenações criminais. Aceita-se a possibilidade, por exemplo, de a busca da prova pelo magistrado, o que vem a macular o sistema acusatório eleito (e historicamente construído) pela Constituição Federal de 1988.

**Palavras-chave:** Insegurança; Lei e Ordem; Mídia; Garantias processuais penais.

### ABSTRACT

In times of criminal law expansion we see ourselves in a fear speech which ends for legitimate movements of law and order typical of a penal model of citizen security. This is due to a heightened sense of insecurity which is potentiated by the media attitude, creators of authentic “daily melodramas”. These features creates the uprising of a symbolic penal law which manifest by interested legislative creation in order to please publicly the election

---

\* Mestre em Direito pela UNISINOS. Correspondência para/Correspondence to: Rua Joaquim Pedro Soares, n. 500, sala 51, Centro, Novo Hamburgo/RS. CEP: 93510-320, e-mail: robertalofranoandrade@gmail.com. Telefone: (51) 9961-1095.

campaign. On this point of view, the respected penal process of the constitutional guarantees turns to be seen as barrier to the effectiveness of the criminal convictions. As a sample it is accepted the possibility of search for evidence by magistrate which comes to stain the accusatory system elected (and historically constructed) by federal constitution of 1988.

**Keywords:** Insecurity; Law and Order; Media; Procedural Guarantees.

## INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que o medo faça parte de nossa sociedade. Esse medo se relaciona, principalmente, à criminalidade clássica (furtos, roubos, lesões corporais, homicídios) haja vista ser ela que atinge diretamente o patrimônio e a incolumidade física de cada um. A partir disso, percebe-se haver uma pressão para que o Estado intervenha, mormente através do Direito Penal e Processual Penal. Quer-se, assim, um aumento de medidas de repressão.

Essa realidade faz legitimar políticas de Lei e Ordem, inseridas no que podemos chamar, conforme José Luis Díez Ripollés, de modelo da Segurança Cidadã. Nesse contexto, assistimos ao surgimento da política da Tolerância Zero, lançada nos Estados Unidos e amplamente aceita nos países latino-americanos. Também vemos surgir discursos como o do Direito Penal do Inimigo, o qual separa as pessoas entre cidadãos e inimigos (sendo estes considerados, em verdade, como não pessoas) a fim de possibilitar maior repressão aos últimos, aos quais caberia a mitigação de garantias penais.

Essas questões estão intimamente ligadas à expansão do Direito Penal. E, a ela, não se pode deixar de atrelar a sensação social de insegurança, a mídia e o Direito Penal simbólico. Com efeito, a mídia vem a ampliar essa sensação de medo na medida em que dramatiza notícias criminosas, já que mais vendáveis. Além disso, seu discurso se afina à necessidade de aumento da repressão penal, colocando-se favorável a uma “luta contra a criminalidade”. Nessa mesma linha, apropriando-se desse discurso, legisladores criam leis com o intuito de agradar à população, ocasionando o que denominamos de Direito Penal Simbólico.

Em termos de processo penal, esse discurso de emergência faz com que as garantias constitucionais passem a ser vistas como entraves ao andamento do processo e empecilhos à chegada do resultado mais esperado: encarceramentos e sentenças condenatórias. Aceita-se, assim, que o processo penal seja visto como meio de obtenção de uma verdade real (que, diante de todo esse contexto, apresentar-se-á sempre como condenatória). E a partir disso se passa a admitir, também, uma confusão entre as funções de acusar e julgar, maculando-se o sistema acusatório.

Por esses aspectos, procurar-se-á traçar um panorama geral da situação jurídico-processual enfrentada, traçando-se os principais fatores que estão a influenciar o direito penal e o processo penal da atualidade.

## O MODELO DA SEGURANÇA CIDADÃ

A partir de uma simples observação da opinião pública de um modo geral, percebe-se a existência de um sentimento comum pela necessidade de adoção de medidas punitivistas, devido ao aumento da criminalidade clássica, com o que assistimos a um movimento que, genericamente, pode ser chamado de Lei e Ordem<sup>1</sup>. Em termos de processo penal, passam a ser adotadas medidas cunhadas de emergência, as quais se enquadram em, conforme Choukr<sup>2</sup>, “aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade”.

Dentro desse contexto, importante analisar o aparecimento da política da Tolerância Zero surgida nos Estados Unidos, na cidade de Nova Iorque, no que tange à gestão da criminalidade e dos conflitos sociais em geral. Na ocasião, ocorreu uma identificação do crime com os “desclassificados”, havendo uma criminalização da pobreza. Para a sociedade, o tipo mais comum dos criminosos advém de sua “base”, residentes dos guetos urbanos, estando, portanto, localizado em um espaço certo<sup>3</sup>.

Conforme Wacquant<sup>4</sup>, ante o que podemos chamar de “crise do Estado Social”<sup>5</sup> (a qual se manifesta no descumprimento, por parte do Estado, das

<sup>1</sup> Veja-se o que esclarece Shecaira a respeito do movimento da Lei e Ordem: “A segunda grande esfera de reação a maximizar a intervenção punitiva foi o Movimento da Lei e Ordem. A ideia central é dar uma resposta ao fenômeno da criminalidade com acréscimo de medidas repressivas decorrentes de leis penais. Nas duas últimas décadas crimes atrozes são apresentados pelo *mass media* e por muitos políticos como uma ocorrência terrível, geradora de insegurança e consequência do tratamento benigno dispensado pela lei aos criminosos, que, por isso, não lhe têm respeito. O remédio milagroso outro não é senão a ideologia da repressão, fulcra da no velho regime punitivo — retributivo, que recebe o nome de Movimento da Lei e da Ordem. Os defensores deste pensamento partem do pressuposto dicotômico de que a sociedade está dividida em homens bons e maus. A violência destes só poderá ser controlada através de leis severas, que imponham longas penas privativas de liberdade, quando não a morte. Estes seriam os únicos meios de controle efetivo da criminalidade crescente, a única forma de intimidação e neutralização dos criminosos. Seria mais, permitiria fazer justiça às vítimas e aos ‘homens de bem’, ou seja, àqueles que não cometem delitos.” (SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância Zero. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, outubro/2009, p. 170). Nesse ponto, devem ser mantidas as palavras com acentos desatualizados, pois é uma citação direta, que deve ser mantida nos termos exatos do texto copiado.

<sup>2</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 5.

<sup>3</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 134. Mesma observação. Se no título original há *tréma*, então elas devem permanecer.

<sup>4</sup> WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 7-8.

<sup>5</sup> Com relação a essa forma estatal, cabe referir que o Estado Social consolidou-se, depois da Revolução Industrial, na cessão às pressões dos trabalhadores, que, aliadas a um colapso na economia, manifestado na crise de 1929, demonstraram a necessidade de implementação de

promessas de efetivação dos direitos sociais), o atual ideário neoliberal “pretende remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social”, apesar de ser justamente essa a própria razão de ser da insegurança. Com efeito, essa é uma tendência que se manifesta na limitação a questões de Lei e Ordem do que ainda resta da iniciativa política nas mãos do Estado-nação, e que proporciona uma “existência ordeira” para alguns e uma ameaçadora força da lei para outros<sup>6</sup>.

Essa técnica se apresenta ainda mais sedutora quando aplicada em países com altos níveis de desigualdade social e sem uma tradição democrática, como o nosso. Nessa medida, a alternativa entre o tratamento social da miséria e o seu tratamento penal, e a opção pela segunda (segundo Wacquant<sup>7</sup>, “que visa às parcelas mais refratárias do subproletariado e se concentra no curto prazo dos ciclos eleitorais e dos pânicos orquestrados por uma máquina midiática fora de controle”), mostra-se mais acentuada em países recentemente industrializados da América do Sul. Infelizmente, a sociedade brasileira continua caracterizada pelas disparidades sociais e pela pobreza de massa que, juntas, alimentam o

---

poderes estatais de intervenção em que em âmbitos nos quais (em que não fica claro) antes não era permitido (e isso inclui principalmente a economia). Nasce, assim, o “Welfare State”. Não basta mais a limitação ao poder estatal, é preciso que o Estado tenha poderes para garantir direitos liberais e sociais por ele concedido aos cidadãos, além de interferir na economia em caso de necessidade. O Estado passa a ter, com essa evolução, um caráter positivo, contrariando a abstenção que deveria exercer no modelo liberal. Por essa razão, Streck e Bolzan de Moraes apontam para a importante característica de o cidadão passar a ter direito de garantia do seu bem-estar pela “ação positiva do Estado como afiançador da qualidade de vida do povo”. No entanto, é de se ver que, para esses autores, seguidores do posicionamento de René Antonio Mayorga, os países da América Latina, periféricos e de desenvolvimento tardio, não vivenciaram a fase do Estado Social. Conforme explicam: “As peculiaridades do desenvolvimento dos países da América Latina – processo de colonização, séculos de governos autoritários, industrialização tardia e dependência periférica – não permitiram a gestação e o florescimento de um Estado de Bem-estar Social ou algo que a ele se assimilasse. O intervencionismo estatal confunde-se historicamente com a prática autoritária/ditatorial, construindo-se o avesso da ideia de Estado Providência, aumentando as distâncias sociais e o processo de empobrecimento das populações. Assim, a tese de que em países periféricos de desenvolvimento tardio o papel do Estado deveria ser o de intervenção para a correção das desigualdades não encontrou terreno fértil em terras latino-americanas. Ao contrário, a tese intervencionista sempre esteve ligada ao patrimonialismo das elites herdeiras do colonialismo. Isso é perfeitamente aplicável ao caso brasileiro, onde o intervencionismo estatal, condição de possibilidade para a realização da função social do Estado, serviu tão somente para a acumulação de capital e renda em favor de uma pequena parcela da população. De todo modo, embora o Estado intervencionista represente uma espécie de amálgama capitalista como projeto salvacionista em face do crescimento dos movimentos de massa, tornou-se, na verdade, o embrião da construção das condições da etapa que o sucedeu nos países desenvolvidos, o Estado Democrático de Direito. E isso não ocorreu no Brasil”. (STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 79-82).

<sup>6</sup> BAUMAN, 1999, op. cit., p. 111.

<sup>7</sup> WACQUANT, 2001, op. cit., p. 7-8.

crescimento da violência criminal. Com relação ao Direito Penal brasileiro, Streck<sup>8</sup> aduz ser comum pensá-lo “como conservador e ideológico, típico de um modelo de Estado em que a produção das leis (e do Direito em geral) segrega a pobreza, afastando-a da sociedade civil (composta por pessoas “de bem”?), a pretexto de garantir a almejada paz social”.

Na mesma linha, Zolo<sup>9</sup> ainda liga esses fatores ao processo de globalização, que, nos países como Brasil e México, ocasionou uma transformação das políticas penais e repressivas, a partir da passagem de um Estado Social a um “Estado Penal”. Assim, o processo de globalização acabou por pressionar os Estados Nacionais ao controle social, o qual é exercido por meio de um controle policial que incide sobre as camadas consideradas delituosas. Com isso, a administração penitenciária ocupa espaços que deveriam ser ocupados política, social e economicamente pelo *Welfare State*. Conforme o autor, assistimos a uma drástica passagem do que seria uma concepção “positiva” da segurança – “como reconhecimento das expectativas e da identidade das pessoas e como participação social”, para o que ele considera uma concepção negativa, “entendida com simples incolumidade individual em relação a possíveis atos de agressão e como repressão à criminalidade”.

A partir disso, incrementa-se a repressão policial no intuito de conter essa violência urbana. Desenvolve-se, assim, um Estado Penal, conforme Wacquant<sup>10</sup>, “para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano”, aumentando-se a intervenção do aparelho policial e judiciário, o que pode ser comparado a uma “verdadeira ditadura dos pobres”.

O “objeto” dessa criminalidade pode ser considerado a delinquência dos jovens, a violência urbana e proveniente dos aglomerados populacionais pobres. Essas noções advêm de discursos provenientes dos Estados Unidos, a respeito do crime, da violência, da justiça, da igualdade e da responsabilidade, e proporcionam a redefinição das missões do Estado, que reduz o seu papel social e amplia a sua intervenção penal<sup>11</sup>. Com efeito, conforme Callegari e Motta<sup>12</sup>, a tendência

<sup>8</sup> STRECK, Lenio Luiz. Direito e controle social: de como historicamente criminalizamos a pobreza em *terrae brasílis*. In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). *20 anos de Constituição*. Os direitos humanos entre a norma e a política. São Leopoldo: Oikos, 2009, p. 93.

<sup>9</sup> ZOLO, Danilo. *Globalização: um mapa dos problemas*. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. Santa Catarina: Conceito Editorial, 2010, p. 66-67.

<sup>10</sup> WACQUANT, 2001, op. cit., p. 10.

<sup>11</sup> WACQUANT, op. cit., p. 17-18.

<sup>12</sup> CALLEGARI, André Luis; MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. *Política Criminal Estado e Democracia*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2007, p. 1-22.

de uma política criminal expansionista encontra respaldo na legislação brasileira, que se aproxima de políticas de Lei e Ordem, recrudescendo o sistema penal, através de alterações na legislação vigente e criação de novas incriminações.

Considerava-se, naquele país, que as políticas de ajuda aos mais pobres eram excessivamente generosas, provocando o aumento da escala de pobreza nos Estados Unidos, já que seriam uma recompensa pela inatividade, o que levaria à degenerescência moral das classes populares<sup>13</sup>. Conforme esse pensamento, a tolerância às pequenas infrações fomentaria as infrações graves violentas, pois transmitiria a impressão de que a sociedade está descontrolada, chegando-se à conclusão de que a melhor forma de combater a criminalidade grave é perseguir severamente as pequenas desordens do cotidiano<sup>14</sup>. Vê-se, assim, a promoção de, segundo Bauman<sup>15</sup>, “questões classificadas na rubrica da ‘lei e da ordem’, na panóplia de preocupações públicas, particularmente quando essas difusas preocupações se refletem nas interpretações doutas e autorizadas dos males sociais e nos programas políticos que prometem curá-los”.

O ponto de referência da difusão dessa ideologia foi o *Manhattan Institute* de Nova Iorque, defensor da combinação livre mercado – responsabilidade individual – valores patriarcais. Seguidor desses parâmetros, como importante personagem, tivemos Rudolph Giuliani que, no final de 1993, ganhou as eleições em Nova Iorque, iniciando uma agressiva política de repressão à pequena delinquência e a outras disfunções sociais, como a mendicância, embriaguez, consumo de drogas, prostituição etc. Ele contou com o apoio de William Bratton, chefe do *New York Police Department*, conhecido pelo *slogan* Tolerância Zero<sup>16</sup>.

A partir dessa conceituação, surge a teoria da “vidraça quebrada”<sup>17</sup> (segundo a qual, ao se quebrar a vidraça de um prédio e se deixá-la daquela forma isso faria com que as demais fossem quebradas – em uma atitude repetitiva, o que

<sup>13</sup> WACQUANT, 2001, op. cit., p. 22.

<sup>14</sup> GARCÍA, José Ángel Brandariz. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas. In: *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Patricia Faraldo Cabana (Directora), Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 21.

<sup>15</sup> BAUMAN, 1999, op. cit., p. 111.

<sup>16</sup> GARCÍA, 2004, op. cit., p. 17-18.

<sup>17</sup> Sobre a teoria das janelas quebradas, Shecaira presta o seguinte esclarecimento: “O programa de tolerância zero tem sua origem, em grande medida, em função de um famoso artigo publicado por James Q. Wilson em parceria com George Kelling, no ano de 1982, na revista norte-americana *Atlantic Montly*. O artigo intitulou-se de “*Broken Windows: the police and neighborhood safety*”. A ideia central do pensamento ali desenvolvido é o de que uma pequena infração, quando tolerada, pode levar ao cometimento de crimes mais graves, em função de uma sensação de anomia que viceja em certas áreas da cidade. A leniência e condescendência com pequenas desordens do cotidiano não devem ter sua importância minimizada. Ao contrário. Não se deve negligenciar essa importante fonte de irradiação da criminalidade violenta. Esse pensamento é metafóricamente exposto com a teoria das janelas quebradas” (SHECAIRA, 2009, op. cit., p. 166).

justificaria a punição imediata dos pequenos delitos, para que não se alastrassem e se tornassem maiores); a “lei dos três golpes” (que determinava que, ao reincidir pela terceira vez, o acusado receberia uma pena automática de vinte anos de reclusão); e a *Ley Megan* (de acordo com a qual todos os Estados – dos Estados Unidos – deveriam informar à comunidade quando uma pessoa tivesse cumprido pena por abuso sexual de menores<sup>18</sup>); entre outras.

A teoria da “vidraça quebrada” serviu de base para a reorganização do trabalho policial feita por Bratton<sup>19</sup>. Foram desenvolvidas três frentes: aumento em 10 vezes do efetivo e dos equipamentos das brigadas; responsabilização operacional dos comissários de bairro, com obrigação quantitativa de resultado; e a implementação de um sistema de radar informatizado, que permitia a redistribuição instantânea das forças de ordem e a aplicação inflexível da lei sobre os delitos menores, como embriaguez, jogatina, mendicância, atentados aos costumes, ameaças etc.<sup>20</sup>.

De acordo com Belli<sup>21</sup>, “embora jamais tenha sido validada empiricamente, a teoria das ‘janelas quebradas’ alcançou *status* de verdadeira varinha de condão”. Ela passou a ser considerada a resposta ideal à violência das grandes cidades, como um modo de recuperação da autoestima dos moradores, erradicando-se as pequenas condutas que contribuiriam para a decadência da ordem. Conforme o autor, “seria necessário retomar o espaço público, que havia sido degradado pela presença de uma escória de pequenos infratores prontos a assumir características mais violentas. O Estado deveria, portanto, aparelhar-se para cumprir sua função central da manutenção da lei e da ordem”.

<sup>18</sup> Na mesma linha de orientação, uma lei californiana, de 1996, determinava a castração química de abusadores reincidentes de menores. (ELBERT, Carlos Alberto. El nuevo rol del Estado en América Latina y el control de la sociedad. In: FAYET JÚNIOR, Ney; CORRÊA, Simone Prates Miranda (Org.). *A sociedade, a violência e o direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 73).

<sup>19</sup> Conforme Shecaira, essa teoria, embasadora das medidas adotadas por Bratton, possui quatro elementos principais: “(I) Ao lidar com a desordem e com pequenos desordeiros, a polícia fica mais bem informada e se põe em contato com os autores de crimes mais graves, prendendo também os mais perigosos; (II) a alta visibilidade das ações da polícia e de sua concentração em áreas caracterizadas pelo alto grau de desordem, protege os bons cidadãos e, ao mesmo tempo, emite mensagem para os maus e aqueles culpados de crimes menores no sentido de que suas atitudes não serão toleradas; (III) os cidadãos começam a retomar o controle sobre os espaços públicos, movendo-se para o centro dos esforços de manutenção da ordem e prevenção do crime; (IV) na medida em que os problemas relacionados à desordem e ao crime deixam de ser responsabilidade exclusiva da polícia e passam a envolver toda a comunidade, todos se mobilizam para enfrentar tais questões de uma forma mais integrada” (SHECAIRA, 2009, op. cit., p. 166-167).

<sup>20</sup> WACQUANT, 2001, op. cit., p. 26.

<sup>21</sup> BELLI, Benoni. Polícia, “Tolerância Zero” e Exclusão. 28 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://sipol-prudente.blogspot.com.br/2011/08/policia-tolerancia-zero-e-exclusao.html>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

Essa política proporciona uma dupla consequência: a perseguição de certos setores sociais em determinados espaços públicos e a construção de uma mensagem de tranquilidade transmitida aos outros âmbitos sociais, mais precisamente às classes médias e altas. Além disso, alimenta-se a partir de um círculo vicioso, na medida em que as estatísticas criminais refletem um maior número de crimes em determinados grupos sociais e espaços da estrutura urbana justamente devido ao seu abandono por parte do Estado e à intensificação do controle policial sobre eles. Na conclusão de García<sup>22</sup>, “ello reproduce, de nuevo, la decisión de centrar en estos grupos y espacios los esfuerzos institucionales en la gestión del control social”. Assim, conforme Zolo<sup>23</sup>, “o que não é mais absolutamente tolerado não é, em geral, a criminalidade: são os comportamentos específicos, mesmo de pequena importância, dos sujeitos marginais – dos ‘estrangeiros’ – que não aceitam se adequar aos modelos dominantes do conformismo social”.

Toda essa sistemática da Tolerância Zero desenvolvida em Nova Iorque, conforme Wacquant<sup>24</sup>, foi um “instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda”, propagando-se rapidamente para outros países.

Houve a divulgação desse modelo da Tolerância Zero para outros países ocidentais, interessados na gestão da pobreza e na retirada do Estado da frente econômico-social. Nessa difusão esteve a mídia, com seu perfil “simbólico comunicativo” e os políticos, que oferecem aparentes prestações em matéria de segurança, face ao aumento da sensação de insegurança<sup>25</sup>.

Conforme Belli<sup>26</sup>, a Tolerância Zero pareceu oferecer a solução para o problema da criminalidade brasileira. A violência urbana é reduzida a uma questão de polícia, mas não do sentido de punição *ex post facto*, mas sim no de vigilância e escolha dos alvos preferenciais. De acordo com o autor, “a recepção favorável da tolerância zero no Brasil tem menos a ver com sua suposta eficiência na redução dos crimes do que com sua eficácia simbólica no reforço de estereótipos correntes na sociedade brasileira”, proporcionando um reforço da concepção de crime e de criminoso. O discurso supostamente científico da Tolerância Zero classifica a realidade de forma a reproduzir as relações sociais excludentes que prevalecem no Brasil, havendo uma correspondência entre os enunciados desse discurso e o senso comum sobre como lidar com os problemas da criminalidade. O entendimento da “guerra contra o crime” já vinha sendo aplicado

<sup>22</sup> GARCÍA, 2004, op. cit., p. 23.

<sup>23</sup> ZOLO, 2010, op. cit., p. 67-68.

<sup>24</sup> WACQUANT, 2001, op. cit., p. 30.

<sup>25</sup> GARCÍA, 2004, op. cit., p. 21-22.

<sup>26</sup> BELLI, 2011, op. cit.

## Discurso do medo, segurança cidadã e a supressão de garantias processuais penais

na prática policial brasileira através da violência policial ilegal, com o que o discurso da Tolerância Zero possibilitou inserir esse costume em uma orientação internacional, revestindo a velha arbitrariedade de um novo discurso de credibilidade e reconhecimento mundial.

Nessa linha, Elbert<sup>27</sup> aponta alguns exemplos, em geral, de medidas estabelecidas a partir dessa política: a) mobilização das forças armadas para o controle de regiões ou lugares sem presença policial; b) criação de grandes “conselhos de segurança” de acordo com o modelo dos governos militares; c) endurecimento legal generalizado; d) aumento das penas em matéria de delitos sexuais; e) oferecimento de recompensas por dados sobre suspeitos; f) prêmios pela delação de imigrantes ilegais; g) transnacionalização da atividade policial; h) aumento do número de policiais nas ruas; e i) construção de mais prisões. Essas medidas, aplicadas na América Latina, refletem a influência e o interesse dos Estados Unidos<sup>28</sup>.

No entanto, enquanto essa técnica se espalhava pelo planeta<sup>29</sup> ela começava a ser questionada em Nova Iorque<sup>30</sup>, depois da ocorrência do assassinato de

<sup>27</sup> ELBERT, 2000, op. cit., p. 72-73.

<sup>28</sup> Nesse ponto, cumpre observar que, na América Latina, há toda uma história voltada a uma atuação policial repressiva com a finalidade de manutenção da ordem. É o que aduz Rico (1997, p. 24), apontando que, já durante o período colonial “españoles y portugueses introdujeron – sobre todo en el Cono Sur – el modelo de policía imperante en el continente europeo, caracterizado por su naturaleza esencialmente represiva y orientada al mantenimiento del orden. Las tareas policiales eran ejercidas por los alguaciles (cuerpo especial de vigilantes encargado de perseguir a los malhechores y vigilar los campos), la policía rural y los serenos (agentes de seguridad nocturnos). Los primeros servicios policiales se crean en Chile (1760), Nueva Granada (1791), Brasil (1808), Argentina (1813) y Uruguay (1829), generalmente con atribuciones similares a las del ejército”.

<sup>29</sup> “Como exemplo, pode-se citar a “cruzada nacional contra o crime” no México; as medidas tomadas na Argentina (entre elas, a criação de galpões penitenciários); a contratação de 800 policiais civis e militares em Brasília, para fins de aplicação da “tolerância zero” em resposta a uma onda de crimes de sangue na capital brasileira”. (WACQUANT, 2001, op. cit., p. 31).

<sup>30</sup> Veja-se que o prefeito Giuliani sempre pronunciava sua política como responsável pela queda de criminalidade em Nova Iorque. No entanto, conforme Shecaira, ele omitia importantes informações, “como a queda acentuada do desemprego nesse período, em face de uma forte recuperação econômica; a estabilização e exaustão do mercado de crack; a diminuição do número de jovens, que normalmente constituem a maioria dos delinquentes. Também omitiu que outras grandes cidades importantes americanas tiveram substancial queda de criminalidade no mesmo período, mesmo sem qualquer medida assemelhada à Tolerância Zero. Também omitiu que a criminalidade já havia caído 20% antes da aplicação da política, porquanto o pico de criminalidade já havia atingido o auge em 1990, já sendo decrescente três anos antes da política exacerbadora de Tolerância Zero. Enquanto Nova York propalava ‘recorde’ de quedas das taxas de criminalidade, da ordem de 70,6% entre os anos de 1991 a 1998, San Diego, implementando uma política de policiamento comunitário, teve queda de 76,4% na taxa de homicídios, no mesmo período. Boston obteve índices assemelhados aos de Nova York, 69,3%, com uma política de envolvimento de líderes religiosos na prevenção de crimes. Outras cidades, sem qualquer política coerente predeterminada, obtiveram índices grandes de redução. Destaque para os 61,3% de Houston e os 59,3% de Los Angeles” (SHECAIRA, 2009, op. cit., p. 168).

Amadeu Diallo, imigrante da Guiné, de 22 anos, em 1999, morto com 41 balas de revólver por quatro policiais da “Unidade de Luta Contra os Crimes de Rua”, que perseguiram um suposto estuprador, quando Amadeu estava parado sozinho na porta de seu prédio. Ainda, antes disso, outro acontecimento foi o “caso Abner Louima”, de um imigrante haitiano que fora vítima de tortura sexual em um posto policial de Manhattan, em 1998. Após esses acontecidos, as práticas agressivas dessa tropa de choque de 380 homens fizeram com que ela respondesse a diversos inquéritos administrativos e dois processos, instaurados pelos procuradores federais, a partir da suspeita de realização de prisões com base na raça das pessoas e de deboche dos direitos constitucionais dos perseguidos<sup>31</sup>.

Com efeito, entre 1994 e 1998 teria havido um crescimento de cerca de 62% referente a queixas de brutalidade policial encaminhadas à Junta de Revisão de Queixas (*Civilian Complaint Review Board*) da cidade de Nova Iorque, demonstrando o claro aumento de choques entre policiais e civis. Além disso, teria ocorrido o forjamento de relatórios, para fins de tornar menos graves os crimes não resolvidos e maquiagem estatísticas<sup>32</sup>.

A Tolerância Zero é assim, de acordo com Belli<sup>33</sup>, a política de um Estado penal, o qual trata a questão da segurança como um problema de déficit policial, punição e encarceramento, com o que só se aumenta o número de presos e não se provoca qualquer redução significativa da criminalidade. Conforme o autor, essa política “parece se encaixar perfeitamente no atual contexto político de desmonte do Estado de bem-estar, de modo a transformá-lo num Estado puramente penal, destinado a ‘cuidar’ da parcela da população considerada ‘desajustada’, incapaz de inserir-se na sociedade de consumo”.

Por tudo isso, é de se ver que a Tolerância Zero e a “criminalização da pobreza” se manifestam como característica da “sociedade da insegurança e do risco” – apesar de aqui, o risco não dever ser entendido como aquele proveniente da evolução tecnológica. Com efeito, a aplicação de uma “linha dura” em matéria de controle social formal constitui um mecanismo de gestão cidadã e institucional da emergência diante da sensação social de insegurança<sup>34</sup>.

Os resultados negativos da aplicação dessa política criminal são de caráter jurídico e criminológico. Juridicamente, há uma infração aos princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade e uma conversão do direito penal do fato em direito penal do autor<sup>35</sup>. E, além disso, percebeu-se que a Tolerância Zero

<sup>31</sup> WACQUANT, 2001, op. cit., p. 34-35.

<sup>32</sup> BELLI, 2011, op. cit.

<sup>33</sup> Idem.

<sup>34</sup> GARCÍA, 2004, op. cit., p. 37-38.

<sup>35</sup> Conforme Roxin, *Direito penal do fato e direito penal do autor* se diferenciam da seguinte forma: “Por Derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la

não possui eficácia a médio e longo prazo. A sua prática em determinada zona da cidade não elimina o problema, apenas o transfere para outro local. Ainda, ela não produz resultado na prevenção geral da delinquência. Uma análise feita na cidade de Nova Iorque permitiu concluir não ter havido uma queda significativa no número de delitos, tanto dos mais graves quanto dos mais leves<sup>36</sup>.

Com efeito, essa política da Tolerância Zero aumenta o número dos prisioneiros. E a prisão, na linha de Bauman<sup>37</sup>, significa não só imobilização, mas também expulsão, o que faz com que seja considerada a melhor medida, pois “corta o mal pela raiz”. Ela significa uma prolongada e permanente exclusão (com o que, a partir desse raciocínio, a pena de morte seria considerada a medida perfeita). Conforme o autor, “o lema é ‘tornar as ruas de novo seguras’ – e o que melhor promete a realização disso do que a remoção dos perigos para espaços fora do alcance e de contato, espaços de onde não possam escapar?”. Assim, as pessoas que cresceram em meio a uma cultura dos alarmes contra os ladrões serão, logicamente, favoráveis a prisões e condenações cada vez mais longas, tudo combinando bem e restaurando “a lógica ao caos da existência”.

Ainda, no alerta de Conde<sup>38</sup>, deve-se levar em conta que a globalização da economia tem ocasionado, em todo o mundo, um aumento da população subproletária, um maior número de desempregados, uma escassa qualificação de trabalho, uma imigração irregular etc., o que acaba por proporcionar mais delinquência, ou, ao menos, mais delinquência do tipo sobrevivência. Obviamente não se pode admitir que 3 milhões de desempregados (referindo-se, o autor, à Espanha) possam roubar impunemente, mas a problemática do desemprego não pode ser resolvida por meio de repressão policial e aumento das prisões, mas de uma política social e econômica com justa distribuição de renda e maior investimento das prestações sociais. Do contrário, o que vem ocorrendo a partir da “globalização do modelo econômico” é a redução do Estado Social e o aumento do Estado policial, penal e penitenciário. A ideia de Tolerância Zero se tornou

---

punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. Frente a eso se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción” (ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999, p. 176-177).

<sup>36</sup> CONDE, Francisco Muñoz. As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “Tolerância Zero” ao “Direito Penal do Inimigo”. Tradução de Themis Maria Pacheco de Carvalho. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*. n. 2, 2005, p. 1-37. Disponível em: <www.revistaampem.org.br/2005>, p. 10.

<sup>37</sup> BAUMAN, 1999, op. cit., p. 130-131.

<sup>38</sup> CONDE, 2005, op. cit., p. 10.

um modelo único que se quer aplicar em todo o mundo, sem se atentar às diferenças econômicas, culturais e sociais de cada país.

É diante desses fatos que Elbert<sup>39</sup> refere: “los medios, legisladores y políticos se alarman solo cuando un marginado ataca alguien de una ‘familia tipo’ o invade la privacidad alpina, o sea, cuando los mundos incompatibles se tropiezan en el mismo sitio”. São essas circunstâncias que provocam a “histeria político-criminal de classe”, as quais geram as campanhas de Lei e Ordem, impulsionando modificações legislativas ou copiando os inventos da política criminal estadunidense, como a Tolerância Zero, a estigmatização pública, execuções itinerantes, cadeira elétrica ou injeção letal. No meio dessa conjuntura, também encampada pela mídia, fica difícil se colocar contra essa avalanche de ideias que destroem os aspectos racionais do controle e pretendem implementar a “segurança do terror”, deixando de lado avaliações sobre a sua utilidade. As soluções simbólicas não preveem a adoção de medidas reais para amenizar o sofrimento das vítimas (como centros de assessoramento) e muito menos fundos indenizatórios para a compensação das perdas. Ao contrário, todo o debate gira em torno dos melhores modelos de rigor e degradação retributiva.

184

Assim, o controle e a vigilância se apresentam como obsessões, e a segregação dos grupos de risco, a fortificação e a exclusão se mostram como urgências. São essas respostas construídas para o medo, como sentimento (alimentado pela mídia) fundamental de compreensão da realidade do presente. A gestão dessa insegurança (através dessa oferta de endurecimento do controle como resposta ao alarme social) cumpre uma tarefa de coesão social, que tende a ocultar ou, ao menos, rebaixar a perturbação derivada de todo um conjunto de outros fatores de insegurança<sup>40</sup>.

Nesse aspecto, percebe-se que esses pontos de conflituosidade social passam a ser prioridade de um Direito Penal especialmente punitivo com relação a grupos de classes economicamente inferiores. Nessa era de globalização neoliberal, o sistema penal se vê obrigado a se adaptar a gerir maiores níveis de exclusão e conflituosidade social, o que faz por meio do controle na gestão dos setores que sofrem os efeitos mais prejudiciais do novo modelo socioeconômico, ao invés da superação mediante um ideal reintegrador<sup>41</sup>.

Assim se admite a mitigação de garantias fundamentais. Esse sistema emergencial, de acordo com Choukr<sup>42</sup>, buscaria a (re)legitimação do Direito Penal estatal, tendo-se em vista considerá-la perdida diante da “criminalidade que

<sup>39</sup> ELBERT, 2000, op. cit., p. 69.

<sup>40</sup> GARCÍA, 2004, op. cit., p. 41-42.

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> CHOUKR, 2002, op. cit., p. 9.

instaura o caos”, com o que a pena teria a finalidade de resguardo da norma penal, “constituindo-se, ao final, a própria defesa do sistema”. Por isso, em termos de processo, a consequência é “o emprego de mecanismos cada vez mais tendentes à supremacia estatal”. Com efeito, esse discurso do caos é, normalmente, relacionado ao da crise, apresentando um tom dramático e verdadeira inclinação ao autoritarismo.

É a partir dessas considerações que, na segunda metade da década de 1990<sup>43</sup>, também surgiu o Direito Penal do Inimigo, visto como a doutrina mais agressiva dentro desse âmbito de Direito Penal máximo. Ela se legitima visto que inserida no modelo penal da Segurança Cidadã, e promove a distinção de quem deve ser considerado cidadão na comunidade<sup>44</sup>. Foi Günther Jakobs que formulou, na política criminal moderna, a “melhor” contraposição entre cidadão e inimigo, considerando que o indivíduo revelador de comportamento perigoso deve ser tratado como inimigo social<sup>45</sup>.

O Direito Penal que conhecemos seria, nessa linha, dirigido aos cidadãos: indivíduos que teriam uma projeção de comportamento pessoal determinado pelos direitos e deveres vigentes na sociedade, sendo fieis ao ordenamento jurídico. Isso porque, de acordo com Jakobs<sup>46</sup>, “só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal”. Para os cidadãos, a pena teria a função de reafirmar a vigência da norma infringida, em confirmação à

<sup>43</sup> Veja-se que desde os anos 1980 Jakobs vinha proferindo palestras sobre um direito penal dito do inimigo, mas foi em uma conferência em Berlim, na década de 1990, que seu discurso ganhou voz. Conforme Ribeiro: “A partir do final do século XX, Günther Jakobs construiu um discurso legitimador das tendências de ‘endurecimento’ do Direito Penal e Processual Penal que se estavam verificando em diversos países, em áreas específicas, como as relacionadas com a criminalidade organizada, o tráfico de drogas e o terrorismo.” (RIBEIRO, Bruno de Moraes. *Defesa social e direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 55).

<sup>44</sup> Essa distinção fere a noção constitucional de cidadania, a qual é inclusiva e de conteúdo amplo, valorizando os participantes da vida do Estado e reconhecendo a pessoa humana como um ser integrado na sociedade em que vive. Nessa perspectiva, “não se pode admitir que apenas o exercício de direitos políticos seja considerado exercício da cidadania. A cidadania não se resume na pertinência a uma comunidade estatal ou à possibilidade de manifestar-se periodicamente por meio de eleições” (MELO, Milena Pretters. Cidadania: subsídios teóricos para uma nova práxis. In: SILVA, Reinaldo Pereira e (Org.). *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo, 1998, p.78). A diferenciação operada pelo Direito Penal do Inimigo, como se verá, não levará em conta a conceituação ampla de cidadania e tampouco a sua conceituação restrita (vinculada à capacidade de voto). Ela utilizará essa expressão tão somente para justificar a exclusão dos denominados “inimigos”, sem considerar, justamente, o caráter inclusivo que o conceito de cidadania, atualmente, carrega. Esse aspecto já revela o absurdo de sua proposição.

<sup>45</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo – Buenos Aires: Editorial BdeF, 2007, p. 168-169.

<sup>46</sup> JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org. e tradução). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 45.

identidade social<sup>47</sup>. Já aqueles que, por sua atitude pessoal, seu meio de vida, incorporação a organizações criminosas ou outros fatores, demonstrem, de maneira reiterada e duradoura, sua predisposição a delinquir, defraudam frequentemente as expectativas normativas e não satisfazem as garantias mínimas de comportamento de acordo com as exigências do contrato social. Por isso não devem ser considerados pessoas ou cidadãos, merecendo ser excluídos da sociedade<sup>48</sup>. Conforme Jakobs<sup>49</sup>, os casos “nos quais a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminui a disposição em tratar o delinquente como pessoa”. O Direito Penal a eles aplicado não deveria ser o mesmo dos cidadãos, mas de caráter militar e com o objetivo de neutralizar a periculosidade dos inimigos, com garantias reduzidas e com uma pena cuja finalidade não seria a reafirmação da vigência da norma, mas a manutenção da exclusão desses indivíduos<sup>50</sup>.

Nas palavras do próprio Jakobs<sup>51</sup>, “o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação”. Disso tudo, Jakobs<sup>52</sup> resume a questão do inimigo da seguinte forma:

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também em respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.

Para isso, é no âmbito do processo penal que o Direito Penal do Inimigo concentra seus maiores esforços. Facilitação da imposição da prisão preventiva; facilitação de controles corporais; de intervenção de comunicações ou de intromissão, em setores privados, sem controle judicial (ou com poucos controles);

<sup>47</sup> Com relação à pena, aponta Jakobs: “A pena é coação; é coação – aqui só será abordada de maneira setorial – de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato” (JAKOBS, 2005, op. cit., p. 42).

<sup>48</sup> RIPOLLÉS, 2007, op. cit., p. 168-169.

<sup>49</sup> JAKOBS, 2005, op. cit., p. 34.

<sup>50</sup> RIPOLLÉS, 2007, op. cit., p. 107-171.

<sup>51</sup> JAKOBS, 2005, op. cit., p. 42.

<sup>52</sup> JAKOBS, op. cit., p. 49.

uso se agentes à paisana; prolongamento dos períodos de incomunicabilidade; restrições ao direito de não produzir prova contra si mesmo; limitações ao direito de defesa; reconsiderações a respeito da validade da prova ilícita; entre outras medidas<sup>53-54</sup>.

Meliá<sup>55</sup> elenca quais seriam os principais elementos do Direito Penal do Inimigo: a) o adiantamento da punibilidade, ou seja, ter-se uma perspectiva do ordenamento jurídico prospectiva (fato futuro como referência) ao invés de retrospectiva (fato cometido como referência); b) penas desproporcionalmente altas (sendo que a antecipação da barreira de punição não seria considerada para reduzir a pena cominada); c) supressão ou relativização das garantias processuais.

Jakobs propõe sua teoria justamente num momento em que a dogmática penal se vê diante da pressão pela expansão do Direito Penal, por um lado, e da resistência na manutenção de um sistema de garantias, pelo outro. Em face disso, ele aposta na existência de um duplo caminho: um Direito Penal para os cidadãos e um Direito Penal para os inimigos. Atribui, assim, penas para os cidadãos e medidas de segurança para os inimigos. Em uma perspectiva histórica, é essa diferenciação que marcou o Direito Penal do Nacional-Socialismo alemão, o qual aplicou medidas de segurança aos não arianos e delinquentes. Nessa perspectiva, Conde, em sua obra “Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacional socialismo”, trouxe à baila a vinculação do jurista alemão Edmund Mezger ao Partido Nazista, demonstrando sua intensa participação na elaboração do Projeto de Tratamento aos Estranhos à Comunidade. Trazendo a discussão para o nosso tempo, Conde enfrenta a

<sup>53</sup> RIPOLLÉS, 2007, op. cit., p. 179.

<sup>54</sup> Conde traz exemplos de medidas prejudiciais às garantias processuais, as quais seriam características do Direito Penal do Inimigo: “E como exemplo de recorte de garantias processuais, seguindo o exemplo de preceitos do “Act Patriotic” dos Estados Unidos, que permitem ao FBI, sem controle judicial, prender cidadãos ou solicitar das empresas dados sobre a intimidade de seus clientes e trabalhadores e outras muitas violações de direitos fundamentais, estão as medidas excepcionais de detenção governamental por tempo indefinido de estrangeiros suspeitos de terrorismo na Inglaterra; ou a aceitação, como prova, sancionada legalmente em muitos países, da declaração do “arrepentido”, nos casos de terrorismo ou criminalidade organizada (“chimata di correo”, na Itália; “testemunha protegida”, na Lei sobre crime organizado no México). Na Espanha, embora nos últimos anos, salvo em matéria de prisão preventiva, não se tem feito reformas processuais específicas, existem práticas jurisprudenciais que admitem como prova de acusação contra um acusado a “declaração do coimputado” (cfr. STS 29 julho 1998: “caso Marey”), ou a utilização como meio de prova de gravações audiovisual obtidas de uma forma que, como repetidamente declarou o Tribunal europeu de direitos humanos de Estrasburgo a respeito do art. 579 da Lei de Processamento criminal espanhol, violam a intimidade porque não respeitam determinados princípios e garantias. (CONDE, 2005, op. cit., p. 137).

<sup>55</sup> MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal” do Inimigo? In: CALLEGARI, André Luis; GIACO-MOLLI, Nereu José (Org. e tradução). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 67.

problemática do Direito Penal do Inimigo. Conforme Machado<sup>56</sup>, é essa aplicação de medidas de segurança (e não de penas) que marcou o Direito Penal de cunho autoritário ao longo dos tempos:

Essa talvez seja uma das chaves possíveis para refletir sobre esse sistema à luz dos dados históricos trazidos por Muñoz Conde. De sua narrativa, que vai desde o Projeto Radbruch de 1922, passando pela Lei de Delinquentes Perigosos de 1933, chegando ao Projeto de Tratamento aos Estranhos à Comunidade, há um fio condutor que não nos escapa: a percepção de que foi da relação entre penas e medidas de segurança e do jogo entre esses dois sistemas que se articulou boa parte das tendências autoritárias do Direito Penal nazista.

O Direito Penal nazista estava voltado aos inimigos do regime, sendo basicamente um Direito Penal do autor, possuindo a finalidade de proteção do “são sentimento do povo alemão”. A mesma lógica percorre o Direito Penal do inimigo. Nas palavras de Machado<sup>57</sup>: “um Direito Penal que, como propõe Jakobs, protege a confiança no ordenamento jurídico e o respeito às normas, sem nenhum outro referencial que diga quando é legítimo punir, aceita que em seu nome possa ser feito muito mais do que se desejaria em uma democracia”.

188

Diante disso, essa projeção de medos sobre a sociedade e o discurso do caos proporcionam a perda dos valores culturais. De acordo com Choukr<sup>58</sup>, é utilizada uma nomenclatura militar e incorporada a mensagem amigo x inimigo (“conhecida na teoria política porque justifica a manutenção do poder a qualquer custo, num conflito substancialmente sem regras”). Com isso, é rompido o perfil “adversarial” do processo, pois, no polo passivo não haverá um réu, mas um inimigo. Assim, são sacrificadas garantias de proteção à liberdade individual e de contenção do poder estatal (em regra, constitucionalmente previstas).

Conforme Zaffaroni<sup>59</sup>, é possível dizer-se que a primeira vez a ser utilizado esse discurso do inimigo foi na Inquisição<sup>60</sup>, sendo ele o próprio satã (presente

<sup>56</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Edmund Mezger e o direito penal do nosso tempo. Resenha de MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, maio 2015, p. 157.

<sup>57</sup> MACHADO, 2015, op. cit., p. 159.

<sup>58</sup> CHOUKR, 2002, op. cit., p. 39.

<sup>59</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 33.

<sup>60</sup> A partir de uma perspectiva histórica, observe-se que as primeiras linhas de um processo penal inquisitorial ocorreram no Direito Romano, quando, na fase do Império, se deu a aparição de funcionários (magistrados) encarregados de velar pela segurança pública, aos quais cabia perseguir penalmente os fatos puníveis que chegavam ao seu conhecimento, por meio de uma instrução escrita e secreta (MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*. Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 286-287). Após, já na Idade Média, pode-se dizer que a Inqui-

## Discurso do medo, segurança cidadã e a supressão de garantias processuais penais

nos hereges, bruxas e pecadores), o que justificava a tomada de atitudes emergenciais. É por isso que, conforme o autor, desde a sua origem, o poder punitivo mostrou “su formidable capacidad de perversión, montada – como siempre – sobre un prejuicio que impone miedo, en este caso, sobre la vieja creencia vulgar europea en los maleficia de las brujas, admitida y ratificada sin tapujos por los académicos de su tiempo”.

Nesse contexto, a intolerância religiosa que sustentou um sistema inquisitorial em outros tempos hoje se apresenta vestida de necessidade de repressão mais eficaz à criminalidade<sup>61</sup>. Com isso, tem-se a utilização simbólica do direito e processo penais “como técnica de dominação e reprodução do poder”. E cada vez que se emprega o poder repressivo como forma simbólica há uma invasão aos direitos fundamentais, apesar de, formalmente, eles permanecerem legalmente previstos. Além disso, considerando-se essa necessidade de adoção de medidas emergenciais (em nome da maior eficácia do sistema repressivo), a estruturação codificada aparece como empecilho ao funcionamento adequado desse sistema punitivo, o qual é adjetivado como fraco e inoperante<sup>62</sup>.

Diante de tudo isso, conforme Ripollés<sup>63</sup>, há essa aplicação do que ele chama de política criminal da Segurança Cidadã, a qual visa responder a esses anseios sociais por mais segurança referentes à criminalidade clássica (que, segundo o autor, permanece no centro das atenções). Nesse sentido, a delinquência clássica (consistente nos delitos contra os interesses individuais, especialmente os contra a vida e integridade, propriedade e liberdade) não chegou a perder o protagonismo em face da “criminalidade dos poderosos” (apesar do aumento das previsões legais relativas aos comportamentos delitivos dos setores socialmente privilegiados – outro sintoma da expansão do Direito Penal).

189

## A PRESSÃO PELO RECRUDESCIMENTO DO SISTEMA PENAL

Nessa contínua linha de raciocínio, conforme Ripollés, “la consolidación de la delincuencia clásica encuentra un apoyo inestimable en la generalización del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana”. Com efeito, há uma sensação

---

ção inicia quando, em 1232, o imperador Frederico II lançou editos de perseguição aos hereges em todo o Império, devido ao seu temor de perseguições internas (BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993, p. 13). O apogeu da Inquisição, no entanto, ocorreu na época do Absolutismo, principalmente na Península Ibérica no final do século XV, quando da formação do Império de Espanha sob o reinado de Fernando de Aragão e Isabel de Castela, momento em que se pretendeu fazer um procedimento de “limpeza” contra os mouros e os judeus (CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 11).

<sup>61</sup> ZAFFARONI, 2006, op. cit., p. 42.

<sup>62</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 46-48.

<sup>63</sup> RIPOLLÉS, 2007, op. cit., p. 70-71.

social de que “as coisas vão cada vez piores” no que tange aos temas de prevenção de delinquência, o que se projeta também a partir da falta de confiança nos poderes públicos na resolução do problema. Além disso, não vemos mais uma atitude compreensiva com relação à criminalidade tradicional, como ocorria nos anos setenta e oitenta, quando o delinquente era visto como um ser socialmente desfavorecido e marginalizado, necessitado de ajuda da sociedade. Hoje, são vistos como seres que perseguem, ao seu livre-arbítrio, interesses egoístas e imorais ao custo dos interesses legítimos dos demais (com o que a sociedade passa a querer participar do “controle da delinquência”, transformando-se a vontade de incluir os desviados no interesse de garantir a sua exclusão social). Atrelado a isso, os meios de comunicação têm dedicado grande espaço às crônicas criminais, as quais, frequentemente, têm ocupado manchetes e influenciado, sobremaneira, amplos setores da população<sup>64</sup>.

Com efeito, além de uma insegurança objetiva (a qual de fato existe e é consequência da própria modernidade e de uma sociedade que pode ser denominada do Risco<sup>65</sup>), há o que pode ser chamado de insegurança subjetiva, que corresponde à sensação social de insegurança, à insegurança que é sentida pela população em geral. Conforme Silva Sánchez<sup>66</sup>, a nossa sociedade pode ser definida como a sociedade do medo, pois “um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos”. Outra não é a conclusão de Bauman<sup>67</sup>: “nos últimos anos, sobretudo na Europa e em suas

<sup>64</sup> CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal post-moderno*. Madrid: Iustel, 2007, p. 75.

<sup>65</sup> O modelo social desenvolvido após a Revolução Industrial é comumente intitulado de Sociedade de Riscos ou Sociedade do Risco. Isso se dá porque vivemos em um momento de economia rapidamente variante e constantes avanços tecnológicos, o que nos proporciona um aumento do conforto e bem-estar, mas também nos traz um relevante aspecto negativo: o incremento dos riscos a que estamos submetidos. A expressão Sociedade do Risco foi criada por Beck, termo que dá título à sua obra: *Risikogesellschaft* (BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998, p. 14). Nesse sentido, aduz Silva Sánchez (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal*. Aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 28-29) que, desde o referido livro, é comum nossa sociedade pós-industrial ser caracterizada desse modo. Isso porque assistimos a uma economia rapidamente variante e ao aparecimento de avanços tecnológicos sem precedentes na história da humanidade. Conforme o autor, “o extraordinário desenvolvimento da técnica teve, e continua tendo, obviamente, repercussões diretas em um incremento do bem-estar individual. Como também as tem a dinâmica dos fenômenos econômicos. Sem embargo, convém não ignorar suas consequências negativas”.

<sup>66</sup> SÁNCHEZ, 2002, op. cit., p. 33.

<sup>67</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, op. cit., p. 13.

## Discurso do medo, segurança cidadã e a supressão de garantias processuais penais

ramificações no ultramar, a forte tendência a sentir medo e a obsessão maníaca por segurança fizeram a mais espetacular das carreiras”.

À guisa de exemplo, no Brasil, pode-se citar uma pesquisa elaborada pelo Datafolha no início de 2000 que constatou que a sensação de violência é superior aos dados reais, pois, muito embora o índice de assaltos ocorridos tenha mantido uma média nos últimos três anos, 79% dos entrevistados opinaram que o número dos delitos de furto e roubo havia aumentado<sup>68</sup>.

Ainda, de acordo com a exemplificação de Garland<sup>69</sup>, esse temor ao delito como um tema cultural importante pode ser visto em estudos de opinião pública que revelam a existência de uma presunção difundida na população dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha de que as taxas do número de delitos praticados estão aumentando (acima do que é a sua evolução real), bem como de que há uma confiança das pessoas na capacidade do sistema de justiça penal. Essa sensação de um público temeroso e ressentido impacta fortemente o estilo e conteúdo das políticas públicas. Denota-se uma dramatização do delito. O público não possui mais aquela imagem do Estado do Bem-estar Social de que o delinquente seria um ser necessitado e desfavorecido, precisando de ajuda. Hoje, as imagens (que acompanham a nova legislação), são de delinquentes como jovens não governáveis, depredadores perigosos e marginais de carreira não corrigíveis. Seguindo essas imagens e respondendo a elas, o atual discurso da política criminal invoca um público cheio de ira, cansado de conviver com o medo, exigente de medidas fortes de castigo e proteção. O sentimento da população é de “nojo coletivo”, com uma exigência moral de retribuição no lugar da busca por uma solução justa de caráter social.

Em face desses fatores, pode-se concluir, conforme Silva Sánchez<sup>70</sup>, que “é realmente duvidoso que a medida da insegurança sentida pelos cidadãos se corresponda de modo exato com o nível de existência objetiva de riscos dificilmente controláveis, ou simplesmente incontroláveis, que lhes afetem pessoalmente e de modo imediato”. Outra não é a constatação de García<sup>71</sup>: “la percepción subjetiva de la inseguridad es claramente desproporcionada en relación con la entidad objetiva de los peligros”.

Nesse contexto, há a inevitável influência dessa sensação social de insegurança nos Direitos Penal e Processual Penal, os quais acabam por se ver pressionados pela população a adotar medidas que, ao menos em tese, possam reduzir

<sup>68</sup> GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: RT, 2002, p. 76.

<sup>69</sup> GARLAND, David. *La cultura del control*. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Traducción Máximo Sozzo. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005, p. 45.

<sup>70</sup> SÁNCHEZ, 2002, op. cit., p. 36.

<sup>71</sup> GARCÍA, 2004, op. cit., p. 53.

esse sentimento. Por essa razão, aduz García<sup>72</sup> que isso tem influenciado de maneira muito perceptível no sistema penal “condicionando las demandas que se le dirigen, determinando su creciente centralidad en el marco de las políticas estatales e acentuando la perenne crisis que lo sitúa en la encrucijada entre libertad y seguridad”. No mesmo sentido, para Buergo<sup>73</sup>, a exigência de alterações normativas em busca de segurança se pauta não somente em uma necessidade, vista pelo cidadão, de proteção objetiva, mas também de confiança na norma para que, assim, seja possível se sentir seguro.

Atrelada a tudo isso está a mídia, que vem a potencializar a sensação de insegurança com dramatizações ao redor de notícias criminais, bem como formar a opinião pública no sentido de se exigir segurança por meio da ampliação do Direito Penal. Basta ligarmos a televisão ou o rádio e abrirmos o jornal para percebermos que o tema principal das notícias do dia é a violência. Roubos, latrocínios, assassinatos, estupro ilustram nosso cotidiano, trazendo medo e revolta à população.

Nesse contexto, Albrecht<sup>74</sup> alerta para o fato de que a criminalidade é objeto de autênticos melodramas cotidianos que se comercializam com texto e ilustrações nos meios de comunicação. De acordo com o autor, “la dramatización de la amenaza de la criminalidad es el pan nuestro de cada día de la actividad informativa”. Diante disso, conforme Silva Sánchez<sup>75</sup>, não há o que se negar sobre a existência de uma correlação entre a sensação social de insegurança frente ao delito e a atuação dos meios de comunicação.

Hassemer<sup>76</sup>, ao falar da importância que é dada à violência e da forma como a sociedade a percebe, principalmente frente ao consumo comunicativo, adverte:

*Resulta aquí de importancia que los fenómenos de violencia ocupan nuestra capacidad de percepción social y cultural con una intensidad como pocas veces antes, y que su transmisión hacia nosotros se produce en forma tendencialmente más comunicativa que concreta. De esto se sigue, entre otras cosas, que las chances de dramatizar la violencia y hacer política mediante ella, son buenas: los medios atribuyen al ejercicio de violencia un alto valor como noticia e informan sobre ella, sin embargo (¿o por eso?),*

<sup>72</sup> GARCÍA, 2004, op. cit., p. 53.

<sup>73</sup> BUERGO, Blanca Mendoza. Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo. In: Agra, Cândido da; DomÍnguez, José Luis; Amado, Juan Antonio García; Hebberecht, Patrick; Recasens, Amadeu (Ed.). *La seguridad en la sociedad del riesgo*. Un debate abierto. Barcelona: Atelier, 2003, p. 31.

<sup>74</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: Casabona, Carlos Maria Romeo (Coord.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 471-487.

<sup>75</sup> SÁNCHEZ, 2002, op. cit., p. 37.

<sup>76</sup> HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy: norma. Interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Buenos Aires: AD-HOC, 1995, p. 50.

## Discurso do medo, segurança cidadã e a supressão de garantias processuais penais

*en forma altamente selectiva, la amenaza de violencia – sea real o sólo supuesta – es un regulador mediante el cual puede ser fomentada la política criminal (típicamente restauradora); aquello que vale como un bien jurídico que requiere protección penal (y que por tanto puede ser portador de amenaza penal) se decide mediante un acuerdo normativo social, para el cual, nuevamente, resultan constitutivas las sensaciones de amenaza de la población.*

Rodríguez<sup>77</sup>, por seu turno, também percebe que “se viene detectando en los últimos años un especial protagonismo de los medios de comunicación en la fase de *creación o concepción legislativa*”. Nessa medida, a mídia não se limita a manifestar opiniões a respeito do mal-estar social, mas traça os contornos do problema, sendo capaz de gerá-lo. Os fatos mais dramáticos são os que trazem os maiores níveis de audiência, motivo pelo qual é frequente a transmissão de imagens de agressões, roubos, assassinatos, ações violentas em geral, as quais põem em alerta a sociedade.

No mesmo sentido, conforme Bauman<sup>78</sup>, a atenção dispensada à questão da segurança é sempre mais “espetacular, visível, ‘televisível’” do que qualquer atitude que se preocupe com as causas mais profundas do mal-estar social (as quais são menos palpáveis e aparentemente mais abstratas). O combate ao crime, e o próprio crime contra os corpos e a propriedade privada, proporciona um espetáculo, e os meios de comunicação sabem disso. Assim, se formos julgar o “estado da sociedade” a partir dessas representações dramatizadas, o mundo inteiro poderia parecer dividido entre criminosos e pessoas “guardiãs da ordem”, e “toda a vida humana pareceria navegar numa estreita garganta e entre a ameaça de assalto físico e o combate aos possíveis assaltantes”.

García<sup>79</sup>, na mesma linha de raciocínio, por sua vez, aduz que a produção de imagens de insegurança frente ao delito contribui de forma significativa para a percepção subjetiva dos riscos contemporâneos, gerando desproporção entre o perigo objetivo e a sensação subjetiva diante deles. Nesse contexto, cabe ressaltar que os meios de comunicação voltam sua atenção para o delito tendo em vista a facilidade com que se presta a uma apresentação em forma de espetáculo, enfatizando-se os elementos emocionais da informação e se dramatizando os fenômenos criminais, conseguindo-se, assim, maiores níveis de audiência em um mercado da comunicação competitivo<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> RODRÍGUEZ, Alberto Daunis. Seguridad, derechos humanos y garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas? *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*. Granada, 2005, p. 217.

<sup>78</sup> BAUMAN, 1999, op. cit., p. 126-127.

<sup>79</sup> GARCÍA, 2004, op. cit., p. 69-70.

<sup>80</sup> Cumpre, no entanto, dizer que, conforme alerta Silva Sánchez, não se deve pensar que o medo da criminalidade é criado pelos meios de comunicação, mas sim que eles reforçam ou

Não se pode deixar de observar, entretanto, que os meios de comunicação não agem somente dramatizando as notícias criminosas, e aumentando, conseqüentemente, o sentimento de insegurança, mas, também, como formadores de opinião pública. Normalmente, ao trazer a notícia, a mídia, na pessoa dos jornalistas e comunicadores em geral, se posiciona no sentido de uma necessidade de maior punição, influenciando diretamente na opinião das pessoas. Conforme Callegari e Wermuth<sup>81</sup>, citando Bordieu, “os jornalistas e demais trabalhadores da mídia’ transformam-se cada vez mais em ‘pequenos diretores de consciência’ que se fazem, sem ter de forçar muito, os porta-vozes de uma moral tipicamente pequeno-burguesa, que dizem ‘o que se deve pensar’ sobre o que chamam de ‘os problemas da sociedade’”<sup>82</sup>. Por isso, de acordo com os autores, deve-se ter em mente que uma das características de nossa atual sociedade é, justamente, essa influência da mídia na opinião pública, com o que, em uma sociedade de consumo, “os meios de comunicação são utilizados como mecanismos para fomentar crenças, culturas e valores, de forma a sustentar os interesses – invariavelmente mercadológicos – que representam”<sup>83</sup>.

Nessa medida, conforme Prado<sup>84</sup>, no que tange ao rito processual, percebe-se que, com essa exploração midiática da violência, ao contrário do processo penal tradicional, no qual haveria igualdade de posições e paridade de armas entre defesa e acusação, “o processo paralelo difundido na mídia é superficial, emocional, e muito raramente oferece a todos os envolvidos igualdade de

---

estabilizam um medo preexistente (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, 2002, p. 38). No mesmo sentido, aponta: “con todo, no puede incurrirse en una interpretación simplista, que atribuya a los medios de comunicación la responsabilidad unidimensional en la producción de una cierta ansiedad social ante la criminalidad” (GARCÍA, José Ángel Brandariz, 2004, p. 69-70).

<sup>81</sup> CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

<sup>82</sup> Nessa linha, veja-se o que aduz Mulas a respeito da opinião pública: “La opinión pública viene a ser el espacio en el que se reciben y forman, contrastándose reciprocamente, las ideas, creencias, e incluso los sentimientos, que guardan relación con los acontecimientos sociales y se proyectan sobre ellos, condicionándolos o, a veces, determinándolos. Su propia existencia y funcionalidad como factor de crítica, apoyo o impulso de la acción de representantes y gobernantes, depende de la virtualidad de concretos derechos fundamentales como los de comunicar y recibir información veraz, por cualquier medio de difusión, y los de expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones. El problema es que se ha dotado a los medios de comunicación social de un *status* especial que les asegura una posición determinante en la expresión y en formación de la opinión pública, sobre todo debido a su capacidad de atraer una mayor atención mediante las técnicas de la comunicación de masas adquiriendo un enorme valor político y económico. Lógico, pues, que sea por todos conocido como ‘cuarto poder’”. (MULAS, Nieves Sanz. Justicia y medios de comunicación. Un conflicto permanente. In: *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*. Granada, 2005, p. 7).

<sup>83</sup> CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi, 2010, p. 43.

<sup>84</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 161-163.

oportunidade para expor seus pontos de vista”. Essa cobertura dos meios de comunicação macula a presunção de inocência, haja vista que o investigado é apresentado, pela mídia, como responsável pela infração penal, provocando um desequilíbrio de condições entre os sujeitos do processo, e a transfiguração dos procedimentos seculares de apuração e punição, com o que as garantias processuais são vistas como obsoletas e ineficientes. Além disso, o processo penal passa a ser encarado como um meio demorado de se fazer justiça, em contrapartida à maneira “célere e perfeita” da investigação da mídia.

Com efeito, na mesma linha, conforme Thums<sup>85</sup>, o princípio da presunção de inocência é desconhecido ou deliberadamente ignorado pela imprensa para satisfazer o sensacionalismo ou interesse de alguns. Com isso, o pensamento popular é o de que, apontado o suspeito pela mídia, ele deve ser encarcerado de pronto, sem qualquer consideração à garantia do devido processo legal. Para o autor, “a ideia de cumprimento da pena antecipada, sem processo e sem condenação, com violação da garantia constitucional da presunção de inocência, está tão arraigada na cultura popular que, por pressão da mídia, o Judiciário se curva e decreta prisões provisórias absurdas”<sup>86, 87</sup>.

Por tudo o que se viu até agora, não se pode esquecer que esse fenômeno de endurecimento penal, por vezes, carrega uma carga eminentemente simbólica. O legislador, nessa tendência de expansão do Direito Penal, aproveitando-se da sensação social de insegurança da população e suas conseqüentes demandas por segurança, tem criado leis somente para causar a impressão de que é combativo à criminalidade, querendo, desse modo, mostrar-se atendo às exigências da “luta contra o crime”.<sup>88</sup> Nesse prisma, conforme Meliá<sup>89</sup>, quando se usa a terminologia Direito penal simbólico em sentido crítico, “quer-se, então, fazer referência a que determinados agentes políticos tão só perseguem o objetivo de dar a impressão

<sup>85</sup> THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais*. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 153.

<sup>86</sup> THUMS, op. cit., p. 244.

<sup>87</sup> De tudo isso, deixe-se claro que não se busca, aqui, postular por uma redução da liberdade de expressão e informação, amparadas no Princípio da Publicidade, peça-chave do Estado Democrático de Direito, mas sim que sejamos capazes de encontrar um ponto de equilíbrio, para que, nas palavras de Mulas, não se supere “el límite que separa la noticia del espectáculo, la crítica del descrédito infundado, las expresiones duras de la descalificación gratuita” (MULAS, Nieves Sanz, 2005, p. 24).

<sup>88</sup> Sobre essa expressão “luta contra o crime”, Hassemmer e Conde aduzem que “no es raro que no solo en el lenguaje cotidiano, sino también en las expresiones técnicas se asocien ‘criminalidad’ y ‘delito’ con la idea de ‘lucha’. El delito se concibe como un ‘mal’, la criminalidad como una ‘enfermedad infecciosa’ y el delincuente como un ser ‘dañino’” (HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 37).

<sup>89</sup> MELIÁ, Manuel Cancio. O estado atual da política criminal e a ciência do Direito Penal. *Di-  
reito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 59.

tranquilizadora de um legislador atento e decidido, isto é, que predomina uma função latente e manifesta”.

Esses fatores proporcionam a elaboração de leis penais eivadas somente de simbolismo. Silva Sánchez<sup>90</sup>, alertando para o fato de que toda norma jurídica (não só a penal) carrega um caráter simbólico, faz referência às normas possuidoras de uma função meramente simbólica, ou seja, que aos políticos tragam a sensação de que algo fizeram e que aos eleitores proporcionem a sensação de o problema da insegurança estar sendo controlado. O objetivo da norma penal simbólica estará, assim, em trazer à opinião pública a impressão “tranquilizadora de um legislador atento y decidido”. O problema não estaria, então, no aspecto simbólico na norma, mas na sua transformação em função exclusiva dela. Também para Gomes e Bianchini<sup>91</sup>:

(...) que todo instrumento de controle social, incluindo a lei penal, conta com efeitos simbólicos é inegável. Mas, se por um lado não há como não admitir esse tipo de efeito em toda intervenção penal, por outro lado tampouco se deixará de censurar o legislador ou aplicador do direito quando o concebe ou o utiliza unicamente com o propósito de forjar boas impressões na população.

196

Por essas razões, de acordo com os autores, atribuir a uma norma um papel meramente simbólico é conceder a ela uma função “pervertida”, pois não se buscará a efetiva proteção de bens jurídicos, mas “outros fins psicossociais que lhe são alheios”, visando não a uma dissuasão do infrator, mas a uma tranquilização do cidadão cumpridor das leis, acalmando-se, assim, a opinião pública<sup>92</sup>.

O medo e a preocupação com o delito têm, assim, aparecido na agenda social entre os assuntos mais relevantes, o que, inclusive, converteu-se em um problema social em si mesmo. Fica fácil notar que um bom número dos programas de intervenção penal é elaborado não tanto para reduzir o delito, mas para diminuir as inquietações sociais sobre a delinquência<sup>93</sup>, o que denominamos de Direito Penal Simbólico.

Em meio a tudo isso, a opinião dos especialistas está desacreditada. A sua reputação com relação à prática judicial ou à execução das penas está malfalada, os juízes que respeitam as garantias penais e processuais penais são vistos como adotantes de decisões isoladas do sentido comum, e os funcionários da execução penal são tidos como preocupados com o bem-estar dos delinquentes. Somente

<sup>90</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992, p. 305.

<sup>91</sup> GOMES; BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 104-105.

<sup>92</sup> GOMES; BIANCHINI, op. cit., p. 103-104.

<sup>93</sup> GOMES; BIANCHINI, op. cit., p. 76.

## Discurso do medo, segurança cidadã e a supressão de garantias processuais penais

a polícia, com sua função de prevenção e perseguição aos delitos, segue considerada imprescindível, com o que suas eventuais insuficiências não conduzem ao questionamento de seus conhecimentos, mas a considerar-se necessário seu aperfeiçoamento e melhora<sup>94</sup>.

E é por isso que Garland<sup>95</sup> aduz a existência de uma corrente populista na política criminal na qual se denigre os especialistas e profissionais e se defende a autoridade “do povo”, do sentido comum. A voz dominante da política criminal já não é mais a do especialista ou do operador, mas das vítimas e da amedrontada população. A importância da investigação e do conhecimento criminológicos está degradada, valorizando-se a “voz da experiência” do sentido comum.

E o denominado modelo da Segurança Cidadã atende, perfeitamente, a esses anseios sociais. Afinal, ele distingue entre cidadãos e delinquentes, defende um tratamento duro dos intrusos e estranhos, segrega a pobreza e ignora as desigualdades sociais. Apoia-se em certezas muito convenientes para se difundir em um mundo desregulado e imprevisível<sup>96</sup>.

## O DISCURSO DE EMERGÊNCIA, A RELATIVIZAÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL

Com efeito e por tudo isso, tem-se privilegiado, no processo penal, uma orientação para a verificação da verdade material<sup>97</sup>, a fim de que o processo esteja livre de formalismos considerados como um embaraço. Ainda, conforme Moccia<sup>98</sup>, “seguindo escolhas extravagantes da Corte Constitucional, sanciona-se uma

<sup>94</sup> RIPOLLÉS, 2007, op. cit., p. 79.

<sup>95</sup> GARLAND, op. cit., p. 49.

<sup>96</sup> RIPOLLÉS, 2007, op. cit., p. 116.

<sup>97</sup> No que tange à verdade material, o primeiro aspecto a ser observado é o fato de não existir nenhuma verdade. Considera-se, hoje, inclusive, que uma verdade científica existirá até o surgimento de uma nova descoberta que venha a contradizê-la. Refere Thums que Einstein já dizia que a verdade possui um prazo de validade, raciocínio que também deveria por fim a esse mito no mundo jurídico. É impossível ao homem reconstruir um fato histórico, pois ele é extinto pelo tempo, que o torna passado. E não pode haver uma verdade sobre o que está no passado, por mais que, no Direito, insista-se que a solução do caso estaria no “reconstruir da verdade”. (THUMS, 2006, op. cit., p. 281). Na mesma linha, adverte Prado que não há uma verdade real. É um ideal não alcançável, que dá espaço a uma verdade não definitiva mas contingente, “relativa ao estado dos conhecimentos e experiências contemporâneas”. Conforme o autor, a legitimidade da atividade jurisdicional estará “condicionada ao emprego de técnicas que imunizam o processo do decisionismo judicial (em outras palavras, da decisão arbitrária) e não iludam quanto à conquista de uma verdade real”, o que ocorre a partir do asseguramento dos direitos e garantias fundamentais, com a demonstração, pela acusação e defesa, de suas teses e provas produzidas. E, assim, a legitimidade da atividade jurisdicional ocorrerá, pois, a sentença terá captado um “tipo de verdade” controlável por todos, após um juízo contraditório, oral e público, na vigência de um sistema acusatório (PRADO, 2001, op. cit., p. 35).

<sup>98</sup> MOCCIA, Sérgio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 7, n. 25, jan./mar. 1999, p. 67.

absoluta supremacia da função punitiva, confiando à consciência, se não à intuição, do magistrado o poder de punir”. No entanto, os “estéreis formalismos” não devem ser assim encarados. De acordo o autor:

Quando para deter cautelarmente pretendemos que uma folha de papel traga a assinatura de certas pessoas e não de outras; ou estabelecemos que é inválido se não encontramos nele especificado o fato pelo qual a liberdade é cerceada; quando dizemos que uma interceptação telefônica – ainda que indiscutível com relação às responsabilidades de alguém – não vale (nulidade); quando dela se extraíram pedaços sem antes interpelar a defesa; ou que uma absolvição, talvez errônea, torna-se intangível, se se percebe que o acusador depositou o recurso um dia depois do prazo, nós efetivamente fixamos formas. Cada uma delas encarna escolhas de valor. Portanto, quem as invoca, quem as respeita, por isso mesmo, invoca, respeita ou desrespeita valores, ou, como se costuma dizer, princípios<sup>99</sup>.

198 A partir desses pensamentos, a cultura dos direitos e garantias fundamentais é vista como um entrave ao funcionamento eficiente do sistema. Acontece que com o tempo se percebe que essa promessa de segurança transmitida pelo discurso de emergência não passa de absoluta falácia. Isso porque não se vê diminuído qualquer índice relativo à criminalidade que se quer combater e o preço que se paga para sustentar esse discurso vazio é muito alto, na medida em que os direitos fundamentais, uma vez violados, não mais se recompõem<sup>100</sup>. Com isso, ocorre, segundo Choukr<sup>101</sup>, “a quebra do estado de direito pelo próprio estado que lhe dá vida”. De acordo com o autor, o discurso da emergência não compensa a ruptura de garantias porque:

Se o sistema repressivo oferece algo de positivo, na relação custo-benefício com a ruptura do processo cultural da normalidade sua desvantagem é notória. Seu emprego não compensa o desfazimento do sistema jurídico garantidor porque, na essência de sua correta aplicação, ele traduz o caminho adequado para a composição legítima do convívio social. Antes de se optar pelas regras de ruptura é primordial fazer valer as regras estabelecidas como parâmetro de normalidade. É necessário, pois, dar uma chance à normalidade para que ela se manifeste<sup>102</sup>.

No entanto, assistimos ao deslocamento de um sistema de supremacia da lei para a supremacia do magistrado (admitindo-se seu poder como confiável e,

<sup>99</sup> MOCCIA, 1999, op. cit., p. 67.

<sup>100</sup> CHOUKR, 2002, op. cit., p. 49.

<sup>101</sup> CHOUKR, op. cit., p. 65-66.

<sup>102</sup> CHOUKR, op. cit., p. 68.

logo, superior). As decisões judiciais passam a possuir força mais porque fazem parte de um órgão que tem poder, do que pelo respeito à lei, reforçando-se uma posição autoritária da jurisdição. Por isso, esse processo penal vem caracterizado, conforme Moccia<sup>103</sup>, “pela elasticidade de suas regras, com o florescimento de práticas que só com muito esforço são reconciliáveis com as previsões normativas; com os direitos individuais que acabam confiados à incerteza dessas práticas e não à certeza da *regulae juris*”.

Está-se pretendendo enfrentar, com o processo (e também com normas de caráter material), a expansão de manifestações criminais, com o que se passa a ceder, como ocorre habitualmente nas emergências, às ilusões da ameaça, o que acaba por provocar prejuízo à legalidade, sem a contrapartida da buscada eficiência. Por exemplo, quando isso influencia no sistema probatório, há uma confusão entre imputação e juízo, provocando o rebaixamento da função do juiz em relação ao Ministério Público, havendo uma conseqüente predeterminação da sentença<sup>104</sup>.

Com efeito, o art. 156 do Código de Processo Penal<sup>105</sup> reflete bem o princípio embasador da nossa sistemática processual penal, conforme aponta Thums<sup>106</sup>: “o art. 156 do Código de Processo Penal confere ao juiz poderes para investigar e perquirir provas. Assim, mesmo havendo separação entre órgão acusador e julgador, o sistema processual brasileiro é informado por um princípio inquisitivo”.

Em um modelo acusatório, a proposição e produção da prova condenatória cabe à acusação (e não ao magistrado). Conforme Giacomolli<sup>107</sup>, “a única admissibilidade válida é a atuação *ex officio* do magistrado para garantir e proteger os direitos e a liberdade do imputado, como guardião das liberdades”.

Determinar a produção antecipada de provas ou ordenar a realização de diligência para dirimir dúvida (como permite o art. 156) é atuar como parte, não sendo essa a atribuição do juiz, a quem cabe verificar a admissibilidade dos meios de prova e da metodologia probatória. Além disso, a prova antecipada será aquela produzida sem contraditório judicial. Caberia ao Ministério Público, titular da ação penal, verificar essa eventual necessidade e solicitá-la se for o caso, e não ao órgão que analisará esses elementos probatórios ao receber ou rejeitar a

<sup>103</sup> MOCCIA, 1999, op. cit., p. 67.

<sup>104</sup> MOCCIA, op. cit., p. 69.

<sup>105</sup> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

<sup>106</sup> THUMS, 2006, op. cit., p. 280.

<sup>107</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas do processo penal*. Considerações críticas. Provas, ritos processuais, júri, sentenças. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 35.

denúncia. Além disso, a determinação de diligência para se dirimir dúvida não é dotada de qualquer sentido em uma sistemática acusatória, porque a dúvida deve conduzir à absolvição<sup>108</sup>. *In dubio pro reo*. É simples assim. Admitir de outra forma é aceitar um juiz inquisidor. Nesse mesmo sentido, nas palavras de Giacomolli, “a dúvida do julgador induz a absolvição pelo princípio do *in dubio pro reo*, implicando, a determinação *ex officio* da prova, em resultado necessariamente contra o acusado, em favor da acusação, na medida em que o imputado já estaria absolvido pela dúvida”<sup>109</sup>.

Para Thums<sup>110</sup>, se o juiz partir na busca da prova ele estará subvertendo a função do acusador e se transformando em inquisidor. Com isso, o Ministério Público assumiria uma confortável posição e causaria um desequilíbrio entre as partes, já que o Estado teria dois órgãos aptos à produção da prova contra o réu. Assim, há uma confusão entre as funções de acusar e julgar, desfigurando o sistema acusatório. Se o Ministério Público, órgão incumbido, pela Constituição Federal, de promover a ação penal pública, não for capaz de produzir prova suficiente para condenar o réu, o juiz não pode diligenciar na obtenção dessa prova, mas deve promover a absolvição devido ao *favor rei*.

Com efeito, conforme Prado<sup>111</sup>, “a ordem das coisas colocadas no processo permite, pragmaticamente, constatar que a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material possa determinar, se efetivamente incorporado ao processo”. Ou seja, pesquisa-se determinada prova e, com relação a ela, já se tem um prognóstico de sua real existência e das consequências jurídicas de sua positividade. Aquele que procura sabe o que quer encontrar está inclinado a um lado, podendo ser o condenatório, situação que macula a necessária imparcialidade do magistrado. Não se pode conceber que, desconfiado da culpa do acusado, busque o juiz os meios de prova a confirmar a sua suspeita, tornando-se, assim, substituto do órgão da acusação.

Nessa hipótese, está presente o mesmo comprometimento psicológico que faz com que se repudie a iniciativa do processo pelo magistrado. O autor advoga pela impossibilidade de investigação judicial devido ao princípio acusatório, que admitiria, quando muito, uma intervenção judicial caso necessário “pesquisar de maneira supletiva provas de inocência, conforme a(s) tese(s) esposada(s) pela defesa” – o que estaria de acordo com o princípio da paridade de armas<sup>112</sup>. E é

<sup>108</sup> GIACOMOLLI, 2008, op. cit., p. 35-36.

<sup>109</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica*. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014, p. 97.

<sup>110</sup> THUMS, 2006, op. cit., p. 282.

<sup>111</sup> PRADO, 2001, op. cit., p. 137.

<sup>112</sup> Idem.

## Discurso do medo, segurança cidadã e a supressão de garantias processuais penais

por isso que Lopes Jr.<sup>113</sup> alerta que “não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora”.

Por um lado, ocorre um processo com intolerância às regras, e, por outro, é a própria lei que desrespeita certos postulados (e a permissão de busca probatória pelo magistrado pelo próprio Código de Processo Penal é um exemplo disso), ocorrendo a “crise das formas”, nesse caso, por meio da legislação. O resultado de ambas as situações, conforme Moccia<sup>114</sup>, não muda muito: “as provas degradam, a imputação e o juízo tendem a confundir-se e a identificar-se (o segundo já estando contido na primeira), e o juiz é esmagado pela acusação pública, a legitimação é procurada não nas normas, mas em formas variadas de consensos externos: o processo, como garantia, então, desaparece”. O processo assume, desse modo, a função de medida política, buscando os valores dos resultados a qualquer preço.

A justiça, conforme essa cultura emergencialista, assume uma fisionomia particular, diferente da característica de um Estado Social de Direito. Esse movimento de emergência proporciona, segundo Moccia<sup>115</sup>, “a mistura de papéis, a antecipação da pena, acertos com a *mass media*, com o resultado de realizar processos sumários, sem ritos e extrainstitucionais”. Fora isso, há um consenso pela sempre aprovação da acusação, e crítica àqueles que não concordam com ela. A partir desse pensamento, o órgão jurisdicional que absolve invalida, considerando-se que o juiz que absolve estaria “anulando” os resultados e o trabalho do Ministério Público.

Na mesma linha, para Coutinho<sup>116</sup>, utilizando-se do exemplo das reformas do Código de Processo Penal brasileiro realizadas em 2008, ao processo penal de hoje se passa a atribuir uma exigência também de celeridade, o que é incompatível com um processo penal constitucional. Nas palavras do autor:

Daí, certamente, falar-se tanto em reformas em prol da “celeridade”, como se a *questão do tempo*, aqui, fosse equivalente, por exemplo, ao “*perecimento de um bem*”. Assim, se tem diferenças estruturais, há que se optar, sem meias palavras, por um processo penal *de defesa social*, típico dos regimes autoritários, ou por um processo penal constitucionalizado, *garantidor* dos direitos do acusado, *limitador* da violência do Estado; e este último, como é evidente, é incompatível com anseios de

<sup>113</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

<sup>114</sup> MOCCIA, 1999, op. cit., p. 69.

<sup>115</sup> MOCCIA, op. cit., p. 73-74.

<sup>116</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008, p. 11-13.

“celeridade” no sentido de *se condenar mais rápido* ou *se “acalmar a sociedade”*, exatamente porque seu escopo é garantir que só se puna por meio de um *processo legal devido*, com a *observação do contraditório e dos direitos da defesa*. E para tanto, *não cabe a pressa*.

A situação vivida faz com que, conforme Moccia<sup>117</sup>, “a justa exigência de justiça rápida e eficaz transforme-se na injusta exigência de justiça sumária, que é recebida com apreço pela opinião pública”. No entanto, obviamente, as garantias do *due process of law* não são responsáveis pelo suposto fracasso do “combate à criminalidade”. Isso porque, na linha de Choukr<sup>118</sup>, “obedecer aos princípios fundamentais – entre os quais aleatoriamente se invoca o juiz natural, motivação das decisões, contraditório, etc – não significa compactuar com o caos propagandeado”.

Com efeito, a política criminal expansionista exerce influência sobre as premissas do processo penal, produzindo a flexibilização de garantias processuais penais em nome de uma celeridade e segurança jurídica e para se atender a anseios da população. Com isso, a busca por uma segurança que, em tese, seria proporcionada por um viés penal e processual penal, acaba por fazer com que se vivencie uma pressão por resultados condenatórios e pelo encarceramento de acusados e condenados, olvidando-se, para tanto, de garantias com a presunção de inocência.

202

De tudo isso, é de ver-se, conforme Thums<sup>119</sup>, que há um “ranço” da política penal de defesa social, o qual está presente na legislação infraconstitucional, na dogmática tradicional e nas decisões dos tribunais, e se constitui em um obstáculo à consolidação dos princípios constitucionais característicos de um Estado Democrático de Direito e do modelo acusatório.

No entanto, deve haver uma afinidade entre as normas penais, processuais penais e a Constituição, visto que elas são instrumentos do poder penal do Estado e empregadas como forma de controle social. E é por isso que os princípios constitucionais devem se refletir diretamente nesses ramos do Direito<sup>120</sup>.

Nesse ponto, Giacomolli<sup>121</sup> alerta para o fato de não se estar a defender um “constitucionalismo temporalmente enclausurado”, mas “justificante e justificado”, dialético e que admita o confronto das normatividades, dos fatos, direitos, garantias, doutrina e construções jurisprudenciais, que seja dinâmico, real e reflexivo. A partir disso, será possível a superação da consideração de superioridade

<sup>117</sup> MOCCIA, 1999, op. cit., p. 87.

<sup>118</sup> CHOUKR, 2002, op. cit., p. 69.

<sup>119</sup> THUMS, 2006, op. cit., p. 94.

<sup>120</sup> THUMS, op. cit., p. 174-175.

<sup>121</sup> GIACOMOLLI, 2014, op. cit., p. 78.

das regras ordinárias (no caso, o Código de Processo Penal) e a ultrapassagem de um mero decisionismo judicial. O modelo constitucional se constitui no processo devido e deve informar o “modo-de-ser” do processo penal e o “modo-de-atuar” dos agentes processuais. Assim, nas palavras do autor, “A CF, na complexidade normativa e fática da contemporaneidade brasileira, é dirigente e dirigida, não se encarcera em uma dimensão ideológica (fruto do debate), cria possibilidades legitimadoras da transgressão da estrutura processual penal da década de 1940, e oferece pontes à travessia democrática”.

E nesse contexto está a dignidade da pessoa humana, irrenunciável, “princípio fundante da ordem jurídica, fundamento de todos os direitos, garantias e deveres fundamentais”<sup>122</sup>, reconhecida não somente em nossa Constituição Federal, mas também no direito internacional. Com efeito, o reconhecimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais possui amplo espectro internacional. A Carta da ONU de 1945 prevê uma série de regras universais para as relações internacionais e internas, as quais envolvem Estados, Poderes, Instituições e indivíduos, no favorecimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 elencou os direitos e as liberdades fundamentais, também relacionados aos sistemas criminais e constituintes de regras internacionais de *jus cogens*. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 traz regras para o devido processo, especialmente assecuratórias da liberdade. O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, cuja jurisdição foi admitida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, permite ao Tribunal atuar quando houver incapacidade ou falta de vontade de investigar ou punir os crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e de agressão. Além disso, há todo um Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos, composto pela Comissão Interamericana e pela Corte Interamericana. Esse sistema vem especialmente amparado na Convenção Americana dos Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969<sup>123</sup>.

Vemos, portanto, que a necessidade de asseguramento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais é uma preocupação internacional, a qual também deve ser resguardada no âmbito interno. E há uma estrita vinculação entre os direitos humanos e o processo penal, a qual foi compreendida pela nossa Constituição Federal de 1988. É por isso que, nas palavras de Giacomolli<sup>124</sup>, “uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constituo-

<sup>122</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 107.

<sup>123</sup> GIACOMOLLI, 2014, op. cit., p. 123.

<sup>124</sup> GIACOMOLLI, op. cit., p. 12.

nalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário”.

A dignidade da pessoa humana será, inclusive, pilar do Estado de Direito, e terá efeitos também no processo penal, impedindo que o acusado seja “instrumentalizado”, visto como mero objeto e fazendo com que ele seja visto como sujeito de direitos. Nesse contexto, os direitos fundamentais (que se constituem na positivação na ordem jurídica interna de um país dos direitos humanos, reconhecidos nos diplomas internacionais) são “cláusulas pétreas protetivas do conteúdo essencial, núcleo intangível da CF” e deverão ser compreendidos constitucional e convencionalmente, aplicados e efetivados pelos sujeitos processuais<sup>125</sup>.

O devido processo legal (previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal) nada mais é do que o processo penal constitucional. Ele vai além de uma normatividade ordinária e assegura a proteção dos direitos humanos em um plano completo, “por meio de uma teia de garantias forjadas em sua historicidade, na complexidade normativa doméstica e internacional”<sup>126</sup>. A Constituição Federal de 1988 veio a delinear uma nova ordem jurídica também no que tange ao processo penal, o qual deixou de ser mero instrumento utilizado para condenar (ou absolver) para se tornar o meio de tutela de direitos e garantias, que devem ser resguardadas pelo terceiro imparcial. A democracia vinculada à nova ordem constitucional também se revela na democratização do processo, o qual se apresenta carente de supremacia entre as partes, possuidoras de diferentes funções, interdependentes e construtoras de decisões judiciais frente às situações criminais tensionadas no decorrer do processo<sup>127</sup>.

No entanto, no momento da práxis, na qual se denota a percepção dos sujeitos processuais acerca do modelo de processo, infelizmente, ainda não foi superado “o paradigma de que o regramento processual penal é meramente descritivo, apolítico, neutro e autossuficiente. Também, não foi ultrapassada a perspectiva da prevalência da normatividade do CPP sobre a CF e sobre os diplomas internacionais”<sup>128</sup>.

De acordo com Prado<sup>129</sup>, admitirmos um sistema processual que não se coadune à Constituição “faz parte de uma política criminal precisa, baseada em motivações de eficiência repressiva”. Assim, uma cultura que tenha conotação de defesa social, “legitimada” pela atuação dos meios de comunicação (os quais fazem intensa cobertura dos casos criminais e da insegurança, no geral, e exigem

<sup>125</sup> GIACOMOLLI, 2014, op. cit., p. 15.

<sup>126</sup> GIACOMOLLI, op. cit., p. 79.

<sup>127</sup> GIACOMOLLI, op. cit., p. 80.

<sup>128</sup> GIACOMOLLI, op. cit., p. 81.

<sup>129</sup> PRADO, 2001, op. cit., p. 28.

## Discurso do medo, segurança cidadã e a supressão de garantias processuais penais

maior rigor penal), atrelada, ainda, a uma “cultura geral política autoritária”, herança característica dos países latino-americanos, faz do juiz “alguém submetido à ideia de um processo menos dialético e participativo e muito mais hierárquico e subordinativo”.

Com efeito, assistimos a uma resistência por parte dos sujeitos processuais oficiais, bem como da doutrina e da jurisprudência, os quais ainda estão imersos em uma cultura autoritária, burocratizada e inquisitorial e na crença da pena enquanto regeneração e salvamento pelo processo penal. A isso se alia o que Giacomolli<sup>130</sup> denomina de “paradigma da onipotência da esfera criminal”, a qual é vista como apta a resgatar as promessas sociais e políticas não cumpridas e criar um “paraíso terreno sob o manto do punitivismo criminal”.

Nessa medida, essa cultura e esse magistrado ligar-se-ão ao sentimento de insegurança (explorado como demanda de violência pela mídia). E essa cultura do medo acaba por proporcionar, como forma de reação à criminalidade, um conceito de “guerra contra o crime”, com o que são reintroduzidos conceitos bélicos na política criminal, ratificando-se o “processo de militarização que marca a convergência das funções policial e militar peculiares ao Brasil e à América Latina”<sup>131</sup>.

Diante de tudo isso, somente uma leitura constitucional do processo penal permitirá o entendimento da importância das garantias processuais penais historicamente conquistadas, o que poderá impedir a sua relativização (a admitir a busca da prova pelo magistrado, por exemplo, o que ofende a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*). É necessária, pois, a realização de uma filtragem constitucional, a fim de que a legislação e os próprios magistrados não venham a se influenciar por demandas punitivistas e que cheguemos à compreensão, nas palavras de Giacomolli<sup>132</sup>, que “o paradigma ético do processo penal valoriza o ser humano, o outro, reflexo do eu, todos seres imperfeitos, com origem e fins certos”.

## CONCLUSÃO

Por tudo o que foi dito, devemos observar que os vários aspectos atinentes à expansão do Direito Penal vêm a influenciar garantias processuais penais, que, muitas vezes, em nome da celeridade e de um aproveitamento de atos processuais (ainda que eivados de nulidades), são esquecidas, desrespeitando a característica acusatória que deveria possuir nosso processo penal. A sensação de insegurança, a globalização, a influência da mídia e o Direito Penal simbólico, além

<sup>130</sup> GIACOMOLLI, 2014, op. cit., p. 83.

<sup>131</sup> GIACOMOLLI, op. cit., p. 38.

<sup>132</sup> GIACOMOLLI, op. cit., p. 14.

de proporcionarem uma ampliação do âmbito de atuação do Direito Penal – tanto em seu viés dos “crimes de colarinho branco” quanto no âmbito da criminalidade clássica (mais relacionada à “criminalidade dos pobres”), também exercem influência no processo, o qual passa a ter de servir à necessidade de maior eficiência com relação às “velhas formas”, e a conviver com a exigência de ser cada vez mais rápido, produzindo o resultado esperado pela população (no caso, condenatório).

Não há dúvidas de que a população se sente insegura e pressiona pelo aumento do sistema repressivo estatal. Essa sensação encontra respaldo na atuação da mídia, que dramatiza as notícias criminosas e se posiciona pela exigência de recrudesimento do direito e processo penais. E isso tudo leva a medidas de caráter simbólico, com o surgimento de leis na intenção de agrado do público eleitoreiro.

E é dentro desse contexto de pressão que vemos a legitimação de um modelo de Segurança Cidadã, o qual legitima movimentos de Lei e Ordem. Surgem, assim, a política da Tolerância Zero e o Direito Penal do Inimigo, por exemplo. A política da Tolerância Zero, surgida nos Estados Unidos, ganhou força ao redor do mundo, levando a ideia de que o aumento da repressão policial sobre a pequena delinquência resolveria o problema da criminalidade (inclusive da grave). O Direito Penal do Inimigo, trazendo uma visão radicalizada de um Direito Penal máximo, separa as pessoas entre cidadãos e inimigos, permitindo que aos últimos se apliquem medidas de segurança sem a necessidade de um processo penal de garantias.

E, assim, o Estado Social, não cumpridor de suas promessas, abre espaço a um Estado Penal, que valoriza medidas de cunho repressivo, buscando a exclusão do outro, daquele que perturba a ordem, ao invés de solucionar problemas de fundo como a desigualdade social. Essa medida, no entanto, não provoca a redução da criminalidade, muito embora vá ao encontro dos anseios por segurança, que se manifestam comumente na expressão da “luta contra o crime”.

E por toda essa cultura da emergência, assistimos à admissão de medidas contrárias às garantias constitucionais (e aos direitos humanos reconhecidos em âmbito internacional e interno), as quais se dão tanto na própria lei quanto nas decisões dos magistrados. Vemos, assim, um desrespeito à ordem constitucional (historicamente construída). O Judiciário e o Legislativo – cada um no seu âmbito de atuação – estão a permitir que, em nome dessa velada (talvez nem tanto) “necessidade” de se condenar cada vez mais (em meio a toda a pressão da população e da mídia), adotem-se medidas contrárias a um processo penal constitucional. Todos se sentem impelidos na busca pela condenação e por cada vez maiores penas, o que faz com que, por exemplo, se permita que o juiz interfira na produção da prova, deixando de escanteio, entre outros, o princípio da

## Discurso do medo, segurança cidadã e a supressão de garantias processuais penais

presunção de inocência. Diante da dúvida não se deveria absolver? Não é o que percebemos em pleno Estado Social e Democrático de Direito, o qual está a presenciar que, diante da dúvida, busque-se a prova condenatória (em nome da boa e velha verdade real). Com efeito, o processo penal passou a ser visto como o meio de se encontrar uma prova condenatória e permitir punições.

Tudo isso calcado em uma cultura emergencialista e de celeridade, a qual é transportada ao processo penal. Para que todo esse engendrado esquema funcione, é necessário que o processo penal esteja apto a, facilmente, condenar. E por esse motivo as garantias processuais penais passam a ser consideradas entraves a esse “bom funcionamento”. Do mesmo modo, o sistema acusatório, o qual acolhe essas garantias, configura-se em contraditório e impede a gestão probatória pelo juiz, também é visto como um empecilho.

Em razão de todos esses fatores, mostra-se necessária a adequação processual penal à Constituição Federal, a qual, na linha da regulamentação internacional, reconhece um processo penal calcado no contraditório, na presunção de inocência e com o pano de fundo da dignidade da pessoa humana. Não se pode ceder à exigência emergencialista, sob pena de estarmos ignorando a essência constitucional e assumindo um viés autoritário e de intervenção penal máxima.

## REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: Casabona, Carlos Maria Romeo (Coord.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*. As consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998.

BELLI, Benoni. Polícia, “Tolerância Zero” e Exclusão. 28 de agosto de 2011. Disponível em <<http://sipol-prudente.blogspot.com.br/2011/08/policia-tolerancia-zero-e-exclusao.html>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993.

BUERGO, Blanca Mendoza. Gestión del Riesgo y Política criminal de Seguridad en la Sociedad del Riesgo. In: AGRA, Cândido da; DOMINGUEZ, José Luis; AMADO, Juan Antonio García; HEBBERECHT, Patrick; RECASENS, Amadeu (Ed.). *La seguridad en la sociedad del riesgo*. Un debate abierto. Barcelona: Atelier, 2003, p. 67-89.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. *Política criminal estado e democracia*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2007, p. 1-22.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CONDE, Francisco Muñoz. As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “Tolerância Zero” ao “Direito Penal do Inimigo”. Tradução de Themis Maria Pacheco de Carvalho. In: *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*. n. 2, 2005, p. 1-37. Disponível em: <www.revistaampem.org.br/2005>.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

ELBERT, Carlos Alberto. El nuevo rol del Estado en América Latina y el control de la sociedad. In: FAYET Júnior, Ney; CORRÊA, Simone Prates Miranda (Org.). *A sociedade, a violência e o direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

GARCÍA, José Angel Brandaríz. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007.

208

GARCÍA, José Angel Brandaríz. Itinerários de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporâneas. In: CABANA, Patricia Faraldo (Directora). *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant to Blanch, 2004.

GARLAND, David. *La cultura del control*. Crimen y orden social en la sociedad contemporânea. Traducción Máximo Sozzo. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas do processo penal*. Considerações críticas. Provas, ritos processuais, júri, sentenças. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica*. Cases da Core Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: RT, 2002.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy: norma*. Interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Buenos Aires: AD-HOC, 1995.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant to Blanch, 1989.

JAKOBS, Günter. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org. e tradução). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

## Discurso do medo, segurança cidadã e a supressão de garantias processuais penais

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Edmud Mezger e o Direito Penal do nosso tempo. Resenha de MUNOZ CONDE, Francisco. Edmud Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, maio 2015, p. 153-159.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito penal” do inimigo? In: Callegari, André Luís; Giacomolli, Nereu José (Org. e tradução). *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MELIÁ, Manuel Cancio. O estado atual da política criminal e a ciência do Direito Penal. In: *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MELO, Milena Pretters. Cidadania: subsídios teóricos para uma nova práxis. In: SILVA, Reinaldo Pereira e (Org.). *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998.

MOCCIA, Sérgio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 7, n. 25, jan./mar. 1999.

MULAS, Nieves Sanz. Justicia y medios de comunicación. Un conflicto permanente. *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*. Granada, 2005, p. 1-32.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. *Defesa social e direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RICO, José Maria. *Justicia penal y transición democrática en América Latina*. México: Siglo veintiuno ediciones, 1997.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2007.

RODRÍGUEZ, Alberto Daunis. Seguridad, derechos humanos y garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas? *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*. Granada, 2005, p. 213-241.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Traducción y notas Diego-Maneul Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal*. Aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância Zero. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, outubro/2009.

Roberta Lofrano Andrade

STRECK, Lenio Luiz. Direito e controle social: de como historicamente criminalizamos a pobreza em *terrae brasilis*. In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). *20 anos de Constituição. Os Direitos Humanos entre a Norma e a Política*. São Leopoldo: Oikos, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais*. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2006.

ZOLO, Danilo. *Globalização: um mapa dos problemas*. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. Santa Catarina: Conceito Editorial, 2010.

Data de recebimento: 24/11/2014

Data de aprovação: 07/07/2015

# GOVERNANÇA, TRANSPARÊNCIA E DEMOCRACIA NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS: PODE HAVER O SIGILO DE INFORMAÇÃO PÚBLICA?

## GOVERNANCE, TRANSPARENCY AND DEMOCRACY IN BRAZILIAN MUNICIPALITIES: IS IT POSSIBLE TO CLASSIFY PUBLIC INFORMATION?

Giovani Corralo\*

### RESUMO

O presente artigo objetiva o estudo da governança, transparência e democracia nos municípios brasileiros, especialmente para analisar a possibilidade do sigilo da informação pública no âmbito local. Este tema é nuclear nos estudos políticos e jurídicos. Longe de se buscar uma pureza metodológica, a metodologia deste trabalho é dialética. Para tanto, estudam-se a governança, seus aspectos históricos, conceituais e suas dimensões essenciais. Na sequência, aborda-se a análise do direito fundamental de acesso à informação, com base no art. 5º, XXXIII da Constituição Federal e na Lei n. 12.527/2011. Por fim, procede-se à compreensão da governança local, enraizada na democracia e na transparência, concluindo-se pela existência de situações extremamente excepcionais a possibilitar o sigilo da informação pública municipal.

**Palavras-chave:** Boa governança; Informação pública; Democracia; Transparência na administração municipal.

### ABSTRACT

This paper aims to research the governance, transparency and democracy in Brazilian municipalities, namely to analyze the possibility of secrecy of public information in local power. This theme is nuclear in political and juridical reflections. Far from persecute methodological purity, the

---

\* Especialista em Advocacia Municipal pela UFRGS. Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Professor da Graduação e do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Professor convidado do Programa de Mestrado da Universidade Agostinho Neto – Angola. Participante do Grupo de Pesquisa Dimensões do Poder e Relações Sociais da UPF. Correspondência para/Correspondence to: Av. 7 de setembro, 100, salas 210/211 – Plaza Shopping, Passo Fundo/RS, CEP: 99010-120. E-mail: gcorralo@upf.br. Telefone: (54) 988-2756.

methodology of this work is dialectical. Therefore, at first, it studies the governance, its historically development and actual dimensions. In addition, it analyses the fundamental rights to access to information – art. 5º, XXXIII of Federal Constitution – and the edict 11.257/2011. Finally, it runs through the comprehension of local governance, rooted in democracy and transparency. The conclusion points out the extreme exceptionality of secrecy in municipal public information

**Keywords:** Good governance; Public information; Democracy; Transparency in the municipal administration.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo da governança, transparência e democracia nos municípios brasileiros, especialmente a fim de analisar a possibilidade do sigilo da informação pública no âmbito local. Trata-se de assunto de extremo relevo, pois abarca questões da atualidade nas pesquisas acadêmicas, como é o caso da governança e da lei do acesso à informação – Lei n. 12.527/2011.

Para esse desiderato, é crucial refletir sobre a governança, seus aspectos históricos, sua conceituação e, muito precisamente, as dimensões que caracterizam a boa governança. Não há como prescindir dos documentos oficiais do Banco Mundial e das referências teóricas da atualidade. As quatro dimensões ou pilares da governança são brevemente analisados: Estado de Direito, democracia, *accountability* e transparência.

Na sequência, discorre-se sobre o direito fundamental do acesso à informação, com fulcro no art. 5º, XXXIII da Constituição Federal, na busca do seu conteúdo nuclear, como também se pormenoriza a Lei n. 12.527/2011, que disciplinou o acesso à informação na espacialidade pública para todos os poderes em todos os níveis da federação.

Por fim, avança-se na compreensão da governança devidamente enraizada na transparência e na democracia, mormente a democracia participativa, o que permite concluir acerca do problema posto, qual seja, a possibilidade ou não do sigilo à informação no âmbito municipal.

Longe de buscar a pureza metodológica, este trabalho utiliza-se do método dialético na sua elaboração, cimentado na convicção da importância dos estudos que foquem a boa governança no âmbito local, bem como a democracia e a transparência nos municípios, temáticas sempre presentes no cotidiano da gestão pública e de extremo relevo para uma cidadania crítica e ativa, controladora dos poderes constituídos.

## A BOA GOVERNANÇA: ASPECTOS HISTÓRICOS, CONCEITUAIS E DIMENSÕES

O termo governança, durante muito tempo confundido conceitualmente com governo, retorna, nas últimas décadas, com um significado próprio,

impulsionado decisivamente pelas construções do Banco Mundial<sup>1</sup>. É a partir da década de 1990 que o mundo acadêmico também começa a se debruçar sobre esta temática, com produções nas diversas áreas das ciências sociais aplicadas.

Não obstante em 1989 o Banco Mundial já tenha se referido à terminologia governança em documento para a África Subsaariana, intitulado *Sub-Saharan Africa: From Crises to Sustainable Growth*<sup>2</sup>, conceituando-a como o “exercise of political power to manage a nation’s affairs”<sup>3</sup>, é com o documento denominado *Governance and Development*, de 1992, que esta conceituação se radicaliza, tornando-se referência “governance is defined as the manner in which power is exercised in the management of a country’s economic and social resources for development”<sup>4</sup>.

Nota-se a centralidade da conceituação na forma como ocorre a gestão do poder em um país e dos seus respectivos recursos econômicos e sociais na busca do desenvolvimento, a demonstrar a superação da antiga confusão entre governança e governo. Enquanto este último abarca unicamente a dimensão estatal empoderada democraticamente para a formulação e implementação de políticas públicas, a governança remete à maneira pela qual o governo, a sociedade organizada e seus cidadãos buscam o desenvolvimento e resolvem os seus problemas. Difere a governança, também, da governabilidade, pois esta também está atrelada à espacialidade estatal, entretanto, na compreensão da forma como os poderes constituídos conformam e possibilitam o exercício da autoridade<sup>5</sup>.

Assim, a gestão do poder realizada em conjunto por atores estatais, da sociedade civil e do mercado pode ser boa ou má. É por esse motivo que o Banco Mundial tem buscado definir o que é a boa governança. Talvez o documento

<sup>1</sup> GONÇALVES, Alcindo. O conceito de governança. XIV Congresso Nacional do CONPEDI, 14º, 2005, Fortaleza – CE. *Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006; PLATTNER, Marc F. Reflections on governance. *Journal of Democracy*, v. 24, n. 4, p. 17-28, 2013; MATIAS-PEREIRA, José. *Governança no setor público*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 110; DOORNBOS, Martin. Good governance: the metamorphosis of a policy metaphor. *Journal of International Affairs*, v. 57, p. 3-17, 2003.

<sup>2</sup> WORLD BANK. *Sub-Saharan Africa: from crises to sustainable growth*. Washington: The World Bank, 1989. “África subsaariana: da crise para o desenvolvimento sustentável” (tradução nossa).

<sup>3</sup> WORLD BANK, 1989, p. 60, “exercício do poder político para a gestão dos assuntos da nação” (tradução nossa).

<sup>4</sup> WORLD BANK. *Governance and development*. Washington: The World Bank, 1992, p. 1, “governança é definida como a maneira na qual o poder é exercido na gestão dos recursos econômicos e sociais para o desenvolvimento” (tradução nossa).

<sup>5</sup> MATOS, Fernando; DIAS, Reinaldo. *Governança pública: novo arranjo de governo*. Campinas: Alínea, 2013, p. 17-24; STOCKER, Gerry. Governance as theory: five propositions. *International Social Science Journal*. v. 50, p. 17-28, 2002; GONÇALVES, Alcindo, 2006; MATIAS-PEREIRA, José, 2010, p. 113.

intitulado *Governance: The Bank's Experience*<sup>6</sup>, de 1994, seja aquele que melhor tenha alcançado este propósito, com a seguinte definição: “predictable, open and enlightened policymaking (that is, transparent processes); a bureaucracy imbued with a Professional ethos; an executive arm of government accountable for its actions, and a strong civil participating in public affairs; and all behaving under the rule of law”<sup>7</sup>.

A União Europeia absorveu a ideia da boa governança, o que foi primeiramente previsto no Livro Branco, atrelada aos princípios da participação, da abertura, da responsabilização, da coerência, da responsabilização e da eficácia. O relatório ao Livro Branco, após centenas de manifestações na consulta pública efetivada, agregou os princípios da subsidiariedade e da legitimidade democrática<sup>8</sup>.

Por mais que existam construções focadas basicamente no estudo da (boa) governança enquanto eficiência e eficácia da ação governamental<sup>9</sup>, é inquestionável a preponderância dos estudos que remetem às cadeias de relações entre os diversos atores das espacialidades estatal, do mercado e da sociedade civil organizada para a resolução dos problemas comuns e gestão dos seus recursos<sup>10</sup>.

Fernanda Matos e Reinaldo Dias<sup>11</sup> apresentam algumas características da boa governança:

O conceito de boa governança possui um componente normativo que informa como deve ser um bom governo. Refere-se a um modelo ideal que considera a dimensão política e econômica. No âmbito político

<sup>6</sup> WORLD BANK. *Governance: the bank's experience*. Washington: World Bank, 1994. “Governança: a experiência do Banco Mundial” (tradução nossa).

<sup>7</sup> WORLD BANK, 1994, p. vii. “previsível, aberta e esclarecida política (isto é, processos transparentes); uma burocracia imbuída com uma ética profissional; um Poder Executivo responsável pelas suas ações; e uma forte participação civil nos assuntos públicos; e tudo sob o Estado de Direito” (tradução nossa).

<sup>8</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Livro branco sobre a governança*, 2001, p. 7-8; COMISSÃO EUROPEIA. *Relatório da comissão sobre a governança europeia*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2003, p. 34.

<sup>9</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2013, p. 21; OF FINANCES OF NETHERLANDS. *Government Governance: corporate governance in the public sector, why and how?* *FEE Public Sector Conference*, 9<sup>th</sup>, 2000; FUKUYAMA, Francis. *What is governance?* *Governance: an international journal of policy, administration, and institutions*, v. 26, 2013, p. 350.

<sup>10</sup> PUNYARATABANDHU, Suchitra. *Commitment to good governance, development and poverty reduction: methodological issues in the evaluation of progress at the national and local levels*, 2004, p. 1; HYDEN, Goran; COURT, Julius. *Governance and development*. *World governance survey discussion paper* 1, 2002, p. 8-13; WEISS, Thomas G.; THAKUR, Ramesh. *Global governance and the UN: the unfinished journey*, Bloomington: Indiana University Press, 2010, p. 28; BEVIR, Mark. *Key concepts in governance*. London: Sage, 2009, p. 3-14; BÖRZEL, Tanja A.; RISSE, Thomas. *Governance without a State: can it work?* *Regulation & Governance*, v. 4, p. 113-134, 2010, p. 114; GONÇALVES, Alcindo, 2006.

<sup>11</sup> MATOS; DIAS, op. cit., p. 37.

abrange, por exemplo, a legitimidade democrática e os sistemas efetivos de prestação de contas; no âmbito econômico, podem ser incluídas a definição dos direitos de propriedade ou a aplicação dos princípios de gestão empresarial ao setor público.

Com fulcro nos documentos dos organismos internacionais – especial consideração aos documentos do Banco Mundial – e relevantes elaborações doutrinárias, é possível apresentar as quatro dimensões essenciais da boa governança: a) democracia participativa; b) Estado de Direito; c) *accountability*<sup>12</sup>; d) transparência.

A democracia participativa representa uma das dimensões mais salientadas nos estudos da boa governança, tanto que para o Banco Mundial “participation is intrinsic to good governance. Indeed, participatory development can be thought of as a local-level reflection of good governance”<sup>13</sup>. Isso porque a democracia, tradicionalmente concebida nos modelos representativos liberais, não mais basta por si.

Pode-se dizer que a democracia surgiu na Grécia antiga. É o que se desprende daquele que foi um dos melhores relatos da sua funcionalidade, no ano 460 a.C., no discurso fúnebre de Péricles, que ressaltou a igualdade daqueles que possuíam o *status* de cidadão na condução pública, transparente e dialógica dos negócios da cidade<sup>14</sup>. Naturalmente, esse modelo de participação direta não subsistiu. A democracia dos antigos foi substituída pela democracia dos modernos<sup>15</sup>, mormente pela impossibilidade de se possibilitar a participação de todos em concentrações urbanas cada vez maiores. Forja-se a democracia representativa, cujo embrião remonta ao início do primeiro milênio da era cristã, no norte europeu<sup>16</sup>. Esse modelo representativo resistiu fortemente ao século 20 e adentrou no século 21, porém, não como uma fórmula acabada.

O princípio democrático, cada vez mais presente no constitucionalismo contemporâneo, faz a democracia representativa ceder espaço, sem desaparecer e sem perder a importância decisória, aos chamados instrumentos da democracia participativa:

---

<sup>12</sup> É possível traduzir a palavra *accountability* por responsabilização. A sua origem latina remete à ideia de computar, contar e registrar, utilizada para denotar, na área pública, a ideia de controle e responsabilização de todos aqueles que atuam com poderes na espacialidade pública.

<sup>13</sup> WORLD BANK, 1994, p. 42 “participação é intrínseca à boa governança. Na verdade, o desenvolvimento participativo pode ser pensado como um nível local de reflexões da boa governança” (tradução nossa).

<sup>14</sup> PÉRICLES. *Oração fúnebre*, op. cit.

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 380-381.

<sup>16</sup> DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora UnB, 2001, p. 27-31.

Um terceiro momento, todavia, já se vislumbra com a formulação de uma teoria constitucional que nos aparta dos modelos representativos clássicos. Pertence à democracia participativa e faz do cidadão-povo a medula da legitimidade de todo o sistema. Acaba-se então a menoridade democrática do cidadão – meio povo, meio súdito<sup>17</sup>.

A democracia não mais se encerra em tradicionais instrumentos de escolha e representação, mas se perfaz com os diversos instrumentos de participação do cidadão nos destinos da sociedade, sem intermediários, embasado no indeclinável direito de participação, uma vez que “o homem só se transforma em homem através da autodeterminação e a autodeterminação reside primariamente na participação política”<sup>18</sup>.

O princípio democrático de participação se incrusta no Estado de Direito, substancialmente, a fim de possibilitar a concretização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, além de legitimar a atuação estatal e aprimorar o controle social sobre a máquina pública. É nesse contexto que exsurgem os instrumentos vinculantes e não vinculantes ao poder estatal, a permitir a participação efetiva dos integrantes da espacialidade público-estatal, da sociedade civil e dos atores econômicos. São exemplos de participação vinculante o plebiscito, o referendo e os conselhos deliberativos. No campo dos instrumentos não vinculantes há o *ombudsman* (ouvidoria), conselhos consultivos, consultas públicas e audiências públicas<sup>19</sup>.

216

Não é sem razão que recentemente instituíram-se a política nacional de participação social e o respectivo sistema nacional de participação social pelo Decreto Federal n. 8.243/2014, com o objetivo de garantir a participação da sociedade civil organizada e dos cidadãos nos processos de criação, implantação, monitoramento e avaliação de políticas públicas na administração pública federal.

Ademais, procedimentos de democracia participativa acrescem um *plus* de legitimidade à atuação estatal, o que merece realce em vista de a legitimidade ser um princípio constitucional informador da atuação pública, logo, passível de controle sob essa perspectiva, conforme consta no art. 70 da Constituição Federal. Por natural, outros critérios e princípios também reforçam a legitimidade, como é o caso do princípio da eficiência, uma vez que administrações eficientes repousam, *prima facie*, em estrato social de legitimidade superior àquelas menos eficientes<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 35.

<sup>18</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 283.

<sup>19</sup> PEREZ, Marco Augusto. *Institutos de participação popular na Administração Pública*. Monografia de dissertação da USP, 2001, p. 40-45.

<sup>20</sup> KJAER, Anne Mette. *Governance*. Cambridge: Polity Press, 2011, p. 12.

Ressalva-se, nestas considerações, a importância da espacialidade local, conformada pelos municípios no Estado brasileiro, enquanto *locus* de excelência para a participação social ativa para o aprimoramento e controle das mais diversas atividades e políticas públicas<sup>21</sup>.

A dimensão do Estado de Direito é inerente às democracias atuais, a conduzir à indefectibilidade desses fenômenos. Seja qual for a compreensão jurídica desse fenômeno no seu surgimento, denota a limitação dos poderes estatais e a concepção de igualdade entre as pessoas, sob a centralidade do Poder Legislativo, depositário da vontade geral do povo<sup>22</sup>. Em decorrência, é possível apreender algumas características marcantes ao Estado de Direito, como a submissão de todos à lei emanada pelo Legislativo, a divisão de poderes e o controle recíproco e a definição de direitos e garantias individuais às pessoas<sup>23</sup>.

O amoldamento de um Estado de Direito alicerça-se em processos abertos, transparentes e, conseqüentemente, previsíveis de produção de normas jurídicas, a garantir um mínimo de segurança às pessoas e à coletividade. No âmbito municipal, especialmente diante da busca do desenvolvimento em todas as suas perspectivas, requer um sistema normativo local coerente e que impulse a sociedade, os cidadãos e os atores econômicos a empreenderem no caminho do desenvolvimento almejado, em condições minimamente adequadas para tanto.

A dimensão da *accountability* “means holding public officials responsible for their actions. Economic objectives of public accountability include congruence between public policy and actual implementation, and the efficient allocation and use of resources”<sup>24</sup>. É presente na doutrina o entendimento da *accountability* vertical e horizontal. A primeira é realizada pelo povo nos processos eleitorais, nos quais os agentes políticos são julgados e avaliados. A segunda é realizada pelos órgãos e instituições que têm essa atribuição, como é o caso exemplificativo dos tribunais de contas<sup>25</sup>.

A responsabilização é imanente a um Estado democrático, a abarcar todos aqueles que possuem competências sobre a gestão pública, reforçando-se ainda mais com as tecnologias disponíveis, que viabilizam um controle mais incisivo sobre a máquina administrativa. Trata-se do mundo digital, a permear todas as

<sup>21</sup> SANTIN, J. R. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. *Estudos Jurídicos* (Unisinos), v. 40, p. 72-78, 2007, p. 76.

<sup>22</sup> CANOTILHO, 1999, op. cit., p. 89-93.

<sup>23</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: RT, 1990, p. 99-100.

<sup>24</sup> “Significado lógico de assegurar aos agentes públicos a responsabilidade pelas suas ações. Os objetivos econômicos da responsabilização pública incluem a congruência entre as políticas públicas e a sua implementação, e a eficiente alocação e uso de recursos” (tradução nossa).

<sup>25</sup> BENTO, Leonardo Valles. *Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização*. São Paulo: Manole, 2003, p. 103-105.

dimensões da vivência humana<sup>26</sup>. Trata-se do mundo digital a permear todas as dimensões da vivência humana.

Por fim, a transparência exsurge também enquanto dimensão imprescindível à boa governança. Requer a compreensão do princípio da publicidade de forma radical quando se tem por foco a espacialidade pública a superar a postura passiva de informar quando questionada para alcançar uma atitude ativa em prol da difusão na sociedade das informações necessárias para a fiscalização e o devido controle social da espacialidade estatal.

Não é sem razão que se afirma que a transparência é uma condição para o Estado de Direito e a *accountability*<sup>27</sup>. Ademais, é imprescindível para a funcionalidade de uma economia de mercado, para o combate à corrupção, para a escolha e implementação de políticas públicas e para a definição e execução da despesa pública<sup>28</sup>.

Essas dimensões da boa governança se entrelaçam e se apoiam mutuamente, da mesma forma que ocorrem com os princípios informadores do regime jurídico de direito público, que mutuamente apoiam e reforçam a boa governança, em relação à forma e ao conteúdo. Por partes.

## O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A LEI 12.527/2011

218

A condição de direito fundamental do acesso à informação pública advém, indubitavelmente, do fato de constar no catálogo de direitos fundamentais esposados no art. 5º da Constituição Federal<sup>29</sup>. Não que todas as normas de direito fundamental advenham de rol expresso, mas esta disposição expressa afasta qualquer dúvida sobre o assunto. Mais do que isso, o acesso à informação integra materialmente o princípio da publicidade e da transparência, a entrelaçar-se com os princípios da moralidade e da responsabilidade, cujo amálgama perfaz o regime republicano<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> MILAKOVICH, Michael E. *Digital governance: new technologies for improving public service and participation*. New York: Routledge, 2012, p. 111.

<sup>27</sup> WORLD BANK, 1991, op. cit., p. iii.

<sup>28</sup> WORLD BANK, op. cit., p. 48; WORLD BANK, 1992, p. 46.

<sup>29</sup> Constituição Federal, Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, Art. 5º: “XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

<sup>30</sup> Importa remeter a importante acórdão do Suprem Tribunal Federal, MS 24.725, RE 645.716/RJ, rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 13.03.2012: “Os postulados constitucionais da publicidade, da moralidade e da responsabilidade – indissociáveis da diretriz que consagra a prática republicana do poder – não permitem que temas, como os da destinação, da utilização e da comprovação dos gastos pertinentes a recursos públicos sejam postos sob inconcebível regime de sigilo”.

Esse direito difere, naturalmente, do direito de informação, pois garante o acesso público à informação para todos, a confluir “interesses particulares, coletivos e gerais”<sup>31</sup>. O direito de informação, mais amplo, não deixa de abarcar o direito do acesso à informação, o que depreende em obra publicada pela UNESCO – Liberdade de Informação: um estudo de direito comparado, de Mendel Toby, na qual sobressaem-se as características de um regime de direito à informação: a) divulgação máxima; b) obrigação de publicar informações essenciais; c) promoção de um governo aberto; d) limitação estrita das exceções ao direito à informação com fulcro no interesse público e no dano; e) procedimentos que facilitem o célere acesso; f) os custos não podem ser um obstáculo; g) reuniões dos órgãos públicos abertas ao público; h) revisão ou revogação das leis que não se coadunem com os postulados acima; e h) proteção às pessoas que efetivem denúncias de ilicitudes<sup>32</sup>.

É nesta trajetória que se apreendem quatro perspectivas do direito de acesso à informação decantadas do texto constitucional: a informação de interesse pessoal pertinente a quem requer; a informação de interesse pessoal pertinente a terceiros; a informação de interesse coletivo; e a informação de interesse geral<sup>33</sup>.

Para a determinação do âmbito de proteção desse direito fundamental, é necessário que, na análise do dispositivo constitucional mencionado, identifique-se a amplitude do bem protegido, definindo-o, como também as restrições previstas no próprio texto constitucional e as chamadas “reservas legais de índole restritiva”<sup>34</sup>. Isso porque inexistem maiores questionamentos quanto à possibilidade de limitação ou restrição a direitos fundamentais<sup>35</sup>, ainda mais quando se assume a posição desses direitos como posições jurídicas *prima facie*, similar aos princípios, obrigando-se a respeitar o seu conteúdo nuclear<sup>36</sup>.

Observa-se que o texto constitucional, ao mesmo tempo em que afirma o direito à informação pública, traz a exceção que pode conduzir ao sigilo, ou seja, quando a informação for imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado. A palavra “imprescindível” remete à ideia do que não pode ser abdicado, renunciado,

<sup>31</sup> SILVA, 1990, op. cit., p. 260.

<sup>32</sup> MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. Brasília: Unesco, 2009, p. 29-42.

<sup>33</sup> MOTTA Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 123.

<sup>34</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 330.

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. *Teoría general de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 267-291.

<sup>36</sup> ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 37. Há vários posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, exemplificados pelo MS 23.452-RJ, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, DJU 12.05.2000 e pelo RE 20.127, 1ª T., rel. Min. Mário Guimarães, DJU 10.07.1952.

flexibilizado, sob pena da sociedade ou do Estado sofrerem as consequências nefastas da instabilidade ou insegurança. Trata-se de limitação expressa, pelo texto constitucional, a encurtar o conteúdo do direito fundamental<sup>37</sup>.

É nesta perspectiva que deve ocorrer a hermenêutica constitucional, a evitar que pré-conceitos forjados no chamado senso comum teórico dos juristas<sup>38</sup> não permitam o desvelar do direito posto na Constituição de 1988<sup>39</sup>. Isso porque a história administrativa brasileira é repleta de patrimonialismo<sup>40</sup>, como se os detentores do poder, integrantes da elite que historicamente tem governado a *terrae brasilis*<sup>41</sup>, mesmo que temporários, pudessem desfrutá-lo ilimitadamente e de forma obscura, sem a necessária publicidade para o controle social. A Constituição de 1988 rompe absolutamente com quaisquer (pré) compreensões nesse sentido, com normas garantidoras de direitos aos cidadãos, como é caso do direito fundamental de acesso à informação.

Salienta-se, por imperiosa necessidade hermenêutica, que a limitação do acesso à informação pública somente pode ocorrer quando o sigilo for imprescindível – o que retira qualquer manto de discricionariedade administrativa ou política – à segurança do Estado ou da sociedade. Por óbvio, informações pessoais – imagem, honra e intimidade – não são públicas, a resguardar o direito fundamental à privacidade e intimidade<sup>42</sup>. Neste caso o Supremo Tribunal Federal, desde 2011, reitera a constitucionalidade da divulgação da remuneração e subsídios dos agentes públicos, o que não afronta a direito à intimidade e à privacidade<sup>43</sup>.

Importa registrar que o direito de informação e à informação extrapola a ordem jurídica pátria e integra a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas<sup>44</sup>, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e

<sup>37</sup> NABAIS, José Casalla. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 76-77.

<sup>38</sup> WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Boiteux, 2004, p. 27-34.

<sup>39</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 268.

<sup>40</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. São Paulo: Globo, 2000, v. I, p. 221-234 e 387-393; GRUMAN, Marcelo. Lei de acesso à informação: notas e um breve exemplo. *Revista Debates* (UFRGS). Porto Alegre, v.6, n. 3, 2012, p. 97-108.

<sup>41</sup> RIBEIRO, Darcy. *Ensaio insólitos*. Porto Alegre: L&PM, 1979, p. 11-19.

<sup>42</sup> SOUZA, Victor Roberto Corrêa. O acesso à informação na legislação brasileira. *Revista SJRJ*. Rio de Janeiro, v. 19, n. 33, p. 161-181, 2012, p. 163.

<sup>43</sup> Segundo Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 3.902 de São Paulo de 09.06.2011; MS 32.020 MC/DF, rel. Min. Rosa Weber, DJe 17.05.2013; MS 31.490/DF, rel. Min. Luiz Fux, julg. 27.06.2014.

<sup>44</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, “Art. 19. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e de expressão; esse direito inclui a liberdade de ter opiniões sem sofrer interferência e de procurar, receber e divulgar informações e ideias por quaisquer meios, sem limite de fronteiras”.

Políticos<sup>45</sup>, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>46</sup>, a Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão<sup>47</sup> e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Dispõe, também no seu art. 19: “1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas”.

<sup>46</sup> Art. 13: “1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.

<sup>47</sup> Redação do item: “4. O acesso à informação em poder do Estado é um direito fundamental do indivíduo. Os Estados estão obrigados a garantir o exercício desse direito. Este princípio só admite limitações excepcionais que devem estar previamente estabelecidas em lei para o caso de existência de perigo real e iminente que ameace a segurança nacional em sociedades democráticas”.

<sup>48</sup> Redação dos arts. 10 e 13: “Art. 10. Tendo em conta a necessidade de combater a corrupção, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas que sejam necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública, inclusive no relativo a sua organização, funcionamento e processos de adoção de decisões, quando proceder. Essas medidas poderão incluir, entre outras coisas: a) A instauração de procedimentos ou regulamentações que permitam ao público em geral obter, quando proceder, informação sobre a organização, o funcionamento e os processos de adoção de decisões de sua administração pública, com o devido respeito à proteção da intimidade e dos documentos pessoais, sobre as decisões e atos jurídicos que incumbam ao público; b) A simplificação dos procedimentos administrativos, quando proceder, a fim de facilitar o acesso do público às autoridades encarregadas da adoção de decisões; e c) A publicação de informação, o que poderá incluir informes periódicos sobre os riscos de corrupção na administração pública”. Art. 13. “1. Cada Estado Parte adotará medidas adequadas, no limite de suas possibilidades e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, para fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não governamentais e as organizações com base na comunidade, na prevenção e na luta contra a corrupção, e para sensibilizar a opinião pública a respeito

Soma-se a isso o número crescente de legislações infraconstitucionais nos mais diversos países do mundo a tratar do tema e a garantir o direito à informação pública. Em 1990, somente 13 países tinham esse tipo de legislação, enquanto em 2009 esse número saltou para mais de 70, sem contar algumas dezenas de estados que estão a considerar a sua implantação. Atualmente, todos os organismos multilaterais e organizações intergovernamentais declaram o acesso à informação como um direito humano a ser considerado<sup>49</sup>.

O primeiro país a elaborar esse tipo de legislação foi a Suécia, em 1766, no século 18, com inspiração nitidamente iluminista, em que se aboliu a censura oficial e garantiu-se o acesso da população aos documentos públicos. O § 13 desse documento retrata, e muito, o avanço para a época:

*Furthermore, We herewith also wish to graciously declare that, as it would be too cumbersome to enumerate all possible subjects, cases and matters in detail, it is Our gracious will and command that all Our loyal subjects may possess and make use of a complete and unrestricted freedom to make generally public in print everything that is not found to be expressly prohibited in the first three paragraphs or otherwise in this gracious ordinance, and still less that anything that may be noted, remarked upon or otherwise published in the form of comment relating to all the admissible cases and matters specified above may ever, under the pretext that it implies censure, blame or criticism, be refused or prevented from being printed<sup>50</sup>.*

222

---

à existência, às causas e à gravidade da corrupção, assim como a ameaça que esta representa. Essa participação deveria esforçar-se com medidas como as seguintes: a) Aumentar a transparência e promover a contribuição da cidadania aos processos de adoção de decisões; b) Garantir o acesso eficaz do público à informação; c) Realizar atividade de informação pública para fomentar a intransigência à corrupção, assim como programas de educação pública, incluídos programas escolares e universitários; d) Respeitar, promover e proteger a liberdade de buscar, receber, publicar e difundir informação relativa à corrupção. Essa liberdade poderá estar sujeita a certas restrições, que deverão estar expressamente qualificadas pela lei e ser necessárias para: i) Garantir o respeito dos direitos ou da reputação de terceiros; ii) Salvar a segurança nacional, a ordem pública, ou a saúde ou a moral públicas. 2. Cada Estado Parte adotará medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na presente Convenção, e facilitará o acesso a tais órgãos, quando proceder, para a denúncia, inclusive anônima, de quaisquer incidentes que possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção”.

<sup>49</sup> MENDEL, 2009, op. cit., p. 3.

<sup>50</sup> *The world's first freedom of information act*. Kokkola: Art-Print, 2006, p. 8-17.

KOKKOLA “Além disso, Nós por este meio também desejamos declarar graciosamente que, como seria muito complicado enumerar todas as possibilidades, casos e questões em detalhes, é Nossa vontade e ordem que todos os Nossos leais súditos tenham o direito e possam fazer uso de uma completa e irrestrita liberdade para tornar público tudo que não seja declarado expressamente proibido nos primeiros três parágrafos ou diverso nesta ordenação, e ainda menos

No Brasil, após a Constituição de 1988, as Leis ordinárias n. 8.159/91 e 11.111/2005 e a Lei Complementar n. 101/2000 disciplinaram a matéria, as duas primeiras revogadas pela Lei n. 12.527/2011. A denominada Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101/2000, trouxe importantes avanços, a começar pela existência de capítulo específico a tratar da transparência e do acesso à informação, importante alicerce dessa lei<sup>51</sup>, que se entrelaça com os instrumentos de participação e controle social, como as audiências e consultas públicas no processo de elaboração da legislação orçamentária. Ademais, trouxe o dever da disponibilização em tempo real dos dados acerca da despesa pública, além de enfatizar o amplo acesso a todas as informações referentes à receita e à despesa governamental. Por fim, obriga a publicação dos relatórios resumidos da execução orçamentária e dos relatórios de gestão fiscal, afora a disposição de que as contas dos gestores públicos também devam estar disponíveis aos cidadãos<sup>52</sup>.

Mais especificamente, não obstante outras legislações também fortalecerem o conteúdo normativo do acesso à informação (p. ex.: o pregão para a contratação de bens e serviços comuns), foi a Lei n. 12.527/2011 que operou um verdadeiro corte com o passado, a elevar o Brasil a um estágio que não tinha sido alcançado em toda sua história quanto à transparência na espacialidade pública. A radicalidade com que a Constituição Federal trata o princípio da publicidade e a sua disciplina no ordenamento infraconstitucional possibilita afirmar a sua superação para alcançar o princípio da transparência. Denota-se um *plus* qualitativo e normativo plenamente de acordo com o conjunto de normas que conformam a ordem constitucional brasileira ao estudo desse marco legal-paradigmático.

A Lei n. 12.527/2011 se aplica a todos os entes de federação, em todos os níveis e a todos os poderes constituídos, a englobar a administração indireta e entidades que percebam recursos públicos<sup>53</sup>. Em sequência, apontam-se as diretrizes a nortear a lei e o direito fundamental do acesso à informação, além da definição conceitual de termos utilizados na sua redação<sup>54</sup>. Ao mesmo tempo em que o poder público deve efetivar uma gestão transparente e deve promover o amplo acesso à informação, também deve protegê-la, seja para a sua disponibilização na íntegra, seja nos casos em que se tratar de sigilo. O acesso à informação passa a compreender o todo da atividade pública, ressalvadas as exceções estritas<sup>55</sup>.

---

que algo que possa ser conhecido, notável ou diferentemente publicado na forma de comentário referente a todos os admissíveis casos e questões acima especificadas, nunca possa, sob o pretexto de implicar censura, acusação ou crítica, ser recusado ou impedido de ser publicado” (tradução nossa).

<sup>51</sup> MOTTA, Fabrício. Notas sobre publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal. *Informativo do Instituto Brasileiro de Direito Público*, Salvador, n. 14, 2008.

<sup>52</sup> Art. 48 e seguintes da Lei de Responsabilidade Fiscal.

<sup>53</sup> Art. 1º da Lei n. 12.527/2011.

<sup>54</sup> Arts. 3º, 4º e 5º da Lei n. 12.527/2011.

<sup>55</sup> Arts. 6º e 7º da Lei n. 12.527/2011.

Um dos grandes avanços é a chamada transparência ativa, consubstanciada na divulgação em locais de amplo acesso, independentemente de requerimento, a englobar a rede mundial de computadores – internet<sup>56</sup>, de várias informações: competências do ente; estrutura organizacional; localização; contato; repasses ou transferências de recursos; despesa pública; instrumentos convocatórios de licitações; contratos administrativos e similares; e programas e atividades desenvolvidas. Em acréscimo, determina-se a criação do serviço de informação ao cidadão, com o objetivo de dar concretude aos dispositivos dessa lei<sup>57</sup>.

Quanto à transparência passiva, denota o dever de prestar as informações solicitadas, independentemente do motivo, desde que identificado o requerente e especificado o objeto, na forma física e na virtualidade da internet. O prazo máximo é de 20 dias para a prestação, com a possibilidade de se prorrogar o prazo por mais 10 dias, desde que justificado. Veda-se a cobrança de valores pelo serviço, salvo quando necessária a reprodução, limitada ao seu custo e excepcionando-se quem não possua condições de pagar. Em caso de negativa parcial ou total de acesso à informação, deve o poder público firmar decisão ou certidão e disponibilizá-la ao requerente, que terá direito a interpor recurso hierárquico ou, se improcedente, em nível federal, à Controladoria Geral da União<sup>58</sup>. Os órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público passam a ter dever de informar, respectivamente, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público as decisões em grau de recurso que negarem o acesso à informação de interesse público.

224

No que tange às restrições do acesso à informação, veda-se a negativa de acesso àquelas necessárias à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais, bem como sobre as condutas de violação de direitos humanos praticados por agentes públicos ou a seu mando. Em sequência, é apresentado rol de matérias consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado; logo, passíveis de classificação como sigilosas<sup>59</sup>. Para tanto, poderão ser

<sup>56</sup> Excetua-se do uso da internet, unicamente e sem uma fundamentação adequada, os municípios com menos de 10.000 habitantes.

<sup>57</sup> Arts. 8º e 9º da Lei n. 12.527/2011.

<sup>58</sup> Arts. 10 a 20 da Lei n. 12.527/2011.

<sup>59</sup> “Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: I – pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; II – prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; III – pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; IV – oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; V – prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas; VI – prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional; VII – pôr em risco a segurança de instituições

classificadas como ultrassecretas, secretas ou reservadas, a vigorar o sigilo, a partir da sua produção, respectivamente, pelos prazos máximos de 25, 15 e 5 anos. Via dispositivo de exceção, determina-se a classificação de “reservada”, até o final do(s) mandato(s), às informações que puderem colocar em risco a vida do Presidente, Vice-Presidente da República e respectivos cônjuges e filhos. A fim de permear a classificação de uma informação como sigilosa com a devida proporcionalidade, aponta-se a necessidade de analisar a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado e o prazo máximo ou termo final. A classificação de informação como ultrassecreta ou secreta fica restrita aos agentes políticos integrantes do primeiro escalão da administração direta e indireta, ampliando-se a outros níveis de autoridade no caso de informação reservada<sup>60</sup>.

As informações sigilosas, naturalmente, submetem-se a um regime de proteção e controle a fim de evitar a sua alteração ou divulgação, determinando-se as pessoas que terão acesso ao seu conteúdo<sup>61</sup>. A classificação de uma informação como sigilosa requer decisão que avaliará e determinará o assunto, fundamento da classificação, prazo de sigilo ou termo e a identificação da autoridade classificadora. A reavaliação da classificação é obrigatória. Por fim, cada ente deve publicar, anualmente, na internet, as informações desclassificadas nos últimos 12 meses, os documentos classificados e relatório acerca dos pedidos de informação atendidos e indeferidos<sup>62</sup>.

A lei, conforme já afirmado, prevê transparência às informações pessoais, desde que respeite a intimidade, a honra, a vida privada e a imagem, o que garantirá a restrição do acesso pelo prazo máximo de 100 anos, salvo previsão legal ou com o consentimento daqueles a quem se refere a informação, excetuados os casos previstos na própria lei (ordem judicial, defesa de direitos humanos, dentre outras)<sup>63</sup>.

Há capítulo específico acerca da responsabilização de agentes públicos, em rol exaustivo de atos ilícitos, a abarcar, também, pessoas físicas ou jurídicas privadas que possuem informações em razão de vínculo com o poder público. Também fica expressa a responsabilidade de órgãos ou entidades públicas por danos causados por divulgação não autorizada ou indevida, resguardado o direito de regresso ao responsável<sup>64</sup>.

---

ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou VIII – comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.”

<sup>60</sup> Arts. 24 e 27 da Lei n. 12.527/2011.

<sup>61</sup> Arts. 25 e 26 da Lei n. 12.527/2011.

<sup>62</sup> Arts. 28 a 30 da Lei n. 12.527/2011.

<sup>63</sup> Art. 31 da Lei n. 12.527/2011.

<sup>64</sup> Arts. 32 a 34 da Lei n. 12.527/2011.

As disposições finais e transitórias instituem a Comissão Mista de Reavaliação de Informações, que deve, permanentemente, avaliar a classificação de informações sigilosas. É estabelecido o Núcleo de Segurança e Credencialmente, vinculado ao Gabinete de Segurança Institucional de Presidência da República, a fim de garantir a segurança e a proteção de informações. Define-se a obrigação de se criar campanha nacional de fomento à transparência. Por fim, altera-se o estatuto do servidor público civil da União, a fim de impor o dever dos servidores de levar ao conhecimento da autoridade superior ou de outra autoridade quando aquela puder estar envolvida, de irregularidades conhecidas, como também o afastamento da responsabilidade civil, administrativa ou penal pelo fato de dar ciência à autoridade superior de irregularidade que tenha conhecimento<sup>65</sup>.

Os Estados, Distrito Federal e Municípios devem disciplinar, em legislação própria, as normas que levem à efetividade da transparência no poder público. Por óbvio, ficaram revogados a Lei n. 11.111/2005 e os arts. 22 a 24 da Lei n. 8.159/91<sup>66</sup>.

### **TRANSPARÊNCIA E DEMOCRACIA LOCAL: PODE HAVER SIGILO NA INFORMAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL?**

Há conceitos que se imbricam. O Direito, concebido enquanto um sistema jurídico é formado por princípios e regras que se apoiam mutuamente e se complementam para perfazer um conjunto minimamente coerente e unitário. É por isso que a hermenêutica constitucional deve compreender, interpretar e aplicar as normas jurídicas no seu conjunto, especialmente os princípios jurídicos: “interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro, pois qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito, para além da sua dimensão textual”<sup>67</sup>. No mesmo sentido aponta Robert Alexy ao abordar a necessária correlação entre os direitos fundamentais, compreendidos na sua totalidade: “un derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones jusfundamentales (...) reúne las distintas posiciones individuales iusfundamentales (...)”<sup>68</sup>.

Ao discorrer sobre a boa administração enquanto um direito fundamental, o jurista Juarez Freitas entrelaça os diversos princípios informadores do regime jurídico de direito administrativo que, concretizados, perfazem a boa administração<sup>69</sup>. A própria concepção de boa governança, esposado no início deste trabalho, remete à consideração de dimensões essenciais, das quais sobrelevam-se a democracia e a transparência.

<sup>65</sup> Arts. 35 a 44 da Lei n. 12.527/2011.

<sup>66</sup> Arts. 46 e 47 da Lei n. 12.527/2011.

<sup>67</sup> FREITAS, Juarez de. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 75.

<sup>68</sup> ALEXY, Robert, 1993, p. 241.

<sup>69</sup> FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

É esse contexto jurídico-hermenêutico que remete à afirmação da indissociabilidade da democracia com a transparência. Não é sem razão que Norberto Bobbio define a democracia como “o poder em público”<sup>70</sup> a enfatizar a incompatibilidade da democracia com qualquer gestão da informação pública que não seja visível a todos. A democracia é concebida como o “regime do poder visível”<sup>71</sup>, até mesmo porque o “segredo não é compatível com as liberdades e direitos do homem.”<sup>72</sup> Importa registrar a natural assimetria na informação, que acaba por possibilitar que os governantes construam políticas mais dos seus interesses do que dos do povo propriamente dito. A informação é um bem público que assume maior importância quando pertinente à esfera estatal<sup>73</sup>.

O acesso à informação conduz à gestão compartilhada, pois estimula o cidadão a ter uma postura ativa nos processos decisórios públicos<sup>74</sup>. A existência do adequado marco regulatório (no caso brasileiro, a Constituição de 1988 e a Lei n. 12.527/2011) é crucial para a transparência, que se interliga com a ideia de uma democracia aberta, na qual os agentes públicos tenham a consciência de serem agentes do povo para o qual trabalham: “In democratic societies citizens have a basic right to know, to speak out, and to be informed about what the government is doing and why and to debate it. Democratic societies have a strong presumption in favor of transparency and openness in government”<sup>75</sup>.

A democracia, por mais que inúmeras possam ser as suas definições, é um governo popular e, conforme asseverou James Madison: “popular government without popular information, or the means of acquiring it, is but a Prologue to a Farce or a Tragedy; or, perhaps both. Knowledge will forever govern ignorance(...)”<sup>76</sup>. A democracia, em todas as suas variáveis – direta, representativa e participativa – requer a participação do povo, e este somente pode participar altivamente com um mínimo de informação. Por isso, afirma-se que “the

<sup>70</sup> BOBBIO, 2000, op. cit., p. 386.

<sup>71</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 84.

<sup>72</sup> CANOTILHO, 1999, op. cit., p. 481.

<sup>73</sup> STIGLITZ, Joseph. Transparency in government. In: Islam, Roumeen (Org.). *The Right to Tell: the role of mass media in economic development*. Washington: World Bank Institute, 2002, p. 27-44.

<sup>74</sup> GRUMAN, Marcelo. Lei de acesso à informação: notas e um breve exemplo. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 6, n. 3, 2012, p. 97-108.

<sup>75</sup> STIGLITZ, Joseph, 2002, p. 29. “Em sociedades democráticas, os cidadãos têm o direito de saber, de discutir e de serem informados sobre aquilo que o governo está fazendo, as razões para fazê-lo e debatê-las. Sociedades democráticas têm a forte presunção em favor da transparência e abertura governamentais” (tradução nossa).

<sup>76</sup> MADISON, James. Letter to W. T. Barry. *Epilogue: securing the Republic*, 1822. “Governo popular sem informação popular, ou sem os meios de adquiri-la, é, então, um prelúdio de uma farsa ou de uma tragédia; ou, talvez, ambas. Conhecimento sempre governará a ignorância (...)” (tradução nossa).

transparency of government is a core issue of the democracy principle and a precondition for bringing any government closer to its citizens”<sup>77</sup>.

Democracia e transparência são dois lados de uma mesma moeda, o que não significa que sejam mônadas isoladas em relação a outros institutos ou princípios, sobre o que já se discorreu neste trabalho. A Constituição de 1988 seguiu nesse caminho ao reafirmar o princípio democrático como um princípio estruturante a basilar do Estado de Direito, logo, um Estado Democrático de Direito. Mais do que resguardar a clássica democracia representativa, avançou no caminho da democracia participativa, o que permite conferir maior legitimidade à atuação estatal mediante o uso dos múltiplos instrumentos de participação e controle social<sup>78</sup>. A ordem constitucional também rumou nessa direção quanto à transparência, pois positiva o acesso à informação como um direito fundamental, reafirmado pela Lei n. 12.527/2011, o que não poderia ser diferente.

Assim, o acesso à informação é a regra e o sigilo, a exceção. Uma exceção excepcional, a fazer um pleonasmoo eivado de simbolismo. Trata-se de uma exceção que somente pode ser arguida em situações que coloquem em risco a segurança da sociedade ou do Estado, nos termos do art. 5º, XXXIII da Constituição. Nota-se que a hermenêutica constitucional não pode ser alargada para além do horizonte de conteúdo restritivo, já que a limitação a esse direito fundamental decorre do próprio texto constitucional, sem possibilidades de ultrapassá-lo. A fim de auxiliar nessa finalidade, o art. 12 da Lei n. 12.527/2011 apresentou um rol de situações possibilitadoras de sigilo, desde que coloquem em risco a segurança da sociedade ou do Estado, frisa-se.

A questão que se apresenta é a seguinte: A questão que se apresenta é a seguinte: há a possibilidade do sigilo da informação pública nos municípios brasileiros? A resposta requer algumas reflexões essenciais.

Primeira, quanto à aplicação da Constituição e da Lei n. 12.527/2011 aos municípios. É inequívoca a resposta positiva, o que já ficou saliente nesta pesquisa. O rol de direitos fundamentais obviamente vincula essa dimensão estatal do poder local que é o município, assim também como a Lei n. 12.527/2011.

<sup>77</sup> LUHTANEN, Leena. Transparency at the core of democracy. In: *The world's first freedom of information act*. Kokkola: Art-Print Ltd, 2006, p. 56-57, “a transparência governamental é uma questão central do princípio democrático e uma pré-condição para trazer o governo mais próximo dos seus cidadãos” (tradução nossa).

<sup>78</sup> PEREZ, Marco Augusto. *Institutos de participação popular na Administração Pública*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001; CORRALO, Giovani. A democracia participativa nos municípios brasileiros. In: HERMANY, Ricardo (Org.). *Empoderamento social local*. Santa Cruz: Editora IPR, 2010, p. 289-306; BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

Entretanto, essa lei, ao discorrer sobre o sigilo, não se reporta a autoridades estaduais ou municipais, mas somente aos altos escalões da república no nível da administração federal.

Segunda, seria possível aos municípios legislarem sobre a matéria? A resposta é afirmativa desde que não se confronte com dispositivos da Constituição e da Lei n. 12.527/2011, esta última enquanto norma geral. É possível instituir até normas mais protetoras do direito fundamental de acesso à informação em relação àquelas positivas na lei federal em comento, cujo art. 45 empoderou expressamente os estados e municípios para criarem normas específicas. A isso se soma a competência que o município tem para legislar sobre tudo o que for pertinente ao interesse local, a poder complementar a legislação federal e estadual, conforme aduz o art. 30, I e II da Constituição Federal<sup>79</sup>.

Terceira, as situações de sigilo no nível municipal, obviamente, são muito restritas e devem estar conformadas às situações hipotéticas do art. 23 da Lei n. 12.527/2011 com inequívoco risco à segurança do Estado ou da sociedade. Seria o caso exemplificativo de alguma informação epidemiológica cujo impacto poderia levar a mais danos do que resultados positivos de controle da infecção ou o conhecimento da rota, para fins de organização do trânsito, a ser feita por Chefe de Estado estrangeiro, cuja divulgação poderia colocar em risco a sua segurança<sup>80</sup>. Entretanto, ressalta-se com ênfase que o sigilo de informações no nível municipal é situação extrema, limitada às situações referidas ou outras similares, muito longe das incontáveis classificações operadas no nível federal.

Quarta, a especialidade operada pelos municípios na gestão do poder local<sup>81</sup> requer a concretização máxima dos princípios democráticos – a compreender a democracia em todas as duas dimensões e, mais incisivamente, os instrumentos da democracia participativa, e do princípio de transparência, a fim de consubstanciar uma boa governança local.

Quinta, nas situações extremas e altamente singulares em que seria possível o sigilo de informação no nível municipal, é fundamental a existência de lei municipal a disciplinar a sua classificação, o que deve ser feito com base na Lei n. 12.527/2011, como já foi referido. Inexiste discricionariedade para a autoridade pública classificar uma informação como sigilosa. É preciso, como condição de validade, que essa informação coloque em risco a segurança da sociedade ou do Estado. Naturalmente, há o sigilo das informações pessoais, o que já foi alvo de considerações, a resguardar a intimidade e a privacidade da pessoa humana.

<sup>79</sup> CORRALO, Giovani da Silva. *Curso de direito municipal*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 54-55.

<sup>80</sup> Art. 23, III e VI da Lei n. 12.527/2011.

<sup>81</sup> SANTIN, J. R. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. *Estudos Jurídicos* (Unisinos), v. 40, 2007, p. 72-78.

Sexta, a boa governança, tal qual o direito à boa administração, é um imperativo aos agentes públicos que requer o cumprimento das normas do regime jurídico de direito público. Não há como dissociar a boa governança de uma espacialidade pública democrática e transparente. A democracia, nesse caso, é concebida não somente na representação oriunda dos processos eleitorais, mas também da perspectiva operada pela democracia participativa, que traz variados instrumentos vinculantes e não vinculantes à gestão pública, que devem ser utilizados a fim de conferir maior legitimidade à atuação estatal. Porém, democracia sem informação, ou seja, sem transparência, é uma quimera. A transparência se impõe como uma condição essencial para uma governança democrática.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas reflexões feitas neste artigo, é possível chegar às seguintes conclusões:

I – A palavra “governança” tem ocupado importante espaço nas reflexões das ciências sociais aplicadas, especialmente nas Ciências Políticas e no Direito, a perfazer uma nova forma de organização do poder na gestão dos recursos de um povo para a resolução dos seus problemas. Nesse ínterim, o Banco Mundial tem sido decisivo, com uma posição de vanguarda, o que se apreende dos seus documentos oficiais a partir de 1989.

II – A governança, assim, não se confunde com o governo e a governabilidade, ambos enraizados eminentemente na dimensão estatal do poder. O governo e a sua discricionariedade política concorrem para elaborar, implementar, executar e avaliar políticas públicas, enquanto a governabilidade requer a articulação com outros poderes para garantir o exercício do poder.

III – Como a governança pode ser boa ou má, intensos são os esforços no sentido de identificar os elementos daquilo que se poderia denominar de boa governança. Nesse diapasão, quatro são as dimensões essenciais de uma boa governança: Estado de Direito; democracia; *accountability*; e transparência.

IV – O Estado de Direito presume uma adequada normatização das relações do Estado com a sociedade organizada, os cidadãos e os agentes econômicos. Implica a necessidade imperiosa de uma legislação que confira o mínimo de segurança às pessoas nas suas relações com os diversos órgãos e entes do Estado. A dimensão democrática compreende a democracia em todas as suas perspectivas – representativa, participativa e direta, porém, foca mais incisivamente nos instrumentos de democracia participativa, essenciais em um processo de permanente democratização das relações de poder. A utilização dos variados instrumentos vinculantes e não vinculantes à atividade estatal é imperiosa para a existência de uma efetiva democracia participativa. A *accountability* nada mais é do que responsabilização dos responsáveis pela gestão, e compreende a sua

versão horizontal e vertical, a primeira centrada nos órgãos de controle da gestão pública e a segunda no controle político verificado nos processos eleitorais. Por fim, a transparência exsurge como dimensão inabdicável para uma boa governança, a se entrelaçar com a *accountability* e a democracia.

V – *Accountability* e transparência se apoiam na necessidade de fluxo de informações para que a sociedade e respectivos cidadãos possam controlar as atividades públicas. Já a democracia e a transparência podem ser comparadas às faces de uma mesma moeda. Os regimes democráticos requerem que o acesso à informação seja a regra e o sigilo, a exceção.

VI – É o que ocorre na ordem jurídica brasileira. Primeiro, com o art. 5º, XXXIII da Constituição Federal que, de forma inequívoca e enfática, expressa o acesso à informação na espacialidade pública como um direito fundamental da pessoa humana para resguardar interesses pessoais, coletivos ou gerais. Mais do que isso, o texto salienta que o sigilo somente será possível quando a informação colocar em risco a segurança do Estado e da sociedade. Trata-se de exceção posta na própria Constituição, que não pode ser ampliada pela vontade do legislador, por óbvio.

VII – No mesmo sentido, adveio a Lei n. 12.527/2011, que operou uma revolução copernicana no direito brasileiro ao disciplinar o acesso à informação no caminho prospectado pela ordem constitucional. O princípio da publicidade avança à sua radicalização, cristalizado no princípio da transparência. Além de disciplinar os prazos e procedimentos para a efetivação da transparência passiva, na qual a espacialidade estatal é provocada a disponibilizar informações aos interessados, apresentam-se as situações em que a informação deve estar prontamente disponível, com o uso da tecnologia e do mundo virtual da internet, o que remete a uma transparência ativa. Ademais, a lei em comento avança ao dispor das situações que possam levar ao sigilo quando colocar em risco a segurança do Estado ou da sociedade, as autoridades que podem efetivar a classificação de sigilo, respectivos prazos, procedimentos e reavaliações. Ao ter o seu âmbito de aplicação para todos os poderes em todos os níveis da Federação, trouxe a obrigação da existência, em todos os entes, de serviço de acesso à informação.

VIII – A questão posta é se na dimensão local do poder estatal, conformada pelos municípios, é possível o sigilo da informação. A resposta é positiva, porém, a salientar, enfaticamente, a excepcionalidade das situações que possam colocar em risco a segurança da sociedade e do Estado, logo, uma excepcionalidade extrema. No nível federal, por exemplo, as situações previstas no art. 23 da Lei n. 12.527/2011 e que podem conduzir ao sigilo ocorrem com muito mais frequência do que poderão aparecer no nível municipal, cujos exemplos são difíceis de conceber. Mas não há a impossibilidade, como os exemplos de alguma informação

epidemiológica cujo impacto poderia levar a mais danos do que resultados positivos de controle da infecção ou o conhecimento da rota, para fins de organização do trânsito, a ser feita por Chefe de Estado estrangeiro, cuja divulgação poderia colocar em risco a sua segurança (art. 23, II e VI da Lei n. 12.527/2011).

IX – É preciso que os municípios usufruam do plexo de autonomias que possuem para disciplinar, no nível local, o acesso à informação, observando-se os limites constitucionais e legais, obviamente, o que pode remeter a uma proteção ainda maior deste direito fundamental. O essencial é compreender que não há discricionariedade para a autoridade política e administrativa decidir pelo acesso ou não da informação. A informação pública deve ser franqueada às pessoas, aceitando-se a exceção do sigilo quando colocar efetivamente em risco a segurança da sociedade e do Estado. Não há discricionariedade administrativa, mas hermenêutica, simplesmente.

X – A democracia surge na cidade, há mais de 2.500 anos, como democracia direta. Após avanços e retrocessos, alicerçou-se na perspectiva representativa e, mais recentemente, tem sido oxigenada pelos instrumentos da democracia participativa. O poder local, representado na espacialidade estatal pelo município, no Brasil, é o *locus* por excelência do exercício da democracia e do impulso a processos democratizantes e democratizadores da sociedade. É onde as pessoas podem participar mais efetivamente da resolução dos seus problemas. Ao lado disso, porém, encontra-se a necessária transparência – ativa e passiva – para que a sociedade, os cidadãos e os atores econômicos possam forjar consciências e atitudes críticas com base em informações sérias e confiáveis. É por isso que se afirma a relação de interdependência entre democracia e transparência, ao mesmo tempo em que se conformam pilares inabdicáveis de uma boa governança.

232

## REFERÊNCIAS

- ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoria General de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BENTO, Leonardo Valles. *Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização*. São Paulo: Manole, 2003.
- BEVIR, Mark. *Key concepts in governance*. London: Sage, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

- BÖRZEL, Tanja A.; RISSE, Thomas. Governance without a State: can it work? *Regulation & Governance*, v. 4, p. 113-134, 2010. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1748-5991.2010.01076.x/abstract>>. Acesso em: 3 jun. 2014.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Livro branco sobre a governança*, 2001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0428&qid=1401709632668&from=EN>>. Acesso em: 16 maio 2014.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Relatório da comissão sobre a governança europeia*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2003. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/governance/docs/comm\\_rapport\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/governance/docs/comm_rapport_pt.pdf)>. Acesso em: 17 maio 2014.
- CORRALO, Giovani da Silva. A democracia participativa nos municípios brasileiros. In: HERMANY, Ricardo (Org.). *Empoderamento social local*. Santa Cruz: Editora IPR, p. 289-306, 2010.
- HERMANY, Ricardo. *Curso de direito municipal*. São Paulo: Atlas, 2011.
- DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora UnB, 2001.
- DOORNBOS, Martin. Good Governance: the metamorphosis of a policy metaphor. *Journal of International Affairs*, v. 57, p. 3-17, 2003. Disponível em: <<http://www.artsrn.ualberta.ca/courses/PoliticalScience/670A1/documents/MDoornbos-GoodGovernance-Metamorphosis.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2014.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. São Paulo: Globo, 2000, v. I.
- FREITAS, Juarez de. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FREITAS, Juarez de. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FUKUYAMA, Francis. What is governance? *Governance: an international journal of policy, administration, and institutions*, v. 26, 2013. Disponível em: <[www.scribd.com](http://www.scribd.com)>. Acesso em: 2 jun. 2014.
- GONÇALVES, Alcindo. O conceito de governança. Congresso Nacional do CONPEDI, 14º, 2005, Fortaleza – CE. *Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. <<http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/078.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2013.
- GRUMAN, Marcelo. Lei de acesso à informação: notas e um breve exemplo. *Revista Debates* (UFRGS). Porto Alegre, v.6, n. 3, p. 97-108, 2012. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/34229>>. Acesso em: 15 ago. 2014.
- HYDEN, Goran; COURT, Julius. Governance and Development. *World Governance Survey Discussion Paper 1*, 2002. Disponível em: <<http://www.odi.org.uk/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/4094.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2014.
- KJAER, Anne Mette. *Governance*. Cambridge, Polity Press, 2011.
- LUHTANEN, Leena. Transparency at the core of democracy. In: *The world's first freedom of information act*. Kokkola: Art-Print Ltd, 2006, p. 56-57. Disponível em: <[http://www.access-info.org/documents/Access\\_Docs/Thinking/Get\\_Connected/worlds\\_first\\_foia.pdf](http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Thinking/Get_Connected/worlds_first_foia.pdf)>. Acesso em: 7 jul. 2014.

MADISON, James. Letter to W. T. Barry. *Epilogue: securing the Republic*, 1822. Disponível em: <<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch18s35.html>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

MATIAS-PEREIRA, José. *Governança no setor público*. São Paulo: Atlas, 2010.

MATOS, Fernando; DIAS, Reinaldo. *Governança pública: novo arranjo de governo*. Campinas: Alínea, 2013.

MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. Brasília: UNESCO, 2009, p. 29-42. Disponível em: <[www.unesco.org/webworld/en/foi](http://www.unesco.org/webworld/en/foi)>. Acesso em 2 jun. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILAKOVICH, Michael E. *Digital governance: new technologies for improving public service and participation*. New York: Routledge, 2012.

MINISTRY OF FINANCES OF NETHERLANDS. Government Governance: corporate governance in the public sector, why and how? In: *FEE Public Sector Conference*, 9<sup>th</sup>, 2000. Disponível em: <[http://www.ecgi.org/codes/documents/public\\_sector.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/public_sector.pdf)>. Acesso em: 7 maio 2014.

MOTTA, Fabrício. Notas sobre publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal. Salvador, *Instituto Brasileiro de Direito Público*, n. 14, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

MOTTA Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NABAIS, José Casalla. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.

PEREZ, Marco Augusto. *Institutos de participação popular na administração pública*. Monografia de dissertação da USP, 2001.

PÉRICLES. *Oração Fúnebre*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/54079555/ORACAO-FUNEBRE-PERICLES>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

PLATTNER, Marc F. Reflections on Governance. *Journal of Democracy*, v. 24, n. 4, p. 17-28, 2013. Disponível em: <<http://muse.jhu.edu/journals/jod/summary/v024/24.4.plattner.html>>. Acesso em: 5 fev. 2014.

PUNYARATABANDHU, Suchitra. *Commitment to good governance, development and poverty reduction: methodological issues in the evaluation of progress at the national and local levels*, 2004. Disponível em: <[http://www.un.org/en/development/desa/policy/cdp/cdp\\_background\\_papers/bp2004\\_4.pdf](http://www.un.org/en/development/desa/policy/cdp/cdp_background_papers/bp2004_4.pdf)>. Acesso em: 3 jun. 2014.

RIBEIRO, Darcy. *Ensaio insólitos*. Porto Alegre: L&PM, 1979.

SANTIN, J. R. O Tratamento Histórico do Poder Local no Brasil e a Gestão Democrática Municipal. *Estudos jurídicos* (Unisinos), v. 40, p. 72-78, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: RT, 1990.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa. O acesso à informação na legislação brasileira. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 33, p. 161-181, 2012.

STIGLITZ, Joseph. Transparency in Government. In: ISLAM, Roumeen (Org.). *The Right to Tell: the role of mass media in economic development*. Washington: World Bank Ins-

titute, 2002, p. 27-44. Disponível em: <[http://books.google.com.br/books?id=56punueI7G0C&pg=RA6-PA249&lpg=RA6-PA249&dq=gabriel+garcia+marquez+the+most+profession+in+the+world&source=bl&ots=yokQtq6rDR&sig=f\\_RMxASi-zKRqQd\\_DPA10I8wf7fg&hl=en&ei=wt3eS-nRKlyg9QSEzOSbBw&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=56punueI7G0C&pg=RA6-PA249&lpg=RA6-PA249&dq=gabriel+garcia+marquez+the+most+profession+in+the+world&source=bl&ots=yokQtq6rDR&sig=f_RMxASi-zKRqQd_DPA10I8wf7fg&hl=en&ei=wt3eS-nRKlyg9QSEzOSbBw&sa=X&oi=book_result&ct=result&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 20 jul. 2014.

STOCKER, Gerry. Governance as theory: five propositions. *International Social Science Journal*. v. 50, p. 17-28, 2002. Disponível em: <<http://classwebs.spea.indiana.edu/kenricha/Oxford/Archives/Oxford%202006/Courses/Governance/Articles/Stoker%20-%20Governance.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2014.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

*THE WORLD'S FIRST FREEDOM OF INFORMATION ACT*. Kokkola: Art-Print Ltd, 2006. Disponível em: <[http://www.access-info.org/documents/Access\\_Docs/Thinking/Get\\_Connected/worlds\\_first\\_foia.pdf](http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Thinking/Get_Connected/worlds_first_foia.pdf)>. Acesso em: 7 jul. 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2013.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Boiteux, 2004.

WEISS, Thomas G.; THAKUR, Ramesh. *Global governance and the UN: the unfinished journey*. Bloomington: Indiana University Press, 2010. Disponível em: <[www.scribd.com](http://www.scribd.com)>. Acesso em: 25 fev. 2014.

WORLD BANK. *Sub-Saharan Africa: from crises to sustainable growth*. Washington: The World Bank, 1989. Disponível em: <[http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1999/12/02/000178830\\_98101901364149/Rendered/PDF/multi0page.pdf](http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1999/12/02/000178830_98101901364149/Rendered/PDF/multi0page.pdf)>. Acesso em: 2 fev. 2014.

WORLD BANK. *Governance and development*. Washington: The World Bank, 1992. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/1992/04/440582/governance-development>>. Acesso em: 2 jan. 2013.

WORLD BANK. *Governance: the bank's experience*. Washington: World Bank, 1994. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/1994/05/698374/governance-world-banks-experience>>. Acesso em: 3 fev. 2014.

Data de recebimento: 26/08/2014

Data de aprovação: 10/03/2015

