

***Exclusão social, poder opaco e ‘consenso’ midiático:
observações sobre a escalada autocrática
na sociedade mundial***

***Exclusión social, poder opaco y ‘consenso’ mediático:
observaciones sobre la escalada autocrática
en la sociedad mundial***

***Social exclusion, opaque power and media ‘consensus’:
observations on autocratic escalation in world society***

MAREN GUIMARÃES TABORDA

Escola Superior de Direito Municipal, Centro de Investigações
de Cultura Constitucional, Brasil

tabordamaren@yahoo.com.br

<https://orcid.org/0000-0002-2947-7983>

GUILHERME OLIVEIRA WEBER

Centro de Investigações de Cultura Constitucional, Brasil

guioliweber@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-1631-2706>

Recibido: 30/09/2022

Aceptado: 30/03/2023

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n37.02>

RESUMO

Trata o presente ensaio da observação, a partir do método histórico, jurídico e sociológico, das tendências expansivas dos sistemas sociais sobre o direito, na sociedade mundial, especialmente sobre os direitos

humanos, e a escalada de um poder antidemocrático, de caráter populista, em várias partes do planeta (em particular, o Brasil). Descrevem-se as condições do direito na sociedade mundial e a fragmentação jurídica verificada pela exclusão econômica, para, a seguir, tematizar a publicidade, na modalidade de acesso à informação, como uma política de 'Estado', e não de 'Governo'. As novas modalidades de domínio político incluem a negação das verdades científicas, o emprego da mentira e da manipulação ideológica e a obtenção de falsos consensos por meio da mídia, e, por isso, resta atingido o âmago do regime democrático, que é o regime do poder visível, transparente. O procedimento é comparativo de descrições feitas pela filosofia política e pela teoria sistêmica. Conclusões parciais foram sendo feitas ao longo da exposição, para restarem articuladas ao final.

Palavras chave: *sistemas sociais, conflitos comunicativos, exclusão econômica, poder opaco, democracia.*

RESUMEN

Este ensayo trata de la observación, desde el método histórico-jurídico y sociológico, de las tendencias expansivas de los sistemas sociales en materia de derecho, en la sociedad mundial, especialmente en materia de derechos humanos, y la escalada de un poder antidemocrático, de carácter populista, en diversas partes del planeta, centrándose principalmente em Brasil. Se describen las condiciones de derecho en la sociedad mundial y la fragmentación jurídica verificada por la exclusión económica, para luego tematizar la publicidad, bajo la forma de acceso a la información, como una política de Estado, no de Gobierno. Las nuevas modalidades de dominación política incluyen la negación de las verdades científicas, el uso de la mentira y la manipulación ideológica y la obtención de falsos consensos a través de los medios de comunicación y, por tanto, el núcleo del régimen democrático que es el régimen de los derechos visibles y transparentes. El procedimiento que se lleva a cabo em el presente artículo es mediante la comparación de descripciones hechas por la filosofía política y la teoría sistémica. A lo largo de la exposición se realizaron conclusiones parciales, para quedar articuladas al final.

Palabras clave: *sistemas sociales, conflictos comunicativos, exclusión económica, poder opaco, democracia.*

ABSTRACT

This essay deals with the observation, from the historical-legal and sociological method, about the enlarging tendencies of social systems on law, in world society, especially on human rights, and the escalation of an antidemocratic power, of populist character, in various parts of the planet (in particular, Brazil). The conditions of law in world society and the legal fragmentation verified by economic exclusion are described in order to, then, thematize publicity, in the form of access to information, as a 'State' policy, not a 'Government' one. The new modalities of political domination include the denial of scientific truths, the use of lies and ideological manipulation, and the obtaining of false consensus through the media, and, therefore, is achieved the core of the democratic regime, which is the regime of the visible/transparent power. The procedure is comparative of descriptions made by political philosophy and systemic theory. Partial conclusions were made throughout the exhibition, to remain articulated at the end.

Keywords: *social systems, communicative conflicts, economic exclusion, opaque power, democracy.*

Exclusão social, poder opaco e 'consenso' midiático: observações sobre a escalada autocrática na sociedade mundial

“O poder não pode sustentar-se no recurso à força, porque, neste caso, deixa de ser poder. O recurso à força revela a fragilidade do poder, a fraqueza da sua constituição e sua predisposição estrutural a sucumbir em face das pressões do ambiente”.

Rafaele De Giorgi¹

Introdução

A sociedade mundial pode ser descrita como “a estrutura universal das possibilidades de recordação da comunicação social”,² observou Raffaele De Giorgi, e esse ‘acontecer’ é verificado no sistema das comunicações:³ os vários *midia* tornam visível a simultaneidade das operações

¹ De Giorgi, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco. Vínculos com o futuro*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 44.

² De Giorgi, Raffaele. *Direito, Tempo e Memória*, São Paulo, Quartier Latin, 2006.

³ Assim, Luhmann, “o que sabemos sobre nossa sociedade ou mesmo sobre o mundo no qual vivemos, o sabemos pelos meios de comunicação”, in: Luhmann, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação de massas*, São Paulo, Paulus, 2005, p. 15.

dos sistemas sociais, ordens condicionadas pela história das seleções que as constituem. Subsistema da sociedade, o direito tem por função primária a generalização congruente das expectativas normativas, de modo que ‘regulação de condutas’ é a referência sistêmica do direito à sociedade como sistema abrangente (ambiente do sistema jurídico).⁴ São as normas constitucionais que contêm programas de atualização do código lícito/ilícito perante a sociedade (ambiente do sistema).

Os sistemas sociais, como o direito, são diferenciados e não linearidades de ‘causa/consequência/resultado’. As diferenciações, precisamente, são a condição de possibilidade de conhecimento das alternativas possíveis, a partir de distinções. Considerando que autodescrição do sistema jurídico é feita pela dogmática jurídica, que contém uma analítica do poder e de sua normalização racional,⁵ novas descrições e diferenciações, feitas pelos membros do *staff jurídico*, são necessárias. O direito deve ser capaz de evitar o conflito interno, no processo de diferenciação entre inclusão/exclusão e de construir expectativas aceitáveis para o futuro. Além do mais, tem o sistema jurídico um papel de estabilização, já que é o meio técnico pelo qual a sociedade se protege contra ela mesma e suas expressões de barbárie.

Uma das funções da Constituição é disponibilizar institutos normativos que servem à garantia das estruturas e operações de outros sistemas sociais e institutos constitucionais para a eleição política, divisão de poderes e diferenciação entre política e administração. Nos últimos dois anos, no Brasil, o povo assistiu, pelos veículos de comunicação, em rede nacional, o chefe do governo investindo contra as políticas de Estado: em meio à pandemia por COVID-19, por exemplo, assumiu uma postura negacionista e destrutiva, ao se contrapor às normas da OMS no enfrentamento da doença e desmoralizar a sua Administração. Ademais, agiu contra políticas públicas assumidas constitucionalmente pelo Estado brasileiro, como o reconhecimento e concretização dos direitos dos povos originários, em que resta ‘autorizada’ implicitamente a ocupação violenta das terras indígenas por brancos, em nome do desenvolvimento do sistema econômico, a concretização do direito fundamental à educação, as políticas de transparência e por aí vai. Está havendo uma espécie de esfacelamento do Estado brasileiro, pois as matérias de administração (Estado) estão

⁴ Neves, Marcelo, *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, Tiragem, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2020.

⁵ Sobre a normalização racional da ciência jurídica, ver: Müller, Friedrich, *Discours de la Méthode Juridique*, Paris: PUF, 1993, p. 41-42; 169-170; Schiavone, Aldo, *Ius: la invención del derecho en Occidente*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2012, p. 25.

sendo tratadas como de ‘governo’⁶ e essa subordinação do Judiciário e do Legislativo ao Executivo, típica dos regimes presidencialistas, põe em xeque a constituição democrática, porque destrói a sua condição necessária e suficiente, qual seja, a mais ampla publicidade dos processos de poder.

Postas tais premissas, este estudo observa as tendências expansivas da economia e da política sobre o direito, na sociedade mundial, especialmente sobre os direitos humanos e a escalada de um poder antidemocrático, de caráter populista, em várias partes do planeta (em particular, o Brasil). Para atingir tal objetivo, descrevem-se as condições do direito na sociedade mundial e a fragmentação jurídica verificada pela exclusão econômica, para, a seguir, tematizar a publicidade, na modalidade de acesso à informação, como uma política de ‘Estado’, e não de ‘Governo’, pois é a ‘memória’ do sistema jurídico que fundamenta o poder democrático.

As novas modalidades de domínio político incluem a negação das verdades científicas como forma de ação política, o emprego da mentira e da manipulação ideológica e a obtenção de falsos consensos por meio da mídia, e isso atinge o coração âmbito do regime democrático, que é o regime do poder visível, transparente. O método de abordagem é o histórico-jurídico, porque tal caminho pressupõe que o direito é parte constitutiva dos eventos históricos, além de dedutivo (do geral para o particular), e o procedimento, comparativo de descrições feitas pela filosofia política e pela teoria sistêmica. Conclusões parciais foram sendo feitas ao longo da exposição, para restarem articuladas ao final.

Tendências expansivas dos sistemas sociais sobre o direito na sociedade mundial

A sociedade mundial inviabiliza os corpos humanos, esquece-os, mas os conserva no interior de um espaço físico que não mais delimita o espaço da comunicação social. Tolerância desigualdades, diferenças, em níveis altíssimos e alcança “patamares inimagináveis de barbárie produzidos pelo seu normal funcionamento, o qual podemos corretamente chamar de aquisições evolutivas”.⁷ A autonomia dos sistemas sociais

⁶ Aborda, Maren e Prestes, Vanêsa, “Desastres ambientais, corrupção urbanística e esfacelamento do Estado: o que o assassinato de Marielle Franco tem a ver com isso”, *Revista Brasileira de Direito Municipal*, Belo Horizonte, vol. 21, no. 75, jan-mar, 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37403> (acesso em: 22 maio 2020).

⁷ De Giorgi, Raffaele, *Direito, Tempo e Memória*, pp. 216-218.

acaba excluindo radicalmente os seres humanos da sociedade,⁸ constituindo-se uma diferença intransponível entre instituições sociais e seres humanos concretos, e assim, as pretensões de indivíduos de carne e osso à integridade corporal e psíquica, são o que se pode descrever como direitos humanos *latentes*, surgidos “dos conflitos comunicativos e de seus resultados obtidos na política, moral, religião e direito”.⁹

Característica básica da sociedade mundial contemporânea é a sua fragmentação, em que há não só a diferenciação dos sistemas sociais, mas, sobretudo, a “tendência expansiva da política e de outros subsistemas sociais”, constata Teubner.¹⁰ Ao transpassar as fronteiras do Estado nacional, no mar da globalidade formam-se apenas “ilhas de constitucionalidade”¹¹ e emerge uma nova ordem em que os problemas constitucionais estão fora da fronteira, em processos políticos transnacionais, e simultaneamente, ao lado do setor político institucionalizado, em espaços privados da sociedade mundial.¹² Por isso, Teubner questiona sobre a relevância de descrever uma ‘sociologia constitucional’, que reflete sobre a viabilidade de uma constitucionalização de esferas sociais com contornos globais. Em tal perspectiva, a sociologia constitucional pensa a constitucionalização de sistemas parciais autônomos da sociedade mundial, em especial a economia global (que abarca a ciência e tecnologia), o sistema educacional, os novos meios de comunicação e os serviços de saúde.¹³

Na realidade empírica, se pode perceber que determinadas estruturas constitucionais já estão consolidadas por meio de organizações internacionais, regimes transnacionais e suas redes, ou seja, um processo de constitucionalização, que acaba por compor uma ordem constitucional mundial fragmentada.¹⁴ O que está em jogo, no particular,

⁸ Teubner, Gunther, A matriz anônima-violação de direitos humanos por atores “privados” transnacionais, in: Campos, Ricardo (org.), *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*, São Paulo, Saraiva, 2016, pp. 271- 311, p. 280.

⁹ Teubner, Gunther, *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*, p. 286.

¹⁰ Teubner, Gunther, *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*, São Paulo, Saraiva, 2016, p. 13.

¹¹ *Ibidem*, p. 107.

¹² Teubner, Gunther, *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*, p. 24.

¹³ *Ibidem*, p. 28.

¹⁴ Mendonça, Fernanda, Nascimento, Valéria Ribas, Os desafios para a proteção dos direitos humanos na era da interconstitucionalidade: a margem nacional de apreciação como instrumento de proteção no contexto do sistema interamericano, *Revista dos Tribunais. Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 94/2016, jan-mar, 2016, pp. 221-246, p. 225. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/21045> (acesso em: 30 de maio 2022).

não é a construção de uma nova constituição em uma globalidade desconstitucionalizada, e sim a reforma fundamental de uma ordem constitucional transnacional que já existe. Todavia, tal realidade fica encoberta pelo fato de que, no plano transnacional, um sujeito equivalente ao Estado Nacional não pode ser prontamente identificado.¹⁵ Só o que se pode observar no âmbito interno dos estados, são setores sociais sistematizados amplamente desenvolvidos em constituições próprias, representadas em várias opções instauradas no contexto do constitucionalismo social.

Determinadas ordens sociais autônomas são estabelecidas e auto-limitadas num perspectiva de diversidade institucional, e estabilizadas pelo direito constitucional. A consolidação das ordens sociais com lógicas próprias passa a ser reconhecida como problema constitucional, exatamente por suas características de autoconstituição, autolimitação e integração coletiva.¹⁶ As concepções de Estado Social admitem como legítima a normatização constitucional dos espaços sociais parciais, pois respeita suas autonomias.

Assim, em diversos setores da sociedade, formam-se ordens constitucionais que são estabilizadas em diferentes graus, através das normas jurídicas constitucionais. Teubner observa quatro fenômenos, “distantes uns dos outros”:¹⁷ a) a expansão do direito dos juízes; b) um certo retorno teórico ao direito natural; c) a mudança de direção dos movimentos de protesto, que se dirigem não só contra o Estado, “mas, de modo seletivo e decidido, contra as instâncias profissionais, organizadas da economia e outros sistemas funcionais, que são acusadas de serem as responsáveis por uma grave deriva”¹⁸ e, finalmente, b) a distinção entre os diversos tipos de constituição: de Estado, econômicas, científicas, etc). Com o auxílio da tese de Luhmann, assevera que estes fenômenos estão ligados por um nexos essencial, que diz respeito ao fato de que o sistema jurídico, com a ajuda da Constituição do Estado, “externaliza seus paradoxos de fundação na política, e esta, no Direito”¹⁹ e, daí, é legítimo questionar se outros sistemas sociais também não fazem isso, isto é, “externalizam seus paradoxos com ajuda de uma constituição no Direito ou se eles trabalham com despadações alternativas”.²⁰

¹⁵ Teubner, Gunther, *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*, p. 36.

¹⁶ *Ibidem*, p. 57.

¹⁷ *Ibidem*, p. 159.

¹⁸ *Ibidem*, p. 161.

¹⁹ *Ibidem*, p. 162.

²⁰ *Ibidem*, p. 163.

Na distinção entre direito e política, o primeiro buscou, historicamente, a sua legitimação última na *política democrática* (democracia é a improvável aquisição evolutiva do sistema da política, ponto de referência para a elaboração política da complexidade da sociedade);²¹ já a política, com seu paradoxo praticamente indissolúvel — a vinculação de uma soberania desvinculada de *per si*— o externaliza no direito, por meio da constituição do Estado, que “vincula a soberania politicamente desvinculada ao método do Direito”.²²

O êxito histórico da dita ‘Constituição Democrática’, para além de ter incluído os conflitos sociais e econômicos na Constituição,²³ foi precisamente atribuir a produção do direito à política, com as garantias processuais do Estado de Direito, a divisão funcional, a jurisdição constitucional, e marginalizando, com isso, o direito de base consuetudinária. Na Constituição do Estado Social, o direito privado foi constitucionalizado, e seus paradoxos de fundamentação do contrato e da organização privada, fundamento da autonomia privada foram igualmente deduzidos da constituição do Estado. A ultrapolitização do direito gerada mostrou seus efeitos devastadores nos regimes totalitários, mas se tornou também perceptível no Estado de bem-estar social. Contudo, tal externalização da política no direito se mostra inoperante nos processos de formação do direito de regimes transnacionais.

Com isso, é legítimo questionar como o direito tem reagido, para forçar sua diferenciação interna em subsetores autônomos, apoiando o seu processo de produção de normas jurídicas não só na política, mas também em outros sistemas sociais. O Estado Nacional já realizou, de certo modo, esta tarefa, com a formação contínua de subcampos autônomos, como o direito econômico, o direito social, o direito do trabalho, o direito das mídias, o direito científico, etc. Tais ordenamentos jurídicos especiais, cada vez mais, deslocam “o paradoxo da formação de normas para dentro dos sistemas sociais regulados”.²⁴ Assim, a legitimação do direito não diz respeito somente a ‘vontade do legislador’, mas também, a ‘natureza da matéria’, o âmbito social regulado, ou, como diz Müller, a ‘estrutura do âmbito material regulado’, que são dados factuais que não podem ser desconhecidos pelo legislador e pelo

²¹ De Giorgi, Raffaele, *Direito, Democracia e Risco. Vinculos com o futuro*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 51.

²² Teubner, Gunther, *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*, p. 164.

²³ Fioravanti, Maurizio, *La Costituzione Democratica*, Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo, Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 182.

²⁴ Teubner, Gunther, *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*, p. 168.

intérprete. ‘Domínio da norma’ é o setor para o qual está orientada uma regulação (o segmento da realidade social na sua estrutura fundamental, que o programa da norma escolheu ou criou parcialmente como âmbito de sua regulação).²⁵

Em regimes transnacionais, são o contrato, a organização formal e a padronização os processos de formação de normas jurídicas, que acabam convalidando o direito autocriado da economia, da ciência, da educação, das mídias e dos sistemas de saúde. Normas sociais substituem o processo legislativo e o legislador político fica com a tarefa de reformular o direito social assim criado. No plano transnacional, observa-se uma precarização da vida humana, porque os direitos fundamentais institucionais e os direitos humanos estão sendo impactados pelas tendências totalizantes da economia, em vários âmbitos, como a seguir se explanará.

A exclusão econômica e a fragmentação da ordem jurídica entre ‘superintegrados’ e ‘subintegrados’

No caso da economia, em que o paradoxo da escassez é superado pela codificação binária ‘propriedade/não-propriedade’, as expectativas de propriedade definem vinculações estritas, fixando a inclusão/exclusão do círculo de pessoas afetadas e estabelecendo, materialmente, “conjuntos de expectativas de direitos de exploração, de aquisição potestativa, de fruição e de alienação e seus respectivos limites”.²⁶ Isso é assim porque a propriedade, primeiro degrau da constituição econômica, estabelece a associação estrutural entre economia e direito. Em uma segunda etapa, que diz respeito a uma economia monetária desenvolvida, o paradoxo da escassez assume a forma que “ameaça paralisar os processos de pagamento, no Direito”.²⁷ Gerada no setor bancário a solvabilidade/insolvabilidade, a economia só pode superar o paradoxo com a ajuda do direito, isto é, com a elaboração de normas constitutivas financeiras, que regulam a instituição e o modo de atuação dos bancos centrais em relação aos bancos comerciais. A crise financeira mundial de 2008/2009 mostrou que esta dinâmica (aumento excessivo de transações financeiras globais) permitiu o surgimento de uma enorme insolvabilidade do setor bancário.

Já o caso do direito humano de acesso à água é exemplar no que diz com a precarização da vida humana pelo sistema econômico: na

²⁵ Müller, *Discours de la Méthode Juridique*, Paris, PUF, 1993, pp. 189-197.

²⁶ Teubner, Gunther, *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*, p. 179.

²⁷ *Ibidem*, p. 179.

sociedade mundial, com o aumento de privatizações dos serviços de abastecimento de água, e configurada esta como *commodity*, explodem continuamente conflitos relacionados ao controle de fontes de água ou em relação ao preço do serviço, as chamadas “guerras das águas”.²⁸

Ao trazer a noção de matriz anônima nos processos de violação de direitos, como ameaça não de humanos, mas de processos sociais impessoais baseados em instituições e modos de operação, Teubner alerta que toda a doutrina dos direitos humanos ainda é baseada na doutrina do *state action* e na ficção jurídica do Estado ou da empresa como pessoa, quando as maiores ameaças aos direitos humanos, há décadas, recaem nas matrizes anônimas e atomizadas para fora da relação estatal, que já não é mais o centro da sociedade, sobretudo a matriz econômica, ressaltando que as multinacionais e transnacionais são agentes ativos na degradação humana e ambiental e quase nunca pagam pelo que fazem, pois é extremamente difícil enquadrá-los dentro dos modelos jurídicos atualmente adotados, cujo escopo e competência do Poder Judiciário condiz com o Estado Nacional e encontra inúmeras limitações.

Estes conceitos, da exploração do ser humano por sistemas sociais, por instituições que degradam o planeta, trazida a partir da concepção ecológica dos direitos fundamentais são ferramentas úteis para se repensar os conflitos existentes em relação aos recursos hídricos em que existem diversos —e sobrepostos— processos ocorrendo através de instituições que violam e vulneram os direitos dos humanos em relação à água, sendo estas matrizes em sua maioria extra ou paraestatais, como o mercado; despersonalizadas, e profundamente complexas e interligadas, como a tendência ao consumismo, o desperdício, a corrupção, as disputas políticas, o lucro, a parca educação de parcela da população, todos contribuindo para processos de sofrimento dos indivíduos que passam sede e/ou estão doentes ou sofrendo por causa da atuação sistemática e estruturada destes atores que não agem em nome próprio, mas são corpos utilizados pelas instituições em seus processos sociais.

Não se trata aqui de um conflito de direitos oponíveis, de sujeitos bem recortados ou de conflito entre direitos fundamentais de mesma estatura, ou mesmo tão somente de conflitos entre a pessoa humana individual e a pessoa-Empresa, ou pessoa-Estado, mas sim de relações complexas entre as instituições que compõem estes processos anônimos

²⁸ Ver Castro, Ramiro, *Paradigmas em disputa no acesso humano à água: entre a lógica do mercado e a realização do bem comum*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2021, 215 fl., em especial capítulos 4 e 6.

que prejudicam os indivíduos e ilustram contradições estruturais e sociais reais, e não meramente direitos abstratos.²⁹ Da mesma forma, Luhmann aduz que as normas de direitos são assim reconhecidas justamente por suas violações, de modo que é o seu descumprimento, a constatação de sua falta que o classifica como um direito humano.³⁰ O direito ao acesso à água carrega, pois, simbolicamente, a carga emocional e vital mais forte que se pode cogitar dentre seus pares no rol dos direitos humanos, o que acarreta que, tomando-se a teoria sistêmica como guia hermenêutico, pode ser considerado como um exemplo de *direito humano latente*, por ser uma pretensão dos seres humanos, enquanto indivíduos, seres de carne e osso que sofrem e morrem, à integridade corporal e física, sendo, portanto, um direito pré-jurídico ou extrajurídico, pré-político e mesmo pré-social, dado que o humano, antes mesmo da constituição da comunidade política, já colocava no topo de suas prioridades fisiológicas, a água, tal qual todos os outros seres vivos.³¹

No ambiente brasileiro, tem-se testado a consistência do modelo constitucional de 1988 frente à crise econômica e à instabilidade institucional, e observa-se a instrumentalização da Constituição, em que o direito falha em impor seu código ao domínio político. Marcelo Neves aponta que, em países ditos ‘periféricos’ da ordem mundial, há a instrumentalização do direito pela política, e cooptação política por grupos econômicos, que são os beneficiários dos frágeis mecanismos de legitimação do Estado de Direito.³² Isso faz com que os direitos fundamentais sejam institucionalizados de forma distorcida, a separação de poderes e as eleições respondam à fórmulas de reconciliação mais amplas, com o objetivo de manter os privilégios dos ‘sobreintegrados’ (‘superintegrados’ na linguagem de Müller), que podem dispor da Constituição.

O sistema econômico, com seu código ‘abundância/escassez’ de recursos materiais vitais, produz, sempre e todo lugar, inclusão e exclusão. O declínio econômico —o desfavorecimento— ainda que parcial,

²⁹ Fischer-Lescano, Andreas, Crítica da Concordância Prática, in: Campos, Ricardo (org.), *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*, São Paulo, Saraiva, pp. 37-61, 2016.

³⁰ Luhmann, Niklas, Iluminismo sociológico, in: Santos, José Manuel (dir.), *O pensamento de Niklas Luhmann*, LusoSofia, Covilhã, 2005.

³¹ Teubner, Gunther, *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*, p. 285.

³² Neves, Marcelo, *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, Tiragem, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2020, p. 8.

produz uma reação em cadeia de exclusão, e as injustiças sociais, econômicas e políticas se tornam também jurídicas, fazendo com que os excluídos (vulneráveis) não contem com proteção jurídica eficaz, o que resulta em violência contra grupos e minorias, nas cidades e nos campos.³³ Tais exclusões são geradas pela sociedade moderna como diferença funcional, pois a exclusão econômica permite que a ordem social e jurídica se fragmente entre aqueles que não têm acesso às prestações materiais vitais (exclusão primária) ou não o têm mais em razão do empobrecimento e do descenso social maciço (exclusão secundária).

Da manutenção da exclusão dos excluídos —‘subintegrados’— se alimenta a estrutura dos privilégios dos ‘superintegrados’ e, com isso, a impossibilidade do cumprimento da prestação que o sistema social (ambiente) demanda do direito. Por conseguinte, com a exclusão econômico-social, a Constituição não consegue mais impor o código do direito ao da política, e acaba criando uma realidade que já não é mais o ‘Estado Constitucional’ e, com isso, a Constituição perde a sua legitimidade propriamente democrática. Não há base para que o povo possa exercer os seus direitos políticos e, por isso, a exclusão econômica gera exclusão política.

‘Povo’, em filosofia política, pode ser o *povo ativo*, composto pelos titulares dos direitos eleitorais; o *povo* como instância de atribuição de legitimidade; o *povo* destinatário das prestações do Estado, ou como ícone, quando é referenciado como discurso simbólico, sem eco na realidade. Esse uso não é democrático, pois o povo icônico *não participa dos processos de poder*. A exclusão social e econômica, diz respeito ao *povo destinatário*; a ausência de efeitos políticos e a apatia estão relacionadas com o *povo ativo*; e a exclusão jurídica, violência ilegal, a desigualdade inconstitucional, a negação de proteção jurídica e a impunidade dos agentes da repressão “consiste em violações do *status* do povo como instância de *atribuição*”, arremata Müller.³⁴

No sistema jurídico, a autoreferência elementar (de base), implica a reprodução da comunicação jurídica exclusivamente sob o código ‘lícito/ilícito’. Daí a legalidade ter caráter constitutivo de redundância funcional, capaz de afirmar a consistência da autonomia do sistema jurídico frente à variabilidade do ambiente, dinâmica que pode ser observada na circularidade entre estatuição (legiferação) e concretização

³³ Müller, Friedrich, Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? in: *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre. Edição Especial*, Porto Alegre, Unidade Editorial da Secretaria Municipal da Cultura, 2000, p. 28.

³⁴ Müller, Friedrich, *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, Edição Especial*, p. 50.

jurídica, cuja generalização implica a inclusão de toda a população no sistema jurídico. É a “luta por reconhecimento” a que aduz Honneth,³⁵ pois é no reconhecimento jurídico que um ser humano é respeitado em virtude da propriedade que faz dele uma pessoa de direito, capaz de participar do processo democrático.³⁶ Os confrontos práticos surgidos da “experiência do reconhecimento denegado ou do desrespeito, representam conflitos em torno da ampliação tanto do conteúdo material quanto do alcance social do status de uma pessoa de direito”, afirma Honneth.

Assim, se por ‘reflexividade’ se pode compreender a referência de um processo a si mesmo em nível sistêmico mediante o mesmo código binário, a Constituição é a instância reflexiva mais abrangente do direito positivo, uma vez que estabelece a hierarquia normativa, a organização dos poderes e do processo legislativo, bem como a sua própria reforma. No direito, a reflexão se dá no interior da teoria do direito e da dogmática jurídica, de modo que os temas da ‘legalidade/constitucionalidade’ são imprescindíveis para o desenvolvimento da ciência. O problema é que, no Brasil, tal reflexão não se reflete na práxis, e variáveis particularistas acabam se impondo sobre uma prática universalista de decisão, como aponta Neves,³⁷ e faz-se um uso seletivo da legalidade contra a Constituição, como no caso da expulsão de moradores de favelas sob o fundamento da violação do direito de propriedade, ou naqueles em que o poder público viola desde direitos à gestão democrática da cidade até direitos fundamentais de moradia de milhares de famílias pobres, no que concerne à segurança da posse, à disponibilidade de infraestrutura, à localização e ao custo acessível da moradia, sem contar impactos ambientais negativos, em grandes projetos de urbanização das cidades. No particular, Betânia Alfonsin, descrevendo as consequências danosas da política de transformação da cidade de Porto Alegre para receber a Copa do Mundo de 2014, aduz que “houve a total desconsideração da diretriz da política urbana que determina a recuperação, para a coletividade, dos investimentos públicos que resultaram em valorização dos imóveis privados”.³⁸

³⁵ Honneth, Axel, *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, São Paulo, Editora 34, 2003.

³⁶ Taborda, Maren e Prestes, Vanesca, *Revista da Faculdade Mineira de Direito PUC MINAS*, p. 11.

³⁷ Neves, Marcelo, *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, Tiragem, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2020, p. 302.

³⁸ Alfonsin, Betânia, Resgatando o processo de preparação da copa de 2014 em Porto Alegre e problematizando os “legados”, in: Soares, Paulo Roberto (org.), *Porto Alegre. Os impactos da Copa do Mundo de 2014*, Porto Alegre, Deriva, 2015, p. 247.

É possível ainda observar, na realidade empírica, problemas de regulação jurídica do procedimento eleitoral, a hiperpolitização da Administração Pública (a sua particularização), pois se articulam corporativismos e não há a distinção clara entre Estado e Governo. O Executivo se expande constantemente e isso impede a configuração funcional da divisão de poderes. Por isso, Neves³⁹ aduz que “a política (em sentido amplo) desenvolve-se amplamente sem a consideração por seu ambiente jurídico, e o sistema jurídico, por seu lado, não observa adequadamente o seu ambiente político”.

No domínio das questões ditas ‘políticas’, o Executivo reivindica liberdade, isenção de controle judicial, em face da envergadura dos interesses públicos nelas envolvidos, pois se o Governo estiver completamente submetido à fiscalização judicial, não poderá exercer adequadamente sua competência política de direção. Na tentativa de distinguir atos políticos de atos administrativos, a doutrina francesa do século XIX, por exemplo, construiu a teoria dos atos de governo e a doutrina alemã, a teoria da discricionariedade. A doutrina brasileira, desde a mesma época faz a distinção entre ‘governo’ e ‘administração’, com a tendência a identificar alguns atos políticos como não sindicáveis. A competência do Governo é conferida diretamente pela Constituição, e os atos praticados nesta condição são livres, não podendo ser atacados por via de recursos. Tais medidas não se opõem ao conceito geral de atos da administração e se subsumem em execução todos estes poderes. A função de governo se manifesta na função de chefia do Estado, na qual o elemento da configuração ativa recua a favor do elemento da preservação da unidade estatal.⁴⁰

Especificamente na sociedade brasileira, pode ser observado que é cada vez mais difícil a distinção entre o Governo e o Estado: a Administração Pública é particularizada, assegura privilégios e mantém exclusões, sendo a desigualdade “um problema central para a cultura jurídica brasileira”, diz Lopes, que mantém um “paralelismo jurídico”, constituído de práticas ilegais perpetuadoras das situações de opressão

³⁹ Neves, Marcelo, *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, Tiragem, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2020, p. 263.

⁴⁰ Ver Cretella, José, Teoria do ato de governo, *Revista de Informação Legislativa*, n. 95, jul-set, 1987, pp. 73-75; Hesse, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1998; Modugno, Franco, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVII, Milão, Giuffrè, 1981. Verbete ‘Funzione’, Taborda, Maren, Função Administrativa e Função de Governo: o ‘giro do carteiro’ e a condução política do Estado, in Ávila, Humberto, (org.), *Fundamentos do Estado de Direito- Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 262-292.

intraclases ou interclases.⁴¹ No que diz com a diferenciação entre Governo e Estado, por conseguinte, a Constituição brasileira não tem conseguido impor o seu código, pois o poder político confunde, mistura, propositalmente, na comunicação política, esta diferenciação histórica da ciência jurídica.

‘Governo’ é o comando, a iniciativa, a fixação de objetivos do Estado e a manutenção da ordem jurídica vigente, atuando mediante atos de soberania ou de autonomia política na condução dos negócios públicos e ‘administração’, em sentido formal, o conjunto de órgãos que executam os objetivos do Governo; em sentido material, o conjunto das funções necessárias ao serviço público e, em sentido operacional, atividade técnica subordinada. O ato político é discricionário e não um ato neutro, vinculado à lei ou a norma técnica.

Tudo isso impede a tensão constitutiva entre os dois sistemas (direito e política), por meio da Constituição, destruindo as chances de aprendizado social que a experiência constitucional pode proporcionar, pois, se “um Estado democrático viver em uma comunidade à qual pertencem Estados não-democráticos, e ela própria não é democrática, o regime dos Estados democráticos também será apenas uma democracia incompleta”, como observou Bobbio.⁴² É preciso descrever, portanto, as relações entre democracia, comunicação e esclarecimento,

O acesso à informação tratado como política de ‘Governo’ e não de ‘Estado’ pelo executivo brasileiro

Uma das definições fortes de democracia, é a de que esta é o regime do poder visível: poder público em público. Isso é assim porque o poder (domínio) tem muitas formas: considerados os *poderes sociais*, é possível distinguir um *poder político*, detentor do monopólio da força legítima; um *poder econômico*, com base na posse dos meios de produção e um *poder ideológico-cultural*, com base no controle dos meios de informação e persuasão (meios de comunicação de massa). Assim, os sistemas de mídia tem um papel fundamental na formação da opinião pública e na formação da vontade política nas sociedades contemporâneas, pois informação é poder. O esforço autoritário é precisamente o poder secreto, porque o segredo, durante séculos “foi considerado essencial para a arte do governo”. Foi a razão iluminista que inverteu essa lógica, afirmando o poder visível. Todavia, em terras brasileiras,

⁴¹ Lopes, José Reinaldo, *Direitos Sociais. Teoria e prática*, São Paulo, Método, 2006, p. 113.

⁴² Bobbio, Norberto, *Teoria Geral da Política*, Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 384.

em que pese o preceito da publicidade ser um elemento essencial da Constituição, é deficiente, até mesmo nula, a sua concretização.

O processo histórico, aliás, caminha na direção do poder opaco. A atuação do Governo Federal do Brasil no enfrentamento do COVID-19 é ilustrativa a esse respeito, pois jamais foi considerado que as condutas, para o caso, não eram independentes (governo) e sim hierarquizadas (administração) e, por isso, suscetíveis de recurso —sindicalizáveis—. Em tal distinção, a discricionariedade do ato político é maior do que a discricionariedade do ato administrativo, mas ambos têm como limites as prerrogativas individuais, as liberdades públicas e os direitos subjetivos públicos. A deficiente pre-compreensão de tal distinção, firme no sistema, produziu —e produz— severas consequências disfuncionais que comprometem a função estabilizadora do direito, na medida em que ela traduz uma tensão crescente entre Governo e Parlamento, típica dos regimes presidencialistas.

No particular, o Governo Federal tratou a questão do acesso à informação (âmago da Constituição Democrática), como matéria de ‘Governo’ e não de estruturação do ‘Estado’. Com efeito, o que não se pode manifestar em voz alta sem, ao mesmo tempo, frustrar a própria intenção, deve permanecer em segredo, e aí, a primeira exceção ao preceito de publicidade.⁴³ Por conseguinte, nas sociedades democráticas, no que diz respeito ao preceito da publicidade como transparência, as exceções estão relacionadas àquelas decisões que, uma vez publicizadas, ameaçam a segurança e a existência mesma da comunidade, isto é, aquilo que a tradição política denominou *arcana imperii* (razão de Estado), que tem por objetivo conservar o Estado e a forma de governo existente.

Na política brasileira atual, há o esforço deliberado de ocultar as verdades científicas e de vedar o acesso às informações públicas, por parte do Governo Federal, em inúmeras situações, e, especialmente, durante a pandemia por COVID-19 (ainda em curso). O primeiro caso de falta de transparência que se observou se deu no enfrentamento da crise sanitária, quando o governo do Brasil fez escolhas não democráticas —autoritárias— manipulando informações sobre a doença e vedando o acesso público a essas informações. A ausência de informações e dados sobre a crise sanitária, aliada ao esvaziamento das políticas públicas de saúde, pôs em risco a vida dos brasileiros, em especial

⁴³ Advém daí o segundo princípio do direito público: “todas as máximas que necessitam da publicidade (para não fracassarem no seu fim) concordam simultaneamente com o direito e a política”. Kant, I., *A paz perpétua e outros opúsculos*, Lisboa, Edições 70, 1995, p. 170.

aqueles já socialmente vulneráveis (população indígena, quilombola, pobres em geral). Mais grave foi a desarticulação das políticas de enfrentamento à doença entre os governos dos entes federados. Aliás, já em março de 2020 foi editada Medida Provisória alterando significativamente os procedimentos estabelecidos na LAI (Lei de Acesso à Informação LEI nº 12.527, de 18 de novembro de 2011), suspendendo prazos de resposta e impondo a impossibilidade de recurso em caso de negativa de acesso. Ainda que tal ato normativo tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em 26 de abril, por pressão da sociedade civil, a medida foi utilizada em diversos casos para negar acesso à informação, mobilizando a pandemia como pretexto.

Atualmente, os brasileiros só têm informações sobre as questões que envolvem a doença por meio da mídia, na medida em que, a partir de março de 2020, os veículos de comunicação social *G1*, *O Globo*, *Extra*, *O Estado de S.Paulo*, *Folha de S.Paulo* e *UOL* formaram uma parceria e passaram a trabalhar de forma colaborativa para buscar as informações necessárias nos 26 estados e no Distrito Federal. Os dados são coletados diretamente nas secretarias estaduais de Saúde e informados para a população através de várias mídias. Tais informações orientam as pessoas e as políticas públicas.

A falta de informações e as mentiras científicas estimulam a população a usar medicamentos sem comprovação científica de eficácia e a não participar dos programas de vacinação infantil contra doenças como poliomielite, que volta a atingir os brasileiros. Em 2022, as taxas de imunização de crianças contra 17 doenças —entre elas o sarampo— atingiram os níveis mais baixos em muitos anos. Os motivos para isso são vários, mas um relevante (e evidente) é a percepção enganosa de parte da população de que estas doenças já ‘desapareceram’ e problemas de falta de informações seguras, em razão de deficiências do sistema informatizado de registro de vacinação.

Na democracia, “a publicidade é a regra básica do poder e o segredo, a exceção, o que significa que é extremamente limitado o espaço dos segredos de Estado”.⁴⁴ Tal diferenciação é básica para compreender a relação entre segredo e publicidade na sociedade de nosso tempo, que possui a adjetivação “da informação”, pois, com adventos tecnológicos na seara da comunicação, o bem mais precioso não é mais o ouro ou a

⁴⁴ Lafer, Celso, *A Ruptura Totalitária e a Reconstrução dos Direitos Humanos*, São Paulo, 1988, pp. 243-244.

prata, conforme o metalismo do século XVI e XVII, e sim a informação. Por isso, as sucessivas diferenciações e descrições feitas pela dogmática jurídica em torno *do tema da publicidade*, memória poderosa do sistema jurídico nos últimos 250 anos, são essenciais, porque tais diferenciações permitem um *juízo de valor* sobre o sistema político que se está a descrever e analisar, na medida em que só é democrático o poder visível transparente.

Este estado de coisas é propiciado pela forma de governo adotado na República —o Presidencialismo— e reforçado pelas formas que o domínio político tem assumido, desde os anos 90, com tendências ao fortalecimento do Executivo nos Estados Nacionais, em que a personalização do confronto político e da gestão do poder assumem formas de confronto plebiscitário. Isto acaba pondo em xeque a legalidade e a imparcialidade, e pode destruir a Constituição Democrática, o que já está ocorrendo. Quem vive no Brasil, experimenta um ‘regime político de fato’, instaurado para além das vontades individuais, e que não faz parte da dialética democrática, de alternância de poder entre direita e esquerda. A partir de 2019, os opositores do governo (eleito em 2018), passaram a ser tratados como inimigos, e não como adversários. Até mesmo o seu aniquilamento físico foi estimulado e praticado. Dos brasileiros, está sendo roubada a liberdade de *pensar*, porque há um poder exterior que lhe retira a liberdade de comunicar publicamente seus pensamentos.⁴⁵

Autoritarismo sustentado na fábrica midiática de consenso e na concentração de poder econômico e ideológico

A Itália do final dos anos 90 foi uma espécie de ‘laboratório’ para outra forma de domínio político, o chamado ‘populismo midiático’, que ganhou proporções planetárias na contemporaneidade. Arendt já observara, em seu clássico trabalho sobre o totalitarismo,⁴⁶ que nesse tipo de domínio suprime-se a distinção entre o público e o privado, a força acaba substituindo o consenso, propaganda, mentiras e fanatismo sustentam o regime político e o povo é sacrificado. Nos anos 2000, Umberto Eco,⁴⁷

⁴⁵ Kant, Immanuel, *verbis*: “poder exterior que retira dos homens a liberdade de *comunicar* publicamente seus pensamentos rouba-lhes também a liberdade de *pensar* (...)”, in *O que significa orientar-se no pensamento? Textos Seletos*, Edição Bilíngue, Petrópolis, Vozes, 1974, p. 92.

⁴⁶ Arendt, Hannah, *Origens do Totalitarismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 1990, p. 365.

⁴⁷ Eco, Umberto, *A passo de caranguejo: guerras quentes e o populismo da mídia*, Rio de Janeiro, Record, 2022.

Norberto Bobbio⁴⁸ e Michelangelo Bovero,⁴⁹ tentando dar conta da realidade institucional (meio ambiente), fizeram, com os recursos metódicos da filosofia política, diferenciações (descrições) muito precisas sobre o fenômeno, que, hoje, soam proféticas (considerado tudo o que veio depois).

Umberto Eco, em 2003, alertava para o fato de que o regime de Berlusconi (um empresário da mídia italiana, proprietário de 3 canais de televisão, de mais de 7 jornais e que controla politicamente mais outros 3 canais televisivos) era um “regime de fato” com tendências populistas. Usou esta expressão não em seu sentido histórico (populismo russo), mas referindo-se a governos sul-americanos e africanos, como o de Perón, na Argentina, no século xx, que apelaram para uma ficção, a vontade popular, pressupondo-a homogênea, quando isso não existe na realidade. O que existe são cidadãos, com ideias diferentes, e estes é que escolhem, na democracia, quem vai governar —seus representantes no Parlamento—. Mas o corpo legislativo não é todo o povo, pois existem os “corpos intermediários”, “que vão dos poderes industriais ao exército, das ordens profissionais à imprensa”⁵⁰ e, por isso, o populista cria uma imagem virtual da vontade popular, identificando seus próprios projetos com a vontade do povo.

Na medida em que, na Itália de Berlusconi, o detentor do poder também controlava os principais canais de televisão, se foi estabelecida alguma “ditadura” (poder autocrático, não representativo), essa é uma “ditadura da mídia, não política”.⁵¹ “Para fazer cair um governo não é mais necessário alinhar tanques de guerra, mas basta ocupar as estações transmissoras de rádio e televisão”, argumenta Eco.⁵² Um regime midiático populista gerencia o consenso político controlando os meios de comunicação, de modo que não precisa mandar para a prisão os opositoristas, nem censurá-los, basta pô-los para “falar primeiro nos programas e notícias apresentados”, já que, segundo a lógica da mídia televisiva, principalmente, “tem razão quem fala por último”.⁵³

Se os meios de comunicação em massa são os principais responsáveis pela informação da população e pela formação da sua opinião pública, a depender da forma com que se produz e divulga a notícia, essa

⁴⁸ Bobbio, Norberto, *Teoria Geral da Política*, Rio de Janeiro, Campus, 2000.

⁴⁹ Bovero, Michelangelo, *Contra o governo dos piores: uma gramática democrática*, Rio de Janeiro, Campus, 2002.

⁵⁰ Eco, Umberto, *A passo de caranguejo: guerras quentes e o populismo da mídia*, p. 149.

⁵¹ *Ibidem*, p. 163.

⁵² *Idem*.

⁵³ *Ibidem*, p. 165.

pode ser absorvida de diferentes modos pelos cidadãos e produzir diferentes efeitos na sociedade. Através da escolha das palavras noticiadas, do tempo dedicado a determinadas notícias, da omissão de outros fatos, etc., torna-se relativamente simples manipular a opinião pública sobre determinado assunto. Através da mídia, é possível criar uma nova realidade-existente ou não. A mensagem comunicada pela mídia nos conflitos não representa a realidade, mas formula uma dinâmica paralela própria, construída por meio de cruzamento de referências, que podem perder a relação original com o evento vívido. Nesse processo, a construção da narrativa pela mídia passa a exercer influência sobre a representação social do acontecimento e sobre a opinião pública, podendo refletir também nos processos de tomada de decisão engendrados a partir daí.

Isso ficou mais claro desde a 2a Guerra Mundial, em que houve a utilização da mídia como forma de manipulação da opinião pública e, nesse caso, em guerra literal. Na contemporaneidade, com a difusão constante e veloz de informações a internet se tornou mais um ‘campo de guerra’ para ataques de natureza política. A difusão de notícias falsas (ou mentiras políticas) tem tomado proporções incalculáveis e gerado consequências irreversíveis. No campo político, momentos decisivos como eleições e processos legislativos, por exemplo, são contaminados por *fake news*, que pretendem alterar seu fluxo natural através da manipulação daqueles que recebem as informações. Assim, o novo populismo, do qual governos como o dos EU da era Trump, da Rússia de Putin, da Venezuela de Chaves são exemplos, têm como traço comum a fábrica midiática de consenso e a concentração de poder econômico e ideológico. Totalmente aberto o caminho para a dissolução de uma Constituição Democrática.

Bovero,⁵⁴ ao refletir sobre o regime democrático, distingue ‘democracia liberal’ e democracia socialista’ concluindo que, em princípios valores sobre os quais se funda a democracia são, essencialmente, liberais (quatro grandes liberdades de Bobbio), quais sejam: liberdade pessoal, liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de reunião e liberdade de associação. Mas ele esclarece que essas quatro liberdades somente são possíveis a partir do respeito às necessidades primárias, conforme pugnado pelos valores socialistas, pois, se assim não for, as liberdades somente serão usufruídas por poucos privilegiados, de modo que, para se chegar à democracia formal (não aparente)

⁵⁴ Bovero, Michelangelo, *Contra o governo dos piores: uma gramática democrática*, Rio de Janeiro, Campus, 2000, pp. 48-49.

buscada, as precondições a serem observadas são de natureza liberal-socialista.

No aspecto dinâmico da ideia democracia —de regras do jogo— as fases desse jogo são constituídas pelos verbos ‘eleger’, ‘representar’, ‘deliberar’ e ‘decidir’. Os regimes presidencialistas tendem a apresentar características menos democráticas em razão de as funções de governo não estarem tão ligadas à representação, ao passo que o parlamentarismo está conectado à ideia de deliberação entre as orientações políticas representadas no Parlamento. Isso não garante, de plano, no parlamentarismo, o desenvolvimento mais linear do jogo democrático, embora o favoreça.

As confusões de poderes perpetradas pelos eleitos (detentores do poder político decisório) podem inverter a lógica do processo democrático, colocando-os no princípio de tal processo ao ‘moldarem’ o eleitor, o qual fará da eleição um mero ato de legitimação exterior. Trata-se de um modelo de ‘democracia degenerada’ que é impulsionado pela classe política com fundamento no patrimonialismo, no populismo e no personalismo com ou sem carisma.⁵⁵ Não há mais legitimação democrática na eleição de um presidente do que na eleição de membros do parlamento, e, no presidencialismo, governa-se mediante decretos, o que acaba esvaziando a função parlamentar. A ideia de uma eleição direta do chefe do poder executivo não privilegia o poder do eleitor, pelo contrário, o fragiliza, pois há a impossibilidade dos eleitores removerem um presidente que se mostrou incompetente, enquanto que, no parlamentarismo, por exemplo, os parlamentares têm mais força para uma eventual remoção.

A finalidade da democracia não é tão somente ser eficiente, mas ser democrática, e com isso, o presidencialismo não é compatível, porque é um sistema de poder em que o Executivo é mais forte que os demais. Este toma mais facilmente a forma de governo autoritário e antidemocrático, porque, neste sistema, opõem-se falsamente a soberania do povo à soberania do parlamento, como se este não fosse o conjunto de representantes. Pressupõe uma concepção organicista do povo com massa que se reconhece compacta em um chefe. Só uma coletividade pressuposta homogênea pode ser representada por um único indivíduo. A coletividade articulada e pluralista só pode ser representada por um colegiado.

Por outro lado, em face crise de representatividade dos parlamentos, são necessárias novas diferenciações e descrições, que permitam

⁵⁵ *Ibidem*, p. 155.

outras decisões para o aprimoramento do regime democrático. Isso é assim em razão da forma de atuação do ideal democrático: fora de um regime democrático, esse ideal é um antagonista; no interior de uma democracia, o princípio democrático tende a estabelecer medidas ideais para avaliar e controlar as conquistas democráticas do mundo real. A regra de conversão para a transformação dos ideais em realidade descoberta pelo constitucionalismo é a representação e a estrutura garantidora do Estado constitucional.⁵⁶

Por isso, um dos maiores desafios das democracias é manter a promessa de publicidade dos atos de poder, porque este “tem a irresistível tendência a esconder-se” diz Bobbio⁵⁷ e porque a resistência e persistência do poder invisível são cada vez mais fortes nos estados democráticos, ainda mais se forem consideradas as relações internacionais. O autor aponta, como razões de falta de transparência nos estados democráticos, e não só nos autocráticos (caracterizados pela opacidade), “a presença no sistema internacional de Estados não democráticos, nos quais o segredo é a regra e não a exceção” e o fato de que o sistema internacional não é democrático na ação (embora o seja no Estatuto das Nações Unidas), porque a ordem internacional “repousa ainda sobre o tradicional sistema de equilíbrio”.⁵⁸ Em resumo: na democracia, os cidadãos devem ser protegidos de um excessivo controle por parte do poder público sobre a sua privacidade. E, precisamente porque a democracia que prevê o máximo de controle dos poderes por parte dos indivíduos, tal controle só é possível se o poder público agir com o máximo de transparência.

Considerações finais

Na sociedade mundial, do ponto de vista fenomenológico, observa-se uma severa fragmentação dos vários sistemas sociais e em determinadas estruturas que já estão consolidadas por meio de organizações internacionais, regimes transnacionais e suas redes. Todavia, tal realidade fica encoberta pelo fato de que, no plano transnacional, um sujeito equivalente ao Estado Nacional não pode ser prontamente identificado. Só o que se pode observar no âmbito interno dos estados, são setores sociais sistematizados amplamente desenvolvidos em constitui-

⁵⁶ Sartori, Giovanni, *A Teoria da Democracia Revisitada 1: o debate contemporâneo*, São Paulo, Ática, 1994, p. 183.

⁵⁷ Bobbio, Norberto, *Teoria Geral da Política*, Rio de Janeiro: Campus, 2000, pp. 409-410.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 412.

ções próprias, representadas em várias opções instauradas no contexto do constitucionalismo social.

Na constituição dos Estados, a legitimação do direito não diz respeito somente a ‘vontade do legislador’, mas também, a ‘natureza da matéria’, o âmbito social regulado, que é o segmento da realidade social na sua estrutura fundamental, que o programa da norma escolheu ou criou parcialmente como âmbito de sua regulação. Em regimes transnacionais, por outro lado, são o contrato, a organização formal e a padronização os processos de formação de normas jurídicas, que acabam convalidando o direito autocriado da economia, da ciência, da educação, das mídias e dos sistemas de saúde.

No plano transnacional, observa-se uma precarização da vida humana, porque os direitos fundamentais institucionais e os direitos humanos estão sendo impactados pelas tendências totalizantes da economia, em vários âmbitos, como no caso do direito humano de acesso à água. No particular, estes conflitos comunicativos advindos da falta de água, transformados em violência social e política, protestos, conflitos e mesmo guerras, tocam o direito a partir do mote de reivindicação como direito humano, como norma intracomunicativa que tenta traduzir a comunicação irritada em razão do conflito extraído do meio ambiente em desarranjo pelo sofrimento humano insustentável.

De outra parte, a exclusão econômica, gerada pela sociedade moderna como diferença funcional, permite que a ordem social e jurídica se fragmente entre aqueles que não têm acesso às prestações materiais vitais (exclusão primária) ou não o têm mais em razão do empobrecimento e do descenso social maciço (exclusão secundária), e resguarda os ‘superintegrados’, que podem dispor da Constituição. Assim, no caso brasileiro, há a contradição entre o formalismo legalista dos tribunais, que reafirmam a estrutura de dominação dos ‘superintegrados’, diametralmente oposta ao universalismo dos direitos previstos na Constituição, e isso traduz a relativa incapacidade de autolegitimação do direito e da Constituição, em virtude da insuficiente positividade do direito e dos graves problemas de seu funcionamento como sistema social. O jogo político se dá à margem e acima da Constituição, faltando interpenetração entre direito e política. Por conseguinte, só a reversão da exclusão dominante e massiva pode proporcionar o adequado funcionamento do direito e da Constituição no agir e vivenciar da população.

Na medida em que só é democrático o poder visível, transparente, a reflexão em torno do preceito da publicidade permite agrupar muitos fenômenos jurídicos e políticos que só aparentemente estão distantes: quer dizer, por meio desse filtro foi possível detectar um domínio polí-

tico com tendências totalitárias, que diz respeito ao ocultamento das questões políticas relevantes e que fortalece a posição do poder Executivo, que se põe acima da Constituição e das leis, politiza a administração, trata políticas públicas estatais como matérias de ‘Governo’ e, por isso, não sujeitas ao controle jurisdicional. Tais tendências autocratizantes observadas visam o fortalecimento dos poderes do vértice, impedindo os fluxos ascendentes do processo democrático. O caminho fica aberto para a autocracia eletiva, populista e plebiscitária. O risco (no sentido de perigo) é de ser uma democracia do aplauso eletrônico, do populismo midiático.

Em síntese, quando o poder do vértice tem demasiados meios para impor suas decisões, a dialética política sai das sedes institucionais, o dissenso e o conflito não mediados pelo processo decisório formal se revertem sobre a sociedade, acompanhados pela rejeição ao jogo político democrático e /ou desinteresse pela política, e isso é a morte da democracia.

Bibliografia

- ALFONSÍN, Betânia, Resgatando o processo de preparação da copa de 2014 em Porto Alegre e problematizando os “legados”, in: SOARES, Paulo Roberto (org.), *Porto Alegre. Os impactos da Copa do Mundo de 2014*, Porto Alegre, Deriva, 2015.
- ARENDT, Hannah, *Origens do Totalitarismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 1990.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*, Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BOVERO, Michelangelo, *Contra o governo dos piores: uma gramática democrática*, Rio de Janeiro, Campus, 2002.
- CASTRO, Ramiro Crochemore, *Paradigmas em disputa no acesso humano à água: entre a lógica do mercado e a realização do bem comum*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2021.
- CRETELLA, José, Teoria do ato de governo, *Revista de Informação Legislativa*, no. 95, jul-set, 1987.
- DE GIORGI, Raffaele, *Direito, Democracia e Risco. Vínculos com o futuro*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- DE GIORGI, Raffaele, *Direito, Tempo e Memória*, São Paulo, Quartier Latin, 2006.

- Eco, Umberto, *A passo de caranguejo: guerras quentes e o populismo da mídia*, Rio de Janeiro, Record, 2022.
- FIORAVANTI, Maurizio, *La Costituzione Democratica*, Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo, Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno, Milano, Giuffrè Francis LeFebvre, 2018.
- FISCHER-LESCANO, Andreas. Crítica da Concordância Prática, in CAMPOS, Ricardo (org.), *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*, São Paulo, Saraiva, 2016.
- HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1998.
- HONNETH, Axel, *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, São Paulo, Editora 34, 2003.
- KANT, Immanuel, O que significa orientar-se no pensamento? *Textos Seletos*, Edição Bilíngue, Petrópolis, Vozes, 1974.
- KANT, Immanuel, *A paz perpétua e outros opúsculos*, Lisboa, Edições 70, 1995.
- LAFER, Celso, *A Ruptura Totalitária e a Reconstrução dos Direitos Humanos*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988.
- LOPES, José Reinaldo, *Direitos Sociais. Teoria e prática*, São Paulo, Método, 2006.
- LUHMANN, Niklas, *A realidade dos meios de comunicação de massas*, São Paulo, Paulus, 2005.
- LUHMANN, Niklas. Iluminismo sociológico, in SANTOS, José (dir.), *O pensamento de Niklas Luhmann*, LusoSofia, Covilhã, 2005.
- MENDONÇA, Fernanda e Nascimento, Valéria, Os desafios para a proteção dos direitos humanos na era da interconstitucionalidade: a margem nacional de apreciação como instrumento de proteção no contexto do sistema interamericano, *Revista dos Tribunais. Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 94/2016, jan-mar, 2016, disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/21045> (acesso em: 30 de maio 2022).
- MODUGNO, Franco, *Enciclopedia del Diritto*, vol. xvii, Milão, Giuffrè, 1981.
- MÜLLER, Friedrich, *Discours de la Méthode Juridique*, Paris, PUF, 1993.
- MÜLLER, Friedrich, Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? In *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, Edição Especial*, Porto Alegre, Unidade Editorial da Secretaria Municipal da Cultura, 2000.

- NEVES, Marcelo, *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, Tiragem, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2020.
- SARTORI, Giovanni, *A Teoria da Democracia Revisitada 1: o debate contemporâneo*, São Paulo, Ática, 1994.
- SCHIAVONE, Aldo, *Ius: la invención del derecho en Occidente*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2012.
- TABORDA, Maren, Função Administrativa e Função de Governo: o ‘giro do carteiro’ e a condução política do Estado, in ÀVILA, Humberto (org.), *Fundamentos do Estado de Direito-Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*, São Paulo, Malheiros, 2005.
- TABORDA, Maren e PRESTES, Vanesca, Desastres ambientais, corrupção urbanística e esfacelamento do Estado: o que o assassinato de Marielle Franco tem a ver com isso? *Revista da Faculdade Mineira de Direito PUC MINAS*, vol. 22 no. 43 (2019).
- TEUBNER, Gunther, A matriz anônima-violação de direitos humanos por atores “privados” transnacionais, in CAMPOS, Ricardo (org.), *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*, São Paulo, Saraiva, 2016.
- TEUBNER, Gunther, *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*, São Paulo, Saraiva, 2016.