

HASWANI, Mariângela Furlan

A comunicação estatal como garantia de direitos: foco no Brasil, na Colômbia e na Venezuela/ Mariângela Furlan Haswani. São Paulo, 2010.

220 f.

Tese (Doutorado) – Apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (Prolam/USP), São Paulo, 2010.

Linha de Pesquisa: Comunicação e Cultura

Orientação: Prof^a Dr^a Margarida Maria Kröhling Kunsch

1. Comunicação pública. 2. Comunicação estatal. 3. Garantia de direitos. 4. Estado democrático de direito. 5. Esfera pública.

CAPÍTULO 1. ESTADO, DEMOCRACIA, DIREITOS, CONSTITUCIONALISMO

O duplo posicionamento do Estado, como objeto em relação ao pesquisador e como sujeito a quem, hipoteticamente, cabe a responsabilidade de ser emissor pró-ativo e iniciador da comunicação que garante direitos constitucionais, situa a instituição entre os pressupostos indispensáveis à gênese desta pesquisa.

Este capítulo apresenta o Estado emissor de informações e procura qualificá-lo como democrático e constitucional, tutor dos direitos individuais e sociais já positivados nas cartas magnas. Desse modo, Estado, democracia, constitucionalismo e direitos aparecem numa sequência interdependente, de modo a compor os principais pilares da tese. Convém observar que os estudos das Ciências Sociais e Jurídicas, a respeito do tema, mobilizaram e mobilizam centenas de pesquisadores em todo o mundo, gerando uma fartura de obras excelentes, grande parte delas com alguma interface possível nesta pesquisa. Verificando as diversas teorias cujos conceitos identificam e qualificam o Estado, após a Revolução Francesa, observou-se que, mesmo com os antagonismos presentes entre algumas delas, não são excludentes entre si quando aplicadas à comunicação como

garantia de direitos. Daí não se adotar uma única corrente como baliza teórica, mas extrair de cada uma as peças necessárias à construção dos argumentos.

A superficialidade do enfoque justifica-se pelo fato de ser um estudo situado na área de comunicação, e não nas ciências jurídicas ou políticas, necessárias, porém, como componentes importantes da pesquisa.

1.1 Estado

As diversas correntes teóricas apresentam embates, conflitos e divergências conceituais não raro inconciliáveis; convergem, porém, quanto à impressionante complexidade dos estudos do ente Estado, qualquer que seja a área do conhecimento ou o ponto de vista escolhido.

O Estado a ser delineado, aqui, leva-nos a alicerçá-lo nas ciências política e jurídica, com o pensamento de Norberto Bobbio, José Gomes Canotilho, Sérgio Resende de Barros e Dalmo Dallari, além de outros relevantes estudiosos, cuja contribuição, mais circunstancial, aparece pontualmente na explanação.

O estudo da origem do Estado estabelece dois enfoques possíveis: um temporal (a época em que nasce o Estado), outro causal (dos motivos que determinam o surgimento dos Estados).

As teorias com enfoque temporal podem-se resumir a três linhas fundamentais, conforme Dallari¹:

a) Para muitos autores, o Estado, assim como a própria sociedade, existiu sempre, pois desde que o homem vive sobre a Terra acha-se integrado numa organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo. Entre os que adotam essa posição destacam-se Eduard Meyer, historiador das sociedades antigas, e Wilhelm Koppers, etnólogo, ambos afirmando que o Estado é um elemento universal na organização social humana. Meyer define mesmo o Estado como o princípio organizador e unificador em toda organização social da Humanidade, considerando-o, por isso, onipresente na sociedade humana.²

¹ Dalmo de Abreu Dallari, jurista, professor de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

² Eduard Meyer expõe seu pensamento a respeito deste assunto em sua *História da Antiguidade*, publicada entre 1921 e 1925. A sustentação dessa tese por Wilhelm Koppers é mais recente, constando de seu trabalho *L'Origine de l'État*, apresentado no VI Congresso Internacional de Ciências Antropológicas e Etnológicas, realizado em Paris, no ano de 1960.

b) Uma segunda ordem de autores admite que a sociedade humana existiu sem o Estado durante um certo período. Depois, por motivos diversos [...] este foi constituído para atender às necessidades ou às conveniências dos grupos sociais. Segundo esses autores, que, no seu conjunto, representam ampla maioria, não houve concomitância na formação do Estado em diferentes lugares, uma vez que este foi aparecendo de acordo com as condições concretas de cada lugar.

c) A terceira posição é a [...] dos autores que só admitem como Estado a sociedade política dotada de certas características muito bem definidas. Justificando seu ponto de vista, um dos adeptos dessa tese, Karl Schmidt, diz que o conceito de Estado não é um conceito geral válido para todos os tempos, mas é um conceito histórico concreto, que surge quando nascem a idéia e a prática da soberania, o que só ocorreu no século XVII. Outro defensor desse ponto de vista, Balladore Pallieri, indica mesmo, com absoluta precisão, o ano do nascimento do Estado, escrevendo que “a data oficial em que o mundo ocidental se apresenta organizado em Estados é a de 1648, ano em que foi assinada a paz de Westfália”³ (2003, p. 52-53).

A noção de Estado adotada pelas correntes teóricas conduz a resultados igualmente diferentes, uma vez baseadas em concepções nem sempre consoantes. Uma dessas questões refere-se à palavra **Estado**.⁴ Significando “situação permanente de convivência e ligada à sociedade política”, o termo aparece pela primeira vez em *O príncipe*, de Maquiavel, e passa a ser usado, na Itália, para denominar uma cidade independente,

como, por exemplo, *stato di Firenze*. Durante os séculos XVI e XVII a expressão foi sendo admitida em escritos franceses, ingleses e alemães. Na Espanha, até o século XVIII, aplicava-se também a denominação de *estados* a grandes propriedades rurais de domínio particular, cujos proprietários tinham poder jurisdicional. De qualquer forma, é certo que o nome *Estado*, indicando uma sociedade política, só aparece no século XVI, e este é um dos argumentos para alguns autores que não admitem a existência do Estado antes do século XVII. Para eles, entretanto, sua tese não se reduz a uma questão de nome, sendo mais importante o argumento de que o nome Estado só pode ser aplicado com propriedade à *sociedade política dotada de certas características* bem definidas. A maioria dos autores, no entanto, admitindo que a sociedade ora denominada Estado é, na sua essência, igual à que existiu anteriormente, embora com nomes diversos, dá essa designação a *todas as sociedades políticas que, com*

³ Giorgio Balladore Pallieri, *A doutrina do estado*, v. 1, p. 16. A paz de Westfália, que esses autores indicam como o momento culminante na criação do Estado, e que muitos outros consideram o ponto de separação entre o Estado Medieval e o Estado Moderno, foi consubstanciada em dois tratados, assinados nas cidades westfalianas de Munster e Onsbuck. Pelos tratados de Westfália, de 1648, fixaram-se os limites territoriais resultantes das guerras religiosas, principalmente da Guerra dos Trinta Anos, movida pela França e seus aliados contra a Alemanha.

⁴ Do latim *status* = estar firme.

autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros (DALLARI, 2003, p. 51).

Norberto Bobbio⁵ trata com reservas essa perspectiva. Para ele, embora a história das instituições políticas e a história das doutrinas políticas sejam as principais fontes para o estudo do Estado, não significa que as duas histórias devam ser confundidas ou dadas como definitivas em sua conceituação:

Nenhuma dúvida sobre a importância que pode ter a obra de Aristóteles para o estudo das instituições políticas das cidades gregas, ou o livro VI das *Histórias* de Políbio para o estudo da constituição da república romana. Mas ninguém se contentaria em ler Hobbes para conhecer o ordenamento dos primeiros grandes Estados territoriais da idade moderna, ou Rousseau para conhecer o ordenamento das modernas democracias (BOBBIO, 2007, p. 53).

José Gomes Canotilho⁶ é outra referência que analisa o conceito de Estado a partir de uma forma histórica, cujas características constitutivas eram “*territorialidade*, isto é, a existência de um território concebido como ‘espaço da soberania estadual’; *população*, ou seja, a existência de um ‘povo’ ou comunidade historicamente definida; *politicidade*: prossecução de fins definidos e individualizados em termos políticos” (1992, p. 15). Ainda sob esse enfoque, a organização política do Estado “era, por sua vez, uma parte fundamental da Constituição. Esta articulação do ‘Estado’ com o ‘texto’ é também questionada nos esquemas de representação da pós-modernidade” porque a organização política não tem centro:

é um sistema de sistemas autônomos, auto-organizados e *reciprocamente interferentes*; é *multipolar e multiorganizativa*. Com efeito, ao lado do "Estado", existem, difusos pela comunidade, entes autônomos institucionais (ordens profissionais, associações), e territoriais (municípios, regiões). Daí a referência à *perda do centro* (do Estado concebido como organização unitária e centralizada) e a existência de um *direito sem Estado*, isto é, de modos de regulação (contratos, concertação social, negociações) constitutivos daquilo a que se poderá chamar *reserva normativa da sociedade civil* (CANOTILHO, 1992, p. 16).

⁵ Norberto Bobbio, formado em Filosofia e em Direito, foi professor universitário e jornalista e um dos maiores expoentes da teoria política e dos direitos individuais no século XX.

⁶ José Joaquim Gomes Canotilho, jurista e professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, é considerado no meio acadêmico como um dos nomes mais relevantes do direito constitucional contemporâneo.

Bobbio (op. cit., p. 54) defende, além dessa, a necessidade de muitas outras fontes para conhecer a fundo “os mecanismos às vezes extremamente complexos através dos quais são instituídas ou modificadas as relações de poder num dado sistema político”. E, mesmo referindo-se à dificuldade de acesso, admite que a primeira fonte para um estudo autônomo com respeito às doutrinas é, de fato, fornecida pelos historiadores.

Outro ponto de vista comum entre os estudiosos é o das leis, que nos interessa de modo especial, já que são responsáveis pela regulação das relações entre governantes e governados. Bobbio escreve que “as primeiras histórias das instituições foram histórias do direito, escritas por juristas que com frequência tiveram um envolvimento prático direto nos negócios do Estado”. Hoje, a história das instituições, emancipada da história das doutrinas, amplia o estudo dos ordenamentos civis dirigindo suas reflexões para situações concretas, em períodos determinados. Permite, assim, descrever a evolução do Estado na passagem de feudal à monarquia absoluta ou do aparato administrativo, “através do qual pode-se reconstruir o processo de formação do Estado moderno e contemporâneo” (Idem, p. 54).

Com Georg Jellinek⁷ e sua *Doutrina geral do Estado*, de 1910, as teorias do Estado passaram a adotar uma distinção entre doutrina sociológica e doutrina jurídica do Estado, distinção esta que se tornara necessária após a tecnicização do direito público e a figura do Estado como pessoa jurídica, derivada da própria tecnicização. Bobbio, ao analisar os postulados de Jellinek, relata que “a tecnicização do direito público era a consequência natural da concepção do Estado como Estado de direito, como Estado concebido principalmente como órgão de produção jurídica e, no seu conjunto, como ordenamento jurídico” (Ibidem).

A reconstrução do Estado como ordenamento jurídico não anulou o fato de o Estado ser também, por intermédio do direito, uma forma de organização social e, desse modo, não poderia ser dissociado da sociedade e das relações sociais subjacentes. Evidencia-se, aí, a necessidade de uma distinção entre o ponto de vista jurídico — “a ser deixado aos juristas que, de resto, tinham sido por séculos os principais artífices dos tratados sobre o

⁷ Georg Jellinek, filósofo do Direito e juiz alemão, professor nas universidades de Basileia e de Heidelberg.

Estado” — e o ponto de vista sociológico, que deveria valer-se das contribuições dos sociólogos, dos etnólogos, dos estudiosos das várias formas de organização social: uma distinção que não podia ser percebida antes do advento da sociologia como ciência geral que englobava a teoria do Estado.

Essa distinção motivou também Max Weber⁸ a reconhecer e sustentar a necessidade de diferenciar o ponto de vista jurídico do sociológico. Para tanto, inaugurou o tratamento de “sociologia jurídica”, da qual é considerado um dos fundadores. Defende que “quando se fala de direito, ordenamento jurídico, norma jurídica, é necessário um particular rigor para diferenciar o ponto de vista jurídico do sociológico”; uma distinção que ele reconduz à diferença entre a validade ideal, de que se ocupam os juristas, e a validade empírica das normas, de que se ocupam os sociólogos. Bobbio comenta que, para Weber, essa distinção “era uma premissa indispensável para deixar claro que ele se ocuparia do Estado como sociólogo e não como jurista”. Esse posicionamento resulta em um capítulo da teoria dos grupos sociais, entre os quais estão os grupos políticos que se tornam Estados (“modernos”).

Um dos maiores críticos do ponto de vista de Jellinek é Hans Kelsen⁹; para ele o Estado é resolvido totalmente no ordenamento jurídico, aparecendo como entidade do direito, que lhe regula a atividade dedicada à produção e execução de normas jurídicas. A tese kelseniana de redução radical do Estado a ordenamento jurídico não teve aceitação entre os estudiosos. Aliás, com a transformação do Estado de direito em Estado social, teorias que tratavam apenas juridicamente do Estado, negativamente avaliadas como formalistas, foram desprezadas pelos próprios juristas. “Com isso, recuperaram vigor os estudos de sociologia política, que têm por objeto o Estado como forma complexa de organização social (da qual o direito é apenas um dos elementos constitutivos)” (BOBBIO, 2007, p. 58). O autor ainda considera que, longe de promover a perspectiva mais ampla e estratégica, Kelsen passa à margem das finalidades do Estado, reduzindo-o a uma simples técnica de organização social. Sendo um conjunto de meios destinados a

⁸ Max Weber, jurista, economista e sociólogo, é considerado um dos fundadores da Sociologia, ao lado de Emile Durkheim, Karl Marx e Vilfredo Pareto.

⁹ Hans Kelsen, jurista austro-americano, um dos mais importantes e influentes do século XX; é considerado o principal representante da chamada Escola Positivista do Direito.

alcançar um fim determinado, o Estado pode ser utilizado para atingir os fins mais diversos. Como afirma Weber (1963, p. 10-18), não seria possível definir um agrupamento político por aquilo que ele faz. Daí o Estado não poder ser definido por sua finalidade, já que não há nenhuma atividade que os Estados não tenham perseguido, em um momento ou outro da história, assim como não há atividades que todos os Estados tenham buscado atingir.¹⁰

Ainda no campo da Sociologia do Estado, a teoria marxista e a teoria funcionalista destacam-se das demais não apenas pelas suas diferenças inconciliáveis nas concepções de ciência e método, mas, principalmente, pela maneira como compreendem o Estado no sistema social. A teoria funcionalista, representada principalmente por Talcott Parsons¹¹, preconiza a conservação social, com as mudanças ocorrendo no interior do sistema, sem rupturas abruptas, a partir de ajustes que o próprio sistema seja capaz de absorver. Portanto, ocorrem mudanças nas relações entre Estado e sociedade, mas o sistema permanece o mesmo. Na teoria marxiana, representada pelo pensamento de Karl Marx¹², a grande mudança apresenta uma ruptura com o sistema vigente, criando, com avanço qualitativo, um novo sistema.

Nenhuma das duas teorias obteve hegemonia, na atualidade, cedendo lugar à representação sistêmica do Estado que, segundo Bobbio, é perfeitamente compatível com as teorias marxista e funcionalista porque propõe um conceitual “para analisar como as instituições políticas funcionam, como exercem a função que lhes é própria, seja qual for a interpretação que delas se faça” (2007, p. 60). De fato, ao atuar com base na relação demanda-resposta (*input-output*), o Estado dá estas respostas

¹⁰ Nada obstante a pertinência da observação de Weber, parece certo que a finalidade compõe um dos chamados elementos do Estado, que deve existir coetaneamente, pelo menos, ao território (elemento material, que faz com que o conceito de Estado se distinga da simples nação (conjunto de pessoas vinculadas por laços culturais, étnicos etc., tal como, na história recente, era identificada a comunidade judaica antes da fundação do Estado de Israel) e ao povo (elemento humano, formado pelo conjunto de cidadãos, isto é, de pessoas aptas a formar e dirigir a vontade dessa pessoa política que é o Estado. Portanto, diferente da simples população). Os autores não são concordes quanto ao número de elementos. Há, todavia, certo consenso quanto a esses três. E, de fato, como qualquer agrupamento de pessoas, ainda mais organizado em ou sob forma de sociedade, não é compreensível senão em vista de algum objetivo proposto ou finalidade.

¹¹ Talcott Edgar Frederick Parsons, professor da Universidade de Harvard, nos departamentos de Sociologia e de Relações Sociais, onde desenvolveu a teoria para análise social conhecida como Funcionalismo Estrutural.

¹² Karl Heinrich Marx, filósofo e economista alemão, é o principal idealizador do socialismo e do comunismo revolucionário.

sob a forma de decisões coletivas vinculatórias para toda a sociedade. Por sua vez, estas respostas retroagem sobre a transformação do ambiente social, do qual, em sequência ao modo como são dadas as respostas, nascem novas demandas, num processo de mudança contínua que pode ser gradual quando existe correspondência entre demandas e respostas, brusco quando por uma sobrecarga das demandas sobre as respostas interrompe-se o fluxo de retroação e as instituições políticas vigentes, não conseguindo mais dar respostas satisfatórias, sofrem um processo de transformação que pode chegar à fase final completamente modificada (BOBBIO, 2007, p. 60).

Nas últimas três décadas, estes fundamentos das relações de poder entre Estado e sociedade vêm passando por transformações significativas, capazes de alterar alguns dos preceitos consagrados na área.

A globalização trouxe consigo mudanças no perfil dos Estados, que passam, progressivamente, a delegar atribuições para as organizações privadas do mercado e do terceiro setor (MATIAS, 2005). O advento da Agenda 21 — que distribui entre Estado, mercado e organizações não governamentais a responsabilidade pela sobrevivência do planeta — põe em pauta uma nova categoria de direitos — os difusos —, não mais delimitando grupos sociais ou públicos específicos, mas toda a coletividade (FIORILLO¹³, 2000). A concepção do *Welfare State*, em que apenas o Estado paternalista e assistencialista respondia pelo bem-estar social, tem sua ordem socioadministrativa profundamente modificada, abrindo caminho para a era da *Welfare Society*, em que a sociedade civil toma para si a discussão e a deliberação sobre as causas coletivas (D'AMBROSI¹⁴ e GIARDINA¹⁵, 2006).

O crescente endividamento público por ações voltadas a garantir a assistência e a previdência social tem motivado o Estado a rever as suas políticas de intervenção, levando a sociedade civil a assumir algumas tarefas e responsabilidades. Para Lucia D'Ambrosi e Maria Valentina Giardina (2006, p.

¹³ Celso Antonio Pacheco Fiorillo, livre-docente em Direito Ambiental pela PUC/SP, é o primeiro professor livre-docente em Direito Ambiental do Brasil. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Especiais/Direitos Difusos e Coletivos, entre outras.

¹⁴ Lúcia D'Ambrosi, docente de Comunicação Pública na Universidade de Macerata, Itália.

¹⁵ Maria Valentina Giardina, advogada especializada em Direito Administrativo e projetos para a administração pública, na Itália.

15), entra em crise a concepção segundo a qual as instituições públicas são as principais promotoras da segurança e do bem-estar social e econômico dos cidadãos, especialmente para os serviços de primeira necessidade (escola, saúde, assistência). O tutor do bem-estar social não é mais apenas o Estado, mas a organização civil, que “contempla e favorece a cidadania associativa, o máximo possível competente e autogestionária, no quadro de um estado social que age como garantidor do complexo dos direitos/deveres do cidadão” (DONATI, 1993, p. 265, apud D’AMBROSI, GIARDINA, 2006, p. 17):

A crise do *Welfare State*, que não está mais em condições de conter os interesses particulares dos diversos grupos e a conseqüente atenuação das ideologias políticas tem como efeito um desenvolvimento do empenho e das energias dialéticas atrás da individuação e a atuação da atividade governativa. A cultura política se mostra, de fato, frágil, incapaz de valorizar os objetivos de interesse mais geral, concernentes àqueles setoriais e/ou privados, de animar as massas na perseguição de uma satisfação comum.

Esta lacuna passa a ser ocupada pelo voluntariado, pelo associativismo social, porque, conforme D’Ambrosi e Giardina, é só por meio dessas formas que o sujeito privado readquire a sua dignidade de cidadão como membro de uma comunidade. A sociedade civil muda, reúne-se em redes de relações intersubjetivas, voluntárias, espontâneas, gratuitas, busca espaços de gestão e não só reivindicativos, para finalidades comuns de bem-estar, materiais e espirituais, traçando, segundo Ardigó (1993, p. 77), a diferença entre *Welfare State* e *Welfare Society*.

Do *Welfare State* se passa a um modelo de Estado que arrola políticas de proteção comunitária a uma plena participação de outros sujeitos públicos, privados e do privado social, com responsabilidade e regras bem definidas e no objetivo comum da persecução do interesse geral. É um modelo de movimento ascendente, oriundo das instâncias do cidadão, aproximando políticas e estratégias de intervenção a partir da experiência vivenciada pela coletividade:

A velha lógica do *Welfare State* que preconiza soluções uniformes e generalizadas vem sendo gradualmente substituída por um poder público que se orienta por meio de intervenções de ajuda e suporte das diferenças sociais, de modo a reforçar as potencialidades dos diversos componentes

da sociedade civil. [...] Com a superação da lógica da “providência” estatal afirma-se o princípio da solidariedade que sustenta os cidadãos na aquisição das responsabilidades pessoais com vistas ao bem comum (D’AMBROSI, GIARDINA, op. cit., p. 18).

É evidente que nesta nova concepção do *Welfare*, hoje entendido como *Welfare Community*, a troca de recursos entre público e privado e a criação das redes de solidariedade em torno da problemática e das questões particularmente complexas — especialmente em algumas áreas de intervenção pública — tornam os instrumentos indispensáveis nas decisões conscientes, as linhas de respostas qualitativamente melhores e, enquanto isso, são pré-condições para ativar indiscutíveis formas de inclusão social.

Todas as variáveis mencionadas anteriormente podem interferir, de algum modo, na consecução da comunicação pública estatal de que tratamos na tese. Mas, considerando a necessidade de adoção de um conceito-síntese, tomamos o apresentado por Dallari, que contempla aspectos jurídicos e não jurídicos: Estado é “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território” (2003, p. 118). Estão aí implícitas, segundo o autor, as noções: de poder (em “soberania”), de politicidade (em “bem comum”) e de limitação da ação jurídica e política do Estado (em “determinado território”).

1.1.1 Estado democrático de direito

Na literatura sobre teoria do Estado verifica-se a estreita correlação entre direitos fundamentais, constitucionalismo e Estado de Direito. Conforme Bonavides¹⁶,

toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da constituição, e ambas — a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição — a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania (2003, p. 581).

¹⁹ Paulo Bonavides, jurista cearense, professor titular da Teoria Geral do Estado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

O Estado de Direito tem origem liberal, sustentada pela necessidade de limitar o poder do soberano. Ao ver de Silva Telles¹⁷, o Estado de Direito é aquele “em que os direitos considerados os fundamentais do homem são explicitamente reconhecidos, assumindo o Estado, de maneira institucionalizada, o dever de ampará-los pelo império da lei” (1977, p. 121). O Estado de Direito visava assegurar liberdade em face do administrador público, impondo-lhe a maior abstenção possível, no concernente ao trato com particulares: a mínima intervenção estatal. Como garantia, apresentava os traços da legalidade (na submissão de todos ao ato formal emanado da função legislativa), da tripartição das funções do poder estatal — vinculando o exercício de cada uma delas a organismos independentes e harmônicos entre si — e do enunciado de direitos e garantias individuais e políticos.¹⁸

No entanto, a igualdade teoricamente proporcionada pela natureza abstrata da norma jurídica acabou por gerar maior aumento das desigualdades sociais: o sistema ditatorial anterior, em que o Estado tudo podia, foi substituído por outro, igualmente forte, estratificado por classes sociais e vazado no poder econômico. O indivíduo não mais contava com mecanismos de defesa em face das forças econômicas de entidades privadas porque ao Estado já não era permitido intervir nessas relações. A propósito, Gomes Canotilho diz que “um mínimo de Estado não corresponde a um máximo de liberdade” (1992, p. 529).

Essas desigualdades inflamaram os movimentos sociais, notadamente entre o final do século XIX e o início do século XX, e o enfoque dado ao indivíduo pelo liberalismo não correspondia aos anseios dos movimentos sociais, cujos interesses transcendiam a esfera privada (LENZA¹⁹, 2003, p. 24). Esses interesses deveriam ser reconhecidos pelo ordenamento jurídico, sob pena de abrir um abismo entre o direito e a realidade social, colocando em risco o papel do Estado de regrador da vida em sociedade.

¹⁷ Ignácio da Silva Telles, filósofo e jurista, foi professor na Faculdade de Direito da USP, entre outras, e fundador do Instituto Brasileiro de Filosofia, do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo e do Ateneu Paulista de História.

¹⁸ José Afonso da Silva (2001, p. 117) considera estas premissas básicas como conquistas do pensamento liberal, mantidas até hoje entre os postulados do Estado de Direito.

¹⁹ Pedro Lenza, advogado, professor de Direito Constitucional e Direito Processual Civil, membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC).

Ficou evidente a necessidade da intervenção do Estado nas relações econômica e social, a fim de lhes dar maior justiça e de viabilizar a isonomia, de modo que as liberdades públicas “passaram a ser também aquelas que, para serem exercidas pelos cidadãos, exigem a interferência do Estado na defesa do trabalho contra a agressividade do Capital” (TELLES, op. cit, p. 122). Então, coube ao Estado “sobrepor-se ao individualismo e ‘policiar’ as relações entre os súbditos, graduando os direitos de cada um pelas conveniências cumulativas, da comunidade e das pessoas, do Estado de Direito e da sociedade que ele protege” (CALMON²⁰, 1947, p. 282).²¹

Surgiram, dessa premissa, as bases do chamado Estado Social de Direito, em que se afirmaram os direitos sociais e criaram-se estruturas para a consecução dos objetivos da justiça social, para a formação do Estado do bem-estar social (*Welfare State*).

Os objetivos desse Estado Social de Direito não chegaram a termo. A diversidade de interpretações do vocábulo **social** levou a uma proliferação de sistemas políticos e ideológicos tão antagônicos quanto o comunismo e o nazifascismo, em que a participação popular era repudiada ou condicionada a servir ao regime imposto pelos novos “soberanos”.

Nesse cenário, ganha destaque a figura da autoridade, do chefe. Daniel Coelho de Souza²² relata que, ante as imensas carências da população, “quem quer que acenasse a essas multidões ingênuas com a promessa de melhor condição social, tinha-lhes conquistado a confiança total e, em consequência, adquirido seu absoluto domínio” (1979, p. 129). Tomando o fascismo como exemplo, o autor afirma que o sistema tentou, em vão, forjar a execução de uma política inspirada nos interesses populares:

²⁰ Pedro Calmon, político, historiador, biógrafo, ensaísta e orador, foi professor de Direito Público Constitucional na Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, onde ocupou, também, o cargo de Reitor.

²¹ Uma obra que retrata bem essa evolução do Estado não intervencionista para o chamado Estado social é de Orlando Gomes (um dos mais respeitados civilistas do século passado e ainda hoje festejado) em seu *Transformações gerais dos direitos das obrigações*. Embora cuide de matéria civil, portanto, eminentemente de direito privado, vale a sua leitura pelo retrato que dá quanto ao envolver entre os dois Estados, como consequência da evolução da própria sociedade, das relações negociais e, por causa da intensificação e complexidade destas, da necessidade de alguma intervenção estatal, retirando o Estado do absentismo liberal. (Comentário de Nelson Nakamura)

²² Daniel Coelho de Souza foi professor de Direito e reitor da Universidade Federal do Pará (UFPA). Faz parte de uma geração que marcou o ensino e a execução do Direito naquele estado brasileiro.

decorrido o período de sua implantação, o Estado fascista transformou-se, completa e perfeitamente, num puro Estado policial. De sorte que, quando a sua existência perdeu qualquer apoio popular, passou a repousar na sua própria força policial, ramificada e espalhada por todos os setores sociais, pela instituição das polícias políticas (Idem, p. 130).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho²³ entende que a atribuição da busca do bem-estar como finalidade do Estado não pretendia excluir a proteção à liberdade, mas somar a ela a igualdade. Porém,

a preocupação com o bem-estar tem levado ao sacrifício da liberdade. A intervenção do Estado no domínio econômico e social vem, de mais em mais, restringindo a autonomia individual. Multiplicando os controles e as regulamentações, tende a sufocar a capacidade humana de inovar, criar, experimentar, empreender (1979, p. 18).

Verificou-se, então, a necessidade imprescindível da participação popular na formulação e na gestão das políticas públicas como único recurso de assegurar-se a efetivação da igualdade. E, com ela, a noção de Estado Democrático de Direito, que traz como pressuposto a participação efetiva do povo na formação e na administração da coisa pública.

O chamado “princípio da legalidade” ou “reserva legal” é outro componente importante do Estado Democrático de Direito e, após um longo processo histórico, nasceu para evitar arbitrariedades e abusos por parte do Estado. Para isso, era necessária uma abertura política, negada sistematicamente nos regimes totalitários ou nos monocráticos. Com os ideais do Iluminismo vieram, também, mecanismos de efetiva limitação ao poder punitivo estatal, entre eles o princípio da legalidade. Francisco de Assis Toledo²⁴ leciona que:

O Princípio da Legalidade constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. Tal princípio possui dois pesos e duas medidas. A Reserva Legal permite aos particulares a liberdade de agir e todas as

²³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho foi professor de Direito Constitucional e diretor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Na esfera político-administrativa, foi vice-governador, suplente de senador, secretário da Administração e da Justiça. Também foi chefe de Gabinete e secretário-geral do Ministério da Justiça.

²⁴ Francisco de Assis Toledo, formado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), foi ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir da Constituição de 1988, e professor de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas, em São Paulo, e da Universidade de Brasília .

limitações, positivas ou negativas, que deverão estar expressas em leis. Entretanto, aos agentes públicos, o mesmo princípio se torna adverso. [...] O Estado, na ausência das previsões legais para seus atos, fica obrigatoriamente paralisado e impossibilitado de agir. A lei para o particular significa "pode fazer assim" enquanto para o poder público significa "deve fazer assim" (1994, p. 17).

José Afonso da Silva²⁵ cuida do princípio da reserva legal sob outro aspecto, afirmando que o Estado sujeita-se, sim, ao império da lei,

mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses (2001, p. 125).

É exclusivamente no seio dos princípios desse Estado Democrático de Direito — e, dentro dele, no Princípio da Legalidade — que tem lugar a defesa da comunicação estatal pró-ativa como garantia de direitos constitucionais.

1. 2 Democracia

A hipótese que investigamos abrange, além do Brasil, alguns outros países da América do Sul²⁶, todos eles definidos, em suas cartas constitucionais, como Estados democráticos. Isso nos permite abordar apenas superficialmente o discurso sobre a democracia que, segundo Bobbio, “não pode prescindir de determinar as relações entre a democracia e as outras formas de governo [...]” (2007, p. 135), e nos furtar ao detalhamento desse

²⁵ José Afonso da Silva, professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; foi fundador e presidente da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democráticos.

²⁶ Conforme apontamos na introdução desta tese, foco no Brasil, na Colômbia e na Venezuela, extensível para os demais países da América do Sul, exceto Argentina, Suriname e Guiana.

resgate e ao da sua longa evolução histórica, embora a abordagem de alguns dos aspectos remotos seja necessária no decorrer do texto. Nosso recorte está, pois, na relação entre democracia e direitos constitucionais na atualidade do mundo ocidental²⁷ e nos aspectos de interesse para a argumentação.

No aspecto temporal, das três “ondas de democratização”²⁸ de Samuel Huntington²⁹ (1991), interessa-nos apenas a terceira “onda”, iniciada com a Revolução dos Cravos, que marcou o fim da ditadura em Portugal, em 1974, e atingiu — além de África, Ásia e Europa do Leste — a América Latina, em que se encontram os países componentes do escopo desta pesquisa.

Desde a Antiguidade Clássica até a contemporaneidade, emprega-se o vocábulo “democracia” para designar a forma de governo em que o poder político é exercido pelo povo. Ao se analisar a evolução histórica da democracia, porém, verifica-se que o significado da palavra é a única herança dos antigos, mantida intacta nos dias de hoje. Os fundamentos clássicos — da democracia direta exercida na *polis* sem intermediários — sobreviveram até Rousseau³⁰ que, embora admitisse a impossibilidade da sua consecução nos Estados com territórios e populações de grande porte, considerava a democracia representativa como parcial, capaz de dividir o que deveria permanecer unido; para ele, “a soberania não pode ser representada” [...] e “o povo inglês acredita ser livre mas se engana redondamente; só o é durante a eleição dos membros do parlamento; uma vez eleitos estes, ele volta a ser escravo, não é mais nada” (1973, p. 15). A contraposição entre democracia direta e democracia representativa sustentou, na Europa, décadas de um debate em cujo cerne questionava-se esta legitimidade da representação. O advento da república, que renovou a ideia do governo representativo, da democracia representativa, fortaleceu o argumento de que, nos grandes Estados, esta é a única possível. Surgiram, porém, autores contrapondo república e democracia; entre eles, Madison pondera que

²⁷ Europa e Américas.

²⁸ A primeira “onda” nasce no início do século XIX, nos Estados Unidos, e termina no fim da 1ª Guerra Mundial, com 30 países democráticos no mundo (em 1942, já eram apenas 12). A segunda “onda” tem início no término da 2ª Guerra Mundial, atingindo inicialmente os países com regimes fascistas derrotados e, depois, os que conseguiram a independência após descolonização; no final desta onda, os 36 países com regime democrático passaram por uma nova fase de restauração autoritária, nos anos 1960.

²⁹ **Samuel Phillips Huntington** é cientista político, professor da Universidade de Harvard, EUA.

³⁰ Jean Jacques Rousseau, filósofo suíço, teórico político, foi um dos pensadores marcantes do Iluminismo francês.

os dois grandes elementos de diferenciação entre uma democracia e uma república são os seguintes: em primeiro lugar, no caso desta última, há uma delegação da ação governativa a um pequeno número de cidadãos eleitos pelos outros; em segundo lugar, ela pode ampliar a sua influência sobre um maior número de cidadãos e sobre uma maior extensão territorial. [...]. Outro ponto de distinção é que um regime republicano pode abarcar um maior número de cidadãos e um mais amplo território em comparação com um regime democrático, e é exatamente esta circunstância que faz com que as possíveis manobras das facções sejam menos temíveis no primeiro do que no segundo caso (1787–1788, p. 61, apud BOBBIO, 2007, p. 150).

Ambas as discussões (democracia direta ou indireta e república ou democracia) encontram uma espécie de síntese com a publicação do primeiro volume de *A democracia na América*, em que Alexis de Tocqueville³¹ altera o eixo das divergências, apresentando como irrelevante a distinção entre democracia direta e democracia representativa: “às vezes é o próprio povo que faz as leis, como em Atenas; às vezes são os deputados, eleitos por sufrágio universal, que o representam e agem em seu nome, sob a sua vigilância quase direta” (1868, p. 15). Passa a importar, apenas, que o poder esteja nas mãos do povo : “[...] o povo reina sobre o mundo político americano, como Deus sobre o universo. Ele é a causa e o fim de tudo: tudo dele deriva e tudo para ele é reconduzido” (Idem, p. 67). Importa lembrar que o “povo” de Tocqueville é formado por uma sociedade civil capaz de se organizar no associativismo e de garantir, nos possíveis confrontos, a força necessária para fazer valer seus poderes, nos moldes em que ocorria na sociedade norte-americana à época da publicação.

Cerca de um século mais tarde, Lincoln definiu a democracia como “o governo do povo, pelo povo e para o povo”, conceito que ao ver de José Afonso da Silva, é essencialmente correto, mas apresenta limitações, se forem decompostos os termos empregados. Neste questionamento, o autor afirma que

há uma tendência reacionária para reduzir o povo ao conjunto dos cidadãos, ao corpo eleitoral, como se os membros deste fossem entidades abstratas, desvinculadas da realidade que os cerca, como se ao votar o cidadão não estivesse sob a

³¹ Alexis de Tocqueville, francês que, em viagem aos Estados Unidos (1831–1832) impressionou-se pela eficácia do regime democrático lá vivenciado, extraindo daí material para publicar um dos maiores clássicos da sociologia política moderna: *A democracia na América*, de 1835.

influência de suas circunstâncias de fato e ideológicas; não estivesse fazendo-o sob a influência de seus filhos, seu cônjuge, seu amante, namorado, namorada, noivo, noiva, e também de seu grupo, oficina, fábrica, escritório, mais ainda: de seus temores, da fome dos seus, das alegrias e das tristezas (2001, p. 139).

De fato, nas duas últimas décadas, cientistas sociais vêm adotando uma visão mais holística e contextualizada do processo democrático. Na base do novo conceito de democracia, não mais entendido como “sistema funcional” mas como “relação social” (DONATI³², 2003, p. 32), ganha valor a regra desenvolvida pelos sujeitos privados no processo de organização e funcionamento da sociedade. Uma democracia participativa (de que tratamos adiante), porém, que permite ao cidadão colaborar mais ativamente na definição das políticas públicas, colocando-se entre os atores principais na resolução de problemas de interesse geral. O cidadão, por anos mero sujeito passivo em condição de fruir de algumas prestações (de serviços), mas não de poder escolher as modalidades e as formas de organização desses serviços, adquiriu o direito não só de manifestar necessidades e de exprimir descontentamento, mas também de individualizar procedimentos e opiniões que satisfaçam as suas exigências.

A perda de confiança, da parte da coletividade, nos confrontos das instituições rompe a certeza e o equilíbrio sobre os quais se fundam as respostas no interior da sociedade: o indivíduo não delega mais ao Estado a competência de melhorar a própria condição de vida, assumindo regras e responsabilidades diversas com respeito ao passado.³³ Isso, se de um lado

³² Pierpaolo Donati, professor de Sociologia na Facoltà di Scienze Politiche da Università di Bologna, diretor do Centro de Estudos de Política Social e Sociologia Sanitária (Ceposs), propôs uma teoria geral para análise da sociedade, conhecida como sociologia relacional, diferente de todas as teorias sociológicas precedentes e contemporâneas.

³³ No mesmo sentido, manifesta-se Almiro do Couto e Silva: “A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos freqüentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º., inciso XXXVI. A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação” (*In: O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 2, abr/maio/jun. 2005, Salvador, Bahia.

provoca desorientação na coletividade enquanto abala os tradicionais pontos de referência, de outro lado confere aos cidadãos maior liberdade de escolha, aquela de poder definir o próprio bem-estar por uma qualidade de vida satisfatória.

Liberdade como nova forma de solidariedade, “que não retorna nem entre os direitos tradicionais (liberdade pessoal, de opinião, reunião, associação, etc.), nem entre os direitos sociais (liberdade de vontade)” e que justamente por seu particular ingresso não se configura com finalidade egoísta, mas tende a trazer vantagem também aos sujeitos diferentes daqueles que agem (ARENA, 2004, p. 8).

Além das reflexões já mencionadas, a questão das formas de participação do povo nos processos democráticos constitui ponto central da investigação, uma vez que cada uma dessas formas requer um estágio diferente da comunicação, conforme explicitamos no Capítulo 3.

A participação do povo no poder manifesta-se em três tipos de democracia: direta, indireta ou representativa e semidireta.

Democracia direta é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando; constitui reminiscência histórica.³⁴

*Democracia indireta*³⁵, chamada democracia representativa, é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente.

Democracia semidireta é, na verdade, democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo, institutos que, entre outros, integram a *democracia participativa* (SILVA, 2001, p. 140).

É consenso entre os principais autores que se desenvolvem, na democracia representativa, a **cidadania** e as questões da **representatividade**, tendendo a evoluir para uma democracia participativa. Na constituição em vigor no Brasil, por exemplo, essa tendência se configura no parágrafo único do art. 1º: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos” (democracia representativa) “ou diretamente” (democracia

³⁴ Ao falar de reminiscência histórica, o autor se refere à democracia praticada na cidade-Estado grega, a *pólis*.

³⁵ Anote-se, de passagem, que a democracia indireta é conceito diverso de eleições indiretas. (N. A.)

participativa). A maioria dos países sul-americanos contempla, também, em suas cartas magnas, um ou mais mecanismos desta democracia participativa — caracterizada pela “participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos do governo” (Idem, p. 145):

- Iniciativa popular — em que o povo pode apresentar projetos de lei a instâncias do Poder Legislativo, desde que subscritos por um número razoável de eleitores.³⁶ No Brasil, não se aplica a matéria constitucional.
- Referendo popular — em que projetos de lei já aprovados pelo legislativo são submetidos à vontade popular, inclusive os referentes à matéria constitucional.
- Plebiscito — também é uma consulta popular, mas difere do referendo por tratar de matéria ainda sem formulação legislativa.

É relevante destacar o caráter prático dessas formas de exercício da democracia pelos cidadãos. Aquele povo abstrato dos conceitos de democracia passa a ter materialidade e capacidade para agir. Além da intervenção do cidadão por meio das citadas instituições legais, outras formas são possíveis no universo da esfera pública, conforme expomos no Capítulo 2.

Entre as heranças deixadas pela experiência de democracia na cidade-Estado grega está a ideia de exposição pública de todo o processo decisório dos temas relevantes para a coletividade. Cidadãos reuniam-se em um local público (chamado de *ágora* ou de *eclésia*) para apresentar propostas, acusações, denúncias e, ainda, debater e deliberar sobre as questões referentes à vida na *pólis*.

Mesmo quando o ideal dessa democracia direta foi considerado ultrapassado, o caráter público do poder — entendido como aberto ao público, sem segredo — continuou sendo um dos aspectos essenciais na distinção entre Estado democrático constitucional e Estado absoluto e, conforme Bobbio (2000), assinalou a volta do “poder público em público”. Carl Schmitt³⁷ capta o

³⁶ Cf. Silva (p. 145), “o projeto precisa ser subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional [...], distribuídos pelo menos em cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”. Nos municípios, é necessária a adesão de cinco por cento do eleitorado e, nos estados, estatui-se que a lei disporá sobre o tema no processo legislativo estadual.

³⁷ Carl Schmitt, conhecido como o jurista do nazismo, defensor do Estado totalitário e do Leviatã, mas muito referenciado por ser considerado o grande defensor da soberania política.

significado existente entre representação³⁸ e caráter público do poder; ele entende a representação como uma maneira de apresentar, de fazer presente e tornar visível o que, de outro modo, estaria oculto:

A representação apenas pode ocorrer na esfera da publicidade. Não existe nenhuma representação que se desenvolva em segredo ou a portas fechadas [...]. Um parlamento tem um caráter representativo apenas enquanto se acredita que sua atividade própria seja pública. Sessões secretas, acordos e decisões secretas de qualquer comitê podem ser muito significativos e importantes, mas não podem jamais ter um caráter representativo. [...] Representar significa tornar visível e tornar presente um ser invisível mediante um ser publicamente presente. A dialética do conceito repousa do fato de que o invisível é pressuposto como ausente e ao mesmo tempo tornado presente (SCHMITT, 1928, p. 208 apud BOBBIO, 2000, p. 101).

Além da representação, a teoria do governo democrático apresenta outro tema muito ligado ao “poder visível”: a descentralização, entendida como reposicionamento da relevância política da periferia em relação ao centro. E, nesse ponto, Bobbio menciona, com certa ênfase, os atributos do governo local, que estará tanto mais visível quanto mais próximo dos governados. Ele admite a proximidade proporcionada pelos meios de comunicação de massa entre atos legislativos dos mandatários com seus eleitores, seja pela imprensa, seja pelo *Diário Oficial*, por exemplo. Reforça, porém, que um governo municipal tem a publicidade mais direta, concreta, palpável e, portanto, a “maior possibilidade oferecida ao cidadão de colocar os próprios olhos nos negócios que lhe dizem respeito e de deixar o mínimo espaço ao poder invisível” (2000, p. 102).

Quando passamos do ente Estado — permanente e abstrato — para o concretizador dos seus preceitos, o governo — temporário e concreto —, chegamos aos padrões e às regras da **administração pública**. É nela que se realizam — em maior ou menor plenitude — as ambições democráticas. Isso porque o nível de desenvolvimento político de um país tem uma boa medida no padrão de relacionamento entre o Estado e a sociedade, entre o governo e o conjunto dos cidadãos, entre a burocracia oficial e sua clientela.

Pedro Demo³⁹ trata desse padrão fazendo um paralelo entre desenvolvimento econômico e político; o primeiro, de significação material, se

³⁸ O termo **representação**, aqui, é mencionado como o ato político de representar, na democracia representativa.

expressa em dados quantitativos e relaciona-se com o **ter**; o segundo, de conteúdo não material, tem base em dados qualitativos e relaciona-se com o **ser**. Daí que o setor privilegiado da economia tende a ter maior representação no poder constituído, ao mesmo tempo em que os não privilegiados não conseguem obter um grau satisfatório de representação nas hostes decisórias governamentais — mesmo constituindo a base da pirâmide econômica brasileira e, portanto, um número bastante mais significativo de eleitores. São sociedades politicamente pobres, com pouca tradição de associativismo, participação e representação — resultante de uma história perversa — que favorecem uma espécie de prepotência do Estado sobre a sociedade que o sustenta e à qual deveria servir. Com isso, segundo Campos, o Estado transforma-se em tutor e o povo em tutelado.

Outro aspecto analisado pela autora é o do fortalecimento do governo central como estratégia internacional de consolidação dos Estados nacionais que, no Brasil, resultou em “acentuada supremacia do Executivo federal sobre os outros níveis (estadual e municipal), bem como sobre outros poderes do governo” (Legislativo e Judiciário, p. 43), supremacia esta motivada pela debilidade das instituições. Esse Executivo “forte e sem freios” atribui a si mesmo o controle do comportamento dos cidadãos, arrecada descontroladamente recursos desses cidadãos e se considera “independente para alocar recursos públicos sem qualquer consideração a critérios como igualdade, representação, participação, transparência” (Idem).

Esse padrão de governo materializa-se em três aspectos da sociedade brasileira — centralização política, centralização administrativa e inacessibilidade da participação individual e comunitária à formulação da política pública — e leva o Estado a apossar-se da vida civil das pessoas; “mas a vida do Estado não é pública, porque não é dada ao conhecimento dos cidadãos”, resultando numa corrupção endêmica, descontrolada e poucas vezes punida. Ao ver de Campos, essa tradição de impunidade anula e desmoraliza qualquer tentativa de controle da burocracia, seja interno ou externo (a *accountability*).

³⁹ Pedro Demo, professor do Curso de Serviço Social da Universidade de Brasília (UnB) e pós-doutor em Educação pela Ucla, de Los Angeles, Estados Unidos.

Nos governos autoritários e populistas, a burocracia federal toma decisões em nome das clientelas-alvo de seus programas; tecnocratas identificam prioridades nacionais, desenvolvem propostas e fazem escolhas políticas sem qualquer contato com os beneficiários dessas ações. São técnicos com referencial de classe média, sem qualquer contato com os pobres, por exemplo, que elaboram os programas de assistência à pobreza. Anna Maria Campos avalia que

Os tecnocratas acreditam firmemente que não erram; se erram, nunca ficam sabendo, porque se protegem da avaliação de estranhos. Os mecanismos de controle internos à burocracia não consideram o resultado ou impacto dos programas. Em que pese a suspeita de baixo nível de eficiência e eficácia — para nem mencionar efetividade — a ação do governo tende a ocorrer sem qualquer controle. Tal tendência persistirá enquanto não ocorrer a mobilização política (1990, p. 45).

A realização da democracia ocorre na prática e na concretude das ações das administrações públicas. O modelo mencionado, que ainda é predominante na maior parte dos países do continente sul-americano, parece nos remeter para um círculo vicioso: sem mobilização política, o cidadão careceria das informações estatais para conhecer, debater, avaliar e se mobilizar a favor ou contra as políticas públicas. Como as informações lhe são sonegadas, não há conhecimento, nem debate, nem mobilização sobre os temas do seu interesse. Essa característica da democracia — presença da publicidade do poder estatal — é ponto central da pesquisa porque sua perspectiva ultrapassa o domínio do Estado democrático de direito, estende-se no horizonte conceitual de **público** e, ligando os campos, estão os elos indispensáveis da **informação** e da **comunicação**.

1.3 Direitos e constitucionalismo

O universo dos direitos é bastante amplo e complexo. Para a presente reflexão interessam-nos os *direitos fundamentais*, mas abordaremos, também, alguns aspectos que diferenciam *direitos fundamentais* de *direitos humanos*.

O conceito ancestral de direitos tem íntima relação com a ideia de liberdade:

O direito se traduz em direitos. A liberdade se concretiza em liberdades. A lei garante os direitos na qualidade de penhor da liberdade. Todos somos livres para agir ou deixar de agir — exercer nossos direitos, realizando nossa liberdade — nas condições da lei, a principiari da Constituição. Mas a liberdade não consiste em fazer tudo o que se queira ou se possa fazer, conforme o consiga o mais forte ou o mais astuto. Essa seria a liberdade selvagem. O que o direito reconhece e protege é a liberdade civilizada: a liberdade dos cidadãos. Pode ser dita liberdade política para significar que surgiu como liberdade na *pólis*, contraposta à liberdade na selva. Bem a definiu Montesquieu: “A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”.⁴⁰ Hoje, é preciso acrescentar: não, leis elaboradas, interpretadas e aplicadas de qualquer modo, distantes e ausentes dos direitos humanos, mormente se estiverem eles declinados como direitos fundamentais na Constituição (BARROS⁴¹).⁴²

O advento das primeiras declarações de direitos situa-se no ocaso da Idade Média, quando súditos ingleses criaram os **direitos imemoriais**, que não eram outorgados pelo soberano, mas fundados em antigas tradições do reino. Por não terem sido outorgados pelo rei, não poderiam ser por ele revogados: apenas deveria reconhecê-los e assegurá-los. No entanto, os documentos⁴³ que registram esses direitos não constituíram, formalmente, declarações de direitos: “De ingleses com ingleses, mais eram pactos com o rei do que declarações ante o rei” (Idem). Na França ocorreu um movimento semelhante, de direitos dos súditos contra o rei, mas deduzidos racionalmente, como fórmula de raciocínio político; os **direitos naturais** eram derivados da própria natureza humana e não outorgados pelo soberano. Para a dupla finalidade de dar conhecimento e garantir os direitos naturais do ser humano, surgiu formalmente a **declaração de direitos** que, “junto com a

⁴⁰ SECONDAT, Charles-Louis de, Barão de la Brède e de MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Texto estabelecido com uma introdução, notas e variantes, por Gonzague Truc. Paris: Éditions Garnier Frères, 1949. tomo I, p. 162.

⁴¹ Sérgio Resende de Barros, professor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de Direito do Estado, na Faculdade de Direito da Universidade dos Estudos de Udine, Itália e na Universidade Internacional Menéndez Pelayo, Espanha.

⁴² Três Gerações de Direitos, artigo disponível em <http://www.srbarros.com.br>.

⁴³ O principal registro desses direitos está na *Magna Charta Libertatum*, a Grande Carta das Liberdades, assinada em 1215 pelo rei João Sem Terra, depois confirmada várias vezes por sucessivos soberanos. Houve outros documentos de defesa dos direitos, como a *Petition of Right*, de 1627, o "*Habeas corpus*" *Act*, de 1679, culminando com o *Bill of Rights*, de fevereiro de 1689.

divisão dos poderes, se tornou parte indispensável das constituições escritas, para garantir os direitos fundamentais dos súditos” (Ibidem).

A partir da Revolução Francesa, as declarações de direitos passaram a ter duas abordagens distintas, que podem vir parcial ou totalmente superpostas: direitos humanos e direitos fundamentais.

Para Bobbio (1992), direitos humanos têm dimensão histórica e reativa e, por não serem produto da natureza, mas da civilização humana, são mutáveis, suscetíveis de transformações e ampliações, à guisa dos estímulos do desenvolvimento. Nesse cenário, a Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser tomada, em relação ao seu conteúdo, os direitos proclamados, um ponto de parada num processo de modo algum concluído. Os direitos elencados na Declaração não são os únicos possíveis direitos do homem: são os direitos do homem histórico, tal como este se configurava na mente dos redatores da Declaração, após a tragédia da Segunda Guerra Mundial.

Ciochetti de Souza complementa, apropriadamente, que os direitos humanos são aqueles reconhecidos em normas internas e em documentos internacionais e independem de qualquer vinculação do indivíduo com determinada ordem constitucional. Refletem, daí, posições jurídicas subjetivas, com validade supranacional (2007, p. 26).

Para Sérgio Resende de Barros, **“todos os feitos são efeitos do processo que os produziu**. Existência é movimento. A existência das coisas surge e depende do movimento do mundo, cujo transcurso é a história, nome com que também se designa o relato do transcurso” (2008, p. 22).

André Ramos Tavares também atribui à dinâmica das transformações humanas e das relações sociais a demanda de um “permanente e incessante repensar dos Direitos” (TAVARES, 2000, p. 358).

Dessas afirmações, tem-se que o conceito de direitos humanos é mais amplo, se comparado aos direitos fundamentais, porque contempla direitos naturais e valores básicos em constante transformação e que demandarão diferentes exigências (de liberdade, dignidade e igualdade) em cada momento histórico. Os direitos fundamentais expressam normas positivadas pelo ordenamento jurídico interno, notadamente na Constituição, que lhes confere maior estabilidade e segurança jurídica. Na síntese de Gomes

Canotilho, “*direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jurisnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”, constituindo “direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (1992, p. 529).

Desse modo, segundo Ciochetti de Souza, os direitos são bastante sensíveis a fatores ambientais, como o avanço tecnológico, a ideologia, a modalidade e a forma de Estado, as espécies de valores e princípios consagrados pelas normas jurídicas, acima de tudo pelo texto constitucional (2007, p. 25).

Karel Vasak⁴⁴, ao proferir uma palestra em Estrasburgo⁴⁵, em 1979, empregou pela primeira vez o termo “geração de direitos” (SILVA, 2001; BARROS, s/d; BONAVIDES, 2003), hoje repetida por grande parte dos constitucionalistas, e apresentou uma sistematização que, embora seja alvo de muitas críticas, continua citada e adotada como um excelente modelo didático. Segundo Barros, “originalmente, [...] a divisão consoou com o tríplice brado — liberdade, igualdade, fraternidade — que ressoou na ordem política em 1789, na voz de uma ideologia não-intervencionista na ordem econômica e social, mas reclusamente individualista” (BARROS⁴⁶).

Daí a **primeira geração**, dos **direitos civis**, fundamentada na liberdade (*liberté*). Quando esta ideologia liberal deu lugar aos brados da questão social, originada no capitalismo selvagem do século XIX, nasceu a **segunda geração**, a dos **direitos econômicos, sociais e culturais**, buscando a igualdade social (*égalité*). No século XX, a partir de hecatombes e holocaustos, a **terceira geração**, dos **direitos de solidariedade** e de **fraternidade** (*fraternité*), conquistou seu espaço no plano do direito internacional. Essa terceira geração é dotada de flagrante caráter comunitário, contemplando o direito: à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade, à comunicação, à autodeterminação dos povos e ao meio ambiente sadio ou ecologicamente equilibrado. Segundo Barros, diuturnamente

⁴⁴ Karel Vasak, jurista tcheco, estudou na França, foi professor universitário e diretor da Divisão de Direitos Humanos e Paz da Unesco, entre outros cargos de relevância internacional.

⁴⁵ A palestra “Pour les droits de l’homme de la troisième génération: les droits de solidarité” (Pelos direitos do homem da terceira geração: os direitos de solidariedade), teve lugar no Instituto Internacional dos Direitos Humanos.

⁴⁶ “Noções sobre gerações de direitos”. Aula disponível em <http://www.srbarros.com.br>.

vêm sendo acrescentados outros direitos (à alimentação básica, à educação fundamental, à saúde física etc.), que cada vez mais se tornam **direitos de todos**. Ao finalizar o texto “Noções sobre as gerações de direitos”, Barros apresenta, em síntese, o perfil de cada uma dessas gerações:

Perfil da primeira geração

Titularidade: o ser humano como indivíduo (**singularidade**).

Objeto: a defesa da liberdade individual.

Perfil da segunda geração

Titularidade: o ser humano em uma categoria ou parte social (**parcialidade**).

Objeto: a promoção da igualdade social.

Perfil da terceira geração

Titularidade: o ser humano como gênero humano (**generalidade**).

Objeto: a defesa da humanidade e a promoção da solidariedade humana.

Essas gerações de direitos despertaram inúmeras reações entre os estudiosos, mas a maioria concorda que as novas gerações de direitos incorporam os pressupostos das gerações anteriores. Desse modo, os direitos de primeira geração não desaparecem, mas se adaptam aos preceitos da segunda geração, e assim sucessivamente. Alguns autores têm apresentado a projeção de uma quarta geração de direitos, que incluiria os direitos à informação, à democracia direta e ao pluralismo; essa hipótese, porém, não encontra eco na comunidade acadêmica até o momento.

As transformações ideológicas ocorridas após a Segunda Guerra Mundial geraram uma categoria de interesses que vai além da tradicional discussão entre interesse público (de titularidade do Estado) e interesse privado (de titularidade do indivíduo). São temas que não se encontram no plano privado, dizem respeito à coletividade, mas não chegam a constituir interesse público (público como estatal) (CAPPELLETTI⁴⁷, 1988). Na atualidade, a doutrina jurídica denomina esses interesses como **metaindividuais**. E dessa perspectiva nasce uma nova categoria de direitos,

⁴⁷ Mauro Cappelletti foi professor nas universidades de Florença e Macerata e no Instituto Universitário Europeu, em Fiesoli, Itália. Considerado um dos grandes processualistas italianos, foi discípulo de Calamandrei.

os **direitos difusos**, já contemplados na constituição brasileira de 1988 (Art. 129, III), mas que só no Código de Defesa do Consumidor, também do Brasil, ganhou uma definição específica, como se lê no seu artigo 81:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

O direito difuso pode ser definido por três propriedades, constantes também no texto supracitado:

- a) Transindividualidade: ocorre quando o direito transcende o indivíduo, ultrapassando o limite da esfera de direitos e obrigações de cunho individual.
- b) Indivisibilidade: não há como cindir o direito difuso, por conta de sua natureza indivisível. A todos nós pertence e, ao mesmo tempo, ninguém em específico o possui.
- c) Titularidade indeterminada e interligada por circunstância do fato: os interesses nos direitos difusos possuem titulares indeterminados (MOURÃO⁴⁸, 2007, p. 72).

Celso Fiorillo (2004), para melhor explicar essas propriedades, toma como exemplo o ar atmosférico: se estiver poluído, não temos como precisar quais seriam os indivíduos afetados por ele. Mesmo com um território delimitado pela poluição, as pessoas — ainda que não tendo qualquer relação jurídica entre si — estariam interligadas pela mesma circunstância, ou seja, seriam afetadas pelos malefícios do ar poluído.

De volta aos direitos, verifica-se que sua história possui estreita ligação com a dos Estados constitucionais, como argumenta Bonavides: “toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas — a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição — a uma indeclinável concepção de Estado, da Constituição e da

⁴⁸ Henrique Augusto Mourão, professor de Direito Ambiental da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil de Minas Gerais (OAB/MG), membro titular da Comissão de Direito Ambiental da OAB/MG e conselheiro titular do Conselho Estadual do Patrimônio Cultural (Conep).

cidadania” (2003, p. 258). Esses direitos fundamentais apresentam algumas características, entre as quais destacamos as expostas por Ciocchetti de Souza, a partir da obra de Alexandre de Moraes:

Menciona o autor a *inviolabilidade*, consubstanciada “na impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas”; a *efetividade*, consistente na vinculação do Poder Público, que, por suas autoridades, deve sempre atuar “no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto”; a *interdependência* entre as várias previsões constitucionais, as quais, apesar de autônomas, “possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades”; e a *complementariedade*, no sentido de que “os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte (SOUZA, 2007, p. 43).

Nos parágrafos anteriores já se esboça a relação entre direitos e a necessidade de leis que os explicitem. No Estado de Direito, é indispensável que estejam declinados como direitos fundamentais na Constituição e, ao mesmo tempo, tenham declaradas as suas garantias. Segundo Barros, essa ideia-força — a garantia dos direitos — determinou o constitucionalismo em seu princípio histórico e, conseqüentemente, converteu-se em um dos seus princípios culturais, político e jurídico. Tal como o proclamou, na França, o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”⁴⁹. Isso significa que (1) os direitos aí garantidos são os adquiridos pelo homem e pelo cidadão sob o abrigo da Constituição; e (2) não há Constituição sem essa garantia dos direitos.

As Constituições contemporâneas, em vez de disciplinar prioritariamente a organização do Estado, deixando para segundo plano os direitos e garantias individuais, iniciam-se pelo enunciado destes, “o que demonstra”, conforme Reale (1994, p. 339), “que, no Direito atual, os poderes dos Estados são estatuídos em função dos imperativos da sociedade civil, isto é, em razão dos indivíduos e dos grupos naturais que compõem a comunidade.

⁴⁹ Cf. DUGUIT L.; MONNIER H.; BONNARD R. *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*. 7. ed. por Georges Berlia. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952. p. 3. Apud BARROS, 2008.

Por outras palavras, o social prevalece sobre o estatal. Esta é a orientação seguida na Constituição de 1988”. Os direitos individuais passam a ser tratados com grande amplitude. Além dos direitos de *cidadania*, entram em cena também os *direitos sociais*, desde os que protegem a vida até os relativos à comunicação.

Essa Constituição brasileira (de 1988), denominada “Constituição Cidadã”,

trata de forma articulada e extensa dos direitos fundamentais — sendo o maior deles e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: o da dignidade da pessoa humana. Embora agrupados inicialmente no artigo 5º (que trata dos direitos e garantias individuais e coletivos), 6º a 11 (trazendo os direitos sociais) e 14 a 17, que enunciam os direitos políticos, esses direitos — e as garantias destinadas a conferir-lhes eficácia — estão também esparsos em outros itens do texto constitucional. É importante ressaltar que os direitos fundamentais constituem o chamado “núcleo intangível” da Carta Magna, isto é, não são suscetíveis de alteração por meio de emendas constitucionais (BONAVIDES, 2003, p. 198).

Direitos fundamentais, Estado de Direito e constitucionalismo têm, pois, entre si, uma relação indissociável. São três domínios complexos, sistêmicos e em permanente evolução. Trata-se, aqui, de demonstrar que a maioria dos direitos positivados na Constituição apenas é passível de realização se houver o concurso da comunicação pró ativa do Estado ou, no mínimo, da informação estatal pró-ativa, como sua garantia.