

Poderes Selvagens: A decisão judicial como forma de combate às crises democráticas

Victor Menon Nosé

Resumo

O presente artigo foca na análise realizada por Luigi Ferrajoli, em seu livro “Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana” acerca do atual cenário das democracias constitucionais, com foco na Decisão Judicial como instrumento para a manutenção dos preceitos fundamentais previstos nas Constituições hodiernas.

Palavras - chave: direitos fundamentais, direitos sociais, democracia constitucional, decisão judicial

Abstract

This article focuses on the analysis made by Luigi Ferrajoli in this book “Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana” about the current scenario of constitutional democracies, focusing on the Judicial Decision as an instrument for the maintenance of the fundamental precepts foreseen in the current Constitutions.

Key words: fundamental rights, social rights, constitutional democracy, judicial decision

Introdução

“Está em curso um processo de desconstitucionalização do sistema político italiano”¹. É com esta frase de efeito que Luigi Ferrajoli (p. 14), um dos juristas de maior reconhecimento no mundo atual, denuncia, logo na introdução de seu livro “Poderes selvagens: A crise na democracia italiana”, a existência de uma crise democrática em seu país de origem – e que, em poucos anos, teria espalhado mundo afora, principalmente em países com fortes tradições autoritárias.

O processo de desconstitucionalização apontado por Luigi Ferrajoli ocorre, em sua visão, progressivamente já há algum tempo. Manifesta-se, primeiramente, na construção de um regime baseado no consenso e até pela aceitação de grande parte da sociedade italiana de uma série de violações tanto da letra quando do espírito da Constituição Republicana de 1948, no caso italiano. Há um agravante, em sua visão: a rejeição manifestada pela atual classe governante ao próprio constitucionalismo. Nesta linha, os inimigos da democracia constitucional, seriam também inimigos mascarados de amigos da democracia política (FERRAJOLI, 2014, p. 15).

Para se entender o atual processo desconstituente pelo qual passam a Itália e outros países, Luigi Ferrajoli sistematiza sua obra em quatro capítulos. No primeiro, conceitua a democracia e a relaciona com os direitos fundamentais, de modo a explicar que a definição clássica de democracia² não é suficiente para explicar as democracias constitucionais, no sentido de que a legitimação popular não pode mais ser – pelo menos isoladamente – suficiente para legitimar qualquer tipo de decisão. Em seguida, nos capítulos dois e três, respectivamente, trata: (i) da crise da democracia política proveniente “do alto” (ou seja, dos representantes do governo) e suas causas e da crise da democracia política proveniente “de baixo” (classes sociais, cidadãos comuns etc). Por fim, no quarto e último capítulo, apresenta as possíveis soluções para

¹ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: A crise na democracia italiana**. São Paulo: Saraiva, 2014.

² Segundo Luigi Ferrajoli, pelo senso comum, a democracia vem frequentemente concebida, de acordo com o significado etimológico da palavra, como “o poder do povo de assumir, diretamente ou por intermédio de representantes, as decisões públicas”. (FERRAJOLI, p. 17).

o enfrentamento das apontadas crises, para se combater o que chama de “Poderes Selvagens”, ou seja, os poderes que não se submetem aos limites inerentes à democracia constitucional.

No contexto brasileiro, há autores, como Rubens Casara, que defendem a ideia de que a “pós-democracia” instaurou-se docilmente, por conta de sua tradição autoritária, que se caracteriza “pela crença no uso da força para resolver os mais variados problemas sociais somada ao medo da liberdade, e os pactos elitistas que remontam à escravidão, facilitaram a consolidação da pós-democracia”. Para o autor, em países que jamais forjaram uma tradição verdadeiramente democrática é mais fácil relativizar garantias constitucionais e extinguir direitos, por exemplo.³

No entanto, há métodos, inclusive previstos nas Constituições, para que tal processo desconstituente seja combatido. Um deles – e objeto deste estudo – é o controle judicial da produção e efetivação normativa, que justamente apresenta a decisão judicial como contraponto a possíveis distorções dos textos constitucionais garantistas. E é esta independência e autonomia da magistratura que ajuda a democracia a resistir, segundo o autor italiano, conforme será analisado.

Será necessária, deste modo, uma breve análise de como se deu o processo histórico da formação das constituições rígidas garantistas do período do segundo pós-guerra e como elas mesmas apresentam claramente a metodologia para o combate à formação dos chamados Poderes Selvagens – poderes sem controle ou sem limites, que não se curvam aos mandamentos constitucionais.⁴

1. Constituições Rígidas e os limites e os vínculos constitucionais à validade substancial das leis

³ Entrevista concedida ao portal UOL, que pode ser acessada no link <https://revistacult.uol.com.br/home/rubens-casara-estado-pos-democratico/>

⁴ <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/18/sobre-poderes-selvagens-e-crise-na-democracia/>

Parece óbvio afirmar que uma Constituição representa a lei máxima dos ordenamentos organizados sob o regime constitucional, já que nela estão arrolados os aspectos primordiais da organização socioeconômica das sociedades constitucionais, inclusive podendo a Constituição conter dispositivos que controlem a constitucionalidade das demais leis presentes em determinado ordenamento jurídico. Ocorre que, no período anterior à Segunda Guerra Mundial, o panorama encontrado nos países da Europa Continental era bastante diferente: no então Estado Liberal de Direito, dispositivos eram frequente e facilmente alterados, conforme fosse a vontade de quem detivesse o Poder em determinado momento.

Foi neste cenário que ditadores surgiram em países como Portugal (1926-1933; e 1933-1974), Espanha (1934-1939) e, mais notoriamente, na Alemanha nazista de Adolf Hitler (1933-1945) e Itália fascista de Benito Mussolini (1925-1945). Em comum, todos os que participaram destes governos ditatoriais eram considerados “salvadores” e tinham amplo apoio de suas populações; nos casos alemão e italiano, as ditaduras se instalaram pelas vias democráticas da época, utilizando-se das fragilidades democráticas-constitucionais então comuns.⁵ Assim, como se sabe, nazismo e fascismo se apropriaram do poder por meio de formas legais, para, depois, consignarem, dentro dos parâmetros de democracia da época, a um líder que suprimiu a própria democracia.⁶

Diante da experiência que se produziu por conta dos movimentos acima citados, fez-se necessária uma mudança de paradigma no período do segundo pós-guerra, tanto do direito quanto da própria noção de democracia, por meio de um processo de constitucionalização de ambos. Mudança esta que resultou na inteira produção do direito, inclusive a legislação, a normas constitucionais rígidas e hierarquicamente sobrepostas a todos os poderes normativos. Se no antigo formato de Estado o poder legislativo das maiorias parlamentares era um poder quase que absoluto – onde não era concebida a possibilidade de uma lei limitar a própria lei e as constituições eram bastante flexíveis, onde os princípios e os direitos estabelecidos operavam apenas como limites e vínculos políticos, mas não vinculativos à legislação – a rigidez

⁵ BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.

⁶ FERRAJOLI, op. cit. p. 18.

constitucional trazida pelas cartas italiana e alemã (num primeiro momento) e, posteriormente, as Constituições de Portugal e Espanha, modificou completamente as condições de validade das leis a própria estrutura da democracia. Nas palavras de Luigi Ferrajoli⁷,

“Colocando no vértice da hierarquia das fontes as normas constitucionais, estas tornaram vinculantes, em relação à legislação, as expectativas universais em que consistem os direitos por elas estabelecidos: como expectativas negativas da não lesão dos direitos de liberdade e como expectativas positivas da satisfação dos direitos sociais”.

Com a mudança da natureza da legalidade, esta não é mais somente condicionante, mas também é condicionada, vinculada e disciplinada por vínculos tanto formais quanto substanciais. A legalidade passa a ser não somente um produto do legislador, mas também um limite e um vínculo a ele, resultando positivado tanto o “ser” do direito, mas também o “dever-ser”.

Como bem lembra Luigi Ferrajoli (p. 21), o novo sistema criado a partir do segundo pós-guerra não se limita a

“regular as formas de produção do direito mediante normas procedimentais sobre a formação das leis, mas vincula, outrossim, em relação a estas leis, os seus conteúdos mediante normas substanciais sobre a produção, como são, em particular, aquelas que enunciam direitos fundamentais”.

Em consequência, pode-se afirmar – seguindo a linha adotada pelo autor italiano – que a validade das leis nos sistemas hodiernos depende da devida observância tanto das normas procedimentais sobre a sua formação quanto das normas substanciais sobre o seu conteúdo. A validade da lei necessita que a sua forma (procedimentos de formação dos atos legislativos) passe por este “teste de validade” e também que a sua substância (seu conteúdo) seja coerente com a Constituição daquele Estado, que é o que disciplina a produção das normas hierarquicamente inferiores a ela.

⁷ FERRAJOLI, op. cit. p. 19.

A rigidez consiste, portanto, em a Constituição ser o vértice da hierarquia das fontes em relação ao restante das normas de dado ordenamento jurídico. Tal rigidez é assegurada por duas ordens de garantia, segundo Luigi Ferrajoli (p. 24): a garantia primária, que consiste na proibição de derrogar e na obrigação de atuar os princípios, os direitos e os institutos estabelecidos pela Constituição, modificáveis somente com procedimentos de revisão agravados ou mesmo impossibilitados de modificação; e a garantia secundária, que consiste no controle jurisdicional de inconstitucionalidade das leis ordinárias em contraste com tais princípios e direitos.

Os meios jurisdicionais para se combater contradições das leis ordinárias ao texto constitucional podem ocorrer: (i) pelo sistema difuso de controle de constitucionalidade, (ii) pelo sistema concentrado, ou ainda (iii) pelo sistema misto (caso do Brasil e outros países).

No primeiro caso, pode ser exercido por qualquer membro do Judiciário, que interpretam as leis aos casos concretos submetidos a seu julgamento; já no sistema concentrado de constitucionalidade, que é o meio adequado previsto pela Constituição Italiana para dirimir eventuais questões acerca da compatibilidade de leis infraconstitucionais à Constituição,⁸ importa na reserva da competência para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade a um único órgão, que tanto pode ser um órgão de jurisdição ordinária (Tribunal Supremo, por exemplo) ou um órgão especialmente criado para esse fim (Tribunal Constitucional).⁹ Nesse sistema, o povo é o destinatário da norma constitucional e o principal interessado na sua preservação. Não a maior parte do povo, mas todos, que são os principais interessados na preservação de direitos. Para Friedrich Müller, por exemplo,

“os habitantes não habitam um Estado, mas um território; isso vale tanto para titulares de outras nacionalidades como para apátridas, que pertençam à população residente, valendo esta linha de pensamento para aqueles que apenas atravessam o território do respectivo Estado, “ainda que com restrições não jurídicas, mas fáticas”.¹⁰

⁸ <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/448/r141-04.pdf?sequence=4>

⁹ Id.

¹⁰ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 66 e segs.

Já no cenário da Constituição de 1988, a previsão de combate a eventuais distorções ao seu próprio texto se dá pelo controle misto de constitucionalidade, já que tanto juízes de qualquer instância podem realizar tal controle quanto ao próprio Supremo Tribunal Federal, como órgão especial para tanto, compete a função, de uma maneira mais ampla.

2. Democracia constitucional

Para que se possa entender o papel que as decisões judiciais podem desempenhar para a garantia da democracia constitucional, Luigi Ferrajoli busca explicar o significado desta construção do Estado democrático. Já no início do primeiro capítulo de “Poderes Selvagens”, o autor sustenta que a noção formal de democracia exprime uma conotação necessária “em ausência da qual não se pode falar em democracia, mas tampouco uma condição suficiente a identificar todas as condições em presença das quais um sistema político pode ser qualificado como ‘democrático’ e, especificamente, como uma ‘democracia constitucional’. Tal ocorre por duas razões e igual número de aporias, que requerem - segundo a visão apresentada - que as conotações formais da democracia sejam integradas por limites e vínculos substanciais ou de conteúdo.

Primeiro, a definição de democracia nestes termos não é suficiente para explicar as democracias constitucionais atuais. Caso contrário, elas não entrariam no conceito de democracia, já que a legitimação popular, por si só, já não é mais suficiente para legitimar qualquer tipo de decisão. A noção puramente formal de democracia carece, desta feita de valor empírico e de capacidade explicativa.¹¹ De fato, com o a rigidez das Constituições modernas, inclusive o poder legislativo e o poder de governar são juridicamente limitados e vinculados com relação às formas e à substância. Luigi Ferrajoli chama estes limites de esfera do indecidível, o que seria:

¹¹ Luigi Ferrajoli, op. cit. p. 18.

“a esfera daquilo que não é decidível, ou que não pode ser objeto de deliberação, desenhada pelos direitos de liberdade, os quais têm o poder de tornar inválidas as decisões com eles contrastantes, e a esfera daquilo que não pode não ser decidido, ou que deve ser objeto de deliberação, desenhada pelos direitos sociais, os quais impõem como devidas as decisões destinadas a satisfazê-los”.

Segundo, a noção puramente formal de democracia ignoraria o nexo de conceito que conecta a democracia política e os direitos constitucionalmente estipulados que operam como limites ou mesmo como vínculos de conteúdo à vontade absoluta das maiorias. Se, por um lado, o exercício consciente e informado dos direitos políticos pressupõe a garantia dos direitos de liberdade introduzidos ao mundo moderno pela Constituição dos Estados Unidos da América e também, mais recentemente, dos direitos sociais, por outro lado, na ausência de limitações em relação à substância em das decisões legítimas, nas palavras de Luigi Ferrajoli, uma democracia não pode – ou, ao menos, pode não – *sobreviver* sendo sempre possível, em princípio, que com métodos democráticos se suprimam, por intermédio da maioria, os próprios métodos democráticos.

Nítido fica, portanto, a preocupação de que a falta de controle de substância de normas pode deixar a democracia nas mãos de maiorias ocasionais. Se hoje, por exemplo, a maioria considera essencial a liberdade de imprensa para efetivação de uma real democracia, em um futuro próximo, poderá formar-se uma maioria que milite para uma máxima restrição da liberdade de imprensa, por exemplo, por qualquer razão. Em não havendo norma constitucional que possa controlar outras normas que restrinjam tal liberdade e também os anseios de uma maioria pouco informada acerca de seus direitos de liberdade, a democracia poderá ser facilmente transgredida, como já ocorreu em momentos passados. O mesmo ocorre com direitos sociais, que, por muitas vezes, já são vistos hoje como verdadeiro retrocesso por algumas maiorias, inspiradas em líderes que se apresentam como “salvadores”.

Neste aspecto, a rigidez dos direitos fundamentais vincula o exercício do poder em duas frentes: (i) às normas sobre quem é legitimado a decidir e, segundo Luigi Ferrajoli, que definem a democracia política como governo do povo; e (ii) também às regras sobre as escolhas

que devem presidir “o quê das decisões, as quais caracterizam a democracia como ‘governo para o povo’, pois têm por finalidade a garantia dos direitos de todos” (p. 23).

Assim, percebe-se que o paradigma constitucional advindo da mudança estrutural do Estado de Direito, conforme já apontado, pode ser descrito mediante quatro princípios postulados. Tais princípios correspondem a garantias que se perfilam em primárias e secundárias, conforme já havia apontado Luigi Ferrajoli em “Direito e razão”.¹²

O **primeiro postulado** é o princípio da legalidade que, sob a ideia do paradigma constitucional, assume uma nova complexidade como princípio normativo e lógico; o **segundo postulado** é o princípio da plenitude deontica, em virtude da qual, onde existem direitos, os interesses estabelecidos por normas primárias deverão ser introduzidos como garantias primárias dos poderes correspondentes. Nesse caso, deve o Estado limitar proibição ou obrigação “perante os tutelados na observância de satisfazê-los, utilizando-se de prerrogativas institucionais primárias, por sua vez separadas de qualquer outro poder” (FERRAJOLI, 2014).

O **terceiro postulado**, é o princípio da jurisdicionalidade. Tal princípio impõe o fato de que onde existam normas e garantias primárias, para que se evitem suas violações, devem haver também normas secundárias, que necessariamente predisponham uma intervenção de garantias secundárias aos jurisdicionáveis, por ação de funções específicas e instituições de garantia, também separadas de qualquer outro poder. Tal princípio nos leva ao **quarto postulado**, o princípio da acionabilidade. Nele, onde exista uma jurisdição, esta deverá estar prevista como garantia secundária, onde, complementar e subsidiariamente, haja um órgão público capaz de suprir possíveis inércias e debilidades existentes (Id.).

Essas garantias constitucionais são as garantias da rigidez dos princípios e dos direitos constitucionalmente estabelecidos que incidem sobre os poderes supremos do Estado. E assumindo como verdade os pensamentos do autor italiano ora estudado, tais garantias

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.

constitucionais dos direitos fundamentais são, por consequência, também garantias da própria democracia. Violadas as garantias, dá-se lugar à antinomias (no caso de violação de garantias primárias negativas) e lacunas (no caso de violação de garantias primárias positivas), ou ausência indevida de leis de atuação, em dissonância aos mandamentos da Constituição, reparável apenas pela legislativa – e não judicial.

A seguir, destacam-se os motivos da crise democrática levantada por Luigi Ferrajoli ponto-a-ponto, ondem também se buscará demonstrar como deve se dar o controle das leis com o fim de se atingir os objetivos da democracia e seus princípios inerentes, demonstrações estas que estarão inseridas em alguns dos itens.

3. A crise “do alto” da democracia política

Luigi Ferrajoli admite que “haverá certo grau de inefetividade e ilegitimidade do paradigma da democracia constitucional por ele delineado”. Porém, além de certo limite, sustenta, o grau de inefetividade deste paradigma pode tornar-se patológico – que é onde situa a Itália e, mais recentemente o Brasil, conforme recente entrevista dada pelo autor no Parlamento Italiano.¹³

O processo de desconstitucionalização do sistema político apontado pelo autor italiano teria, segundo esta visão, se manifestado em leis que teriam violado princípios constitucionais estabelecidos no segundo pós-guerra. Cita como exemplos as leis que penalizaram o status de clandestino dos imigrantes, em que os negaram acesso à saúde, moradia etc, além das leis tidas por ele como “demagógicas” relativas à segurança, por meio de militarização de partes da Itália e que retiraram do cidadão comum sua liberdade em nome da segurança. Cita ainda os cortes na despesa pública relativamente à saúde e à educação, a agressão a sindicatos, precarização do trabalho (o que, segundo parcela da população brasileira sustenta ocorrer neste momento no Brasil) e restrições à liberdade de imprensa.

¹³ <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/19/luigi-ferrajoli-jurista-de-reputacao-mundial-condena-abusos-da-lava-jato-em-palestra/>

Para o autor ora analisado, o aspecto mais grave é que dito processo desenvolve-se por intermédio das mencionadas crises “do alto” e “de baixo” da representação política. A primeira é gerada por quatro fatores convergentes: **(i)** populismo; **(ii)** patrimonialismo populista; **(iii)** perda da representação do papel de mediação representativa dos partidos políticos; **(iv)** controle e concentração da informação; a segunda, que advém da sociedade, também possui quatro fatores desta crise de representação: **(v)** a homologação dos condescendentes e o aviltamento dos discordantes e dos diferentes; **(vi)** a despolitização de massa e a dissolução da opinião pública. O primado dos interesses privados; **(vii)** a crise da participação política; e **(viii)** a manipulação da informação e o declínio da moral pública. Teceremos breves comentários acerca destes pontos e apresentar as soluções trazidas por Luigi Ferrajoli em seguida.

I – Populismo

O populismo pode ser considerado o primeiro elemento que estremece as bases de uma democracia frágil. Utiliza o medo para fazer nascer a necessidade do surgimento de um líder que o enfrente. Pior: alimenta-o e o faz crescer. O líder populista distorce dados, com a única intenção de estabelecer políticas públicas que apoia. Usa a mídia para propagar tal ideia. Uns usam a fome e a pobreza para convencerem os eleitores mais fragilizados de que somente ela é a pessoa certa para melhorar a vida do cidadão comum; outros utilizam a insegurança (mesmo com dados demonstrando redução de índices de homicídios, por exemplo) para forjarem uma imagem de pessoa forte, que lidará com o problema utilizando a força e a lei como instrumentos. Há aqueles que utilizam uma condição pessoal (imigrantes, homossexuais ou outras minorias) para inclusive passarem leis que contrariam o próprio princípio constitucional da legalidade.¹⁴ Claro que tais discursos são tão persuasivos que inclusive são aceitos passivamente pelas maiorias de cada momento na História e que passam a ter medo do que pode ocorrer no futuro. Perguntam-se “o que será deste país se ou quando...”. Tal depressão do espírito público, juntamente com a depreciação dos valores constitucionais (isonomia, dignidade da pessoa

¹⁴ Segundo Luigi Ferrajoli, a Lei italiana n. 94/2009 introduziu o crime de ingresso de clandestino, criminalizando uma pessoa pelo que ela é (imigrante) e não pelo ato que ela cometeu (FERRAJOLI, p. 40).

humana, etc) é gerada de diversas maneiras, cujo objetivo é a divisão e o desencorajamento de conjuntos populacionais menos favorecidos. Despreza-se a Constituição em prol de poucos e em detrimento de muitos, segundo visão do autor ora discutido.

Ora, a consequência não pode ser outra senão a deseducação em massa. Rebaixa-se a moral pública, exalta-se em todas as esferas a vulgaridade, a ignorância e outras formas que podem ser consideradas por alguns como repressivas. Luigi Ferrajoli cita a “anticultura”, que viria legitimada como democrática (porque popular), “propondo-se e contrapondo-se como hegemonia anticultural às formas elitistas das tradicionais hegemônias culturais” (FERRAJOLI, p. 44). Política, juntamente com a televisão, em nome do buscado consenso, nesta visão, reforçam e legitimam os impulsos mais baixos do eleitorado – que legitimam a vulgaridade da classe política.

Esse fenômeno que aposta em um suposto Messias para liderar uma luta contra o “mal social” pode propiciar a relativização das regras democráticas, abrindo-se espaço para lideranças carismáticas e pouco democráticas, em detrimento de garantias constitucionais. Isto ocorre principalmente em democracias frágeis, em que uma única pessoa detentora de poder tem forte influência sobre outros setores do sistema; em países com sólidas tradições democráticas (como os EUA, por exemplo), um presidente pode encontrar muito mais resistência tanto do Congresso quanto do Judiciário para fazer valer suas vontades, mesmo que apoiado por uma maioria circunstancial das pessoas que vivem naquele país – tudo em prol dos valores democráticos adotados durante mais de 240 anos quase ininterruptos.

II – Patrimonialismo populista

O segundo fator da crise “do alto” consiste nos processos de progressiva confusão e concentração dos poderes; a separação entre a esfera pública e a esfera privada, entre os poderes políticos e econômicos.

Hoje deparamos, em alguns países, com a concentração de poderes públicos e privados em uma única figura pública, fenômeno chamado por Luigi Ferrajoli como um “cruzamento perverso entre populismo e patrimonialismo, que se define na união de dois absolutismos: o dos poderes privados e o dos poderes de governo, ambos intolerantes relativamente à separação de poderes e aos princípios da isonomia e da legalidade” (FERRAJOLI, p. 34). Segundo a visão do autor italiano, a concentração em mãos dos poderes de governo e econômico é tão grande em algumas democracias que já não há mais uma separação entre corruptor e corrompido; neste sentido, no momento em que uma pessoa com grandes poderes econômicos e midiáticos assume o máximo poder político de governo, desaparece esta distinção. E é por este motivo que se fala de uma forma singular “de regressão pré-moderna ao Estado patrimonial, caracterizada por conotações populistas” (FERRAJOLI, p. 31). Trata-se, segundo a visão do autor, de um fenômeno novo na história das instituições políticas já que, a velha degeneração da esfera pública ocorria quando a política era corrupta, comprada e subordinada aos interesses econômicos privados, mas separada deste.

A magistratura independente é uma das formas de trazer à tona os abusos de poder e a corrupção, de modo que somente ela poderá realizar o controle dos limites impostos pela Constituição nesses casos. Na tradição ocidental, as constituições preveem quem as interpreta e quem as reforma, e estabelecem em seus textos Poderes adequados para tanto. Há um caminho sensato, portanto, seguindo a linha de raciocínio apresentada: uma republicana obediência à Constituição (além, é claro, das soluções às crises democráticas propostas pelo autor no último capítulo do livro ora estudado).

III. A integração dos partidos nas instituições e a perda do seu papel de mediação representativa

O fenômeno de integração e confusão dos partidos políticos no Estado que vem acontecendo em algumas democracias é o terceiro fator de crise “do alto” para Luigi Ferrajoli. O enfraquecimento gradual dos partidos como centros de agregação social e sua exposição à corrupção se deram por conta da confusão entre as instituições públicas eletivas e forças

políticas, que também eliminou a própria mediação representativa dos partidos e na separação entre representantes e representados.

Este cenário foi exposto pelas operações “Mãos Limpas” na Itália e sua paralela “Lava Jato” no Brasil. No primeiro caso, obteve certo sucesso ao expor corruptores e corrompidos do sistema político, mas também – segundo Luigi Ferrajoli e outros estudiosos – teria causado um efeito indesejado: a “demonização” da política e o conseqüente surgimento de “líderes messiânicos” populistas e que se dizem não-políticos. No segundo caso, obteve amplo apoio popular no início, mas já vem recebendo críticas por possíveis falhas de observação de princípios básicos constitucionais, o que deve ser combatido nos moldes previstos na própria Constituição, em todas as instâncias.

Há atualmente, portanto, na visão de Luigi Ferrajoli, uma desmobilização partidária e falta de participação política de base partidária; processo este teria chegado ao seu desfecho ultimamente com o esvaziamento do momento eleitoral italiano sob as atuais leis de eleições políticas por lista fechada, o que retirou dos eleitores a escolha dos eleitores de seus representantes. Para o autor, os partidos já não encampam as intenções da Constituição Republicana de 1948 e já não podem ser chamados de associações livres dos cidadãos; pelo contrário, “tornaram-se instituições paraestatais que gerenciam informalmente a distribuição e o exercício das funções públicas” (FERRAJOLI, p. 36), o que resulta em conflito de interesses, causando uma grave crise institucional, por conta da corrupção resultante da relação de representação entre eleitos e eleitores, resultando em uma dissolução da mediação representativa.

Como solução aos problemas apresentados neste item, Luigi Ferrajoli apresenta o método eleitoral proporcional, sob o argumento de que o direito voto é fundamental, e requer uma reforma eleitoral capaz de refundar a representatividade do sistema político neste sentido com vistas a enfrentar as tentações e as ondas populistas que rondam a democracia política em países democraticamente mais vulneráveis.¹⁵ Segundo esta visão, somente a democracia

¹⁵ FERRAJOLI, p. 52

parlamentar fundada no método proporcional favorece o desenvolvimento dos partidos políticos e somente por meio deles é que os interesses sociais e opções políticas variadas são representadas. Nesta linha, somente este método eleitoral representa a pluralidade das opiniões políticas, a diversidade dos interesses e os conflitos, em contraponto ao atual cenário político, em que se desenha uma coalizão dos partidos no centro. O sistema majoritário e o bipolarismo de ideias resultantes não faz penetrar as ideias partidárias nas pessoas, que viram o senso comum em matéria de democracia e de constituição se transformarem. Como já apontado acima, o sistema bipartidário apenas funciona em países de tradições liberal-democráticas sólidas, que já há muito valorizam princípios políticos de forma unânime: a separação de poderes, legalidade, pluralismo da informação, garantia de liberdade de imprensa e a incondicional defesa de todos os princípios elementares que, quando desrespeitados por um líder desavisado ou malicioso, são facilmente restaurados por decisões judiciais neles baseadas, nas formas tratadas mais adiante.

IV. O controle da informação.

O quarto e último fator da crise “do alto” da democracia política é a ausência de garantias relativas à informação. De novo os países mais afetados são aqueles que pouco apreço têm pela liberdade, nesse caso, de informar e de ser informado. Isto porque, nestes países, não existem garantias do exercício independente desta liberdade no interior dos grandes meios de comunicação. Na visão de Luigi Ferrajoli, na Itália, por exemplo, não há existência de garantias de uma efetiva independência da chamada grande informação; “nem do direito ativo de liberdade de quem faz a informação, isto é, dos jornalistas, nem do direito passivo à não desinformação por parte de quem é destinatário das informações”¹⁶.

Para o autor italiano, seu país – e para boa parte dos estudiosos, também o Brasil e outros países – se encontra diante de duas patologias: o controle político e o controle “proprietário” da informação, ambas, para ele, potencialmente mortais ao futuro da democracia. A primeira ocorre por confusão com os poderes e interesses públicos e o poder privado de

¹⁶ FERRAJOLI, p. 37

informação detido por um “império” televisivo e editorial, resultando na lesão à separação entre poderes políticos e poderes ideológicos e culturais.

A segunda patologia decorre da atual insubordinação da liberdade de informação à propriedade dos meios de comunicação, que vem sendo combatida pela Corte constitucional, de forma ainda não efetiva, conforme análise de Luigi Ferrajoli:

“Em regra, mesmo os pronunciamentos mais avançados da Corte constitucional e as posições mais críticas do atual aparato informativo restringem-se a reivindicar limites mais rígidos à concentração dos meios de comunicação, em favor da garantia do pluralismo e da concorrência. Mas a questão é muito mais radical: a liberdade de imprensa e de informação é uma variável independente do mercado, ou é um direito fundamental estabelecido? A sua garantia passa somente pela reivindicação da pluralidade dos proprietários dos meios de comunicação, ou deve ser protegida como um valor em si mesmo? É só um problema de antitrust ou é também, e antes ainda, um problema autônomo de liberdade e de democracia? Em resumo: a liberdade de imprensa e de informação se identifica com a propriedade dos jornais e das redes televisivas, ou é desta distinta e deve ser colocada em um patamar superior antes que a ela subordinada?

O que Luigi Ferrajoli critica, resumidamente, é a “aporia” advinda da criação e popularização da televisão, que seria o poder patrimonial e empreendedor da propriedade sobrepor-se a um direito de liberdade de nível constitucional que é a liberdade de imprensa e de informação. Faz transparecer que deveria ser o oposto: o direito de liberdade de imprensa e de informação seriam incompatíveis com o direito de propriedade e, por isso, sobrepõem-se a este último.

Com o intuito de resolver citada aporia, o autor italiano propõe: a reafirmação da incompatibilidade entre funções políticas e grandes interesses privados (separação entre poderes políticos e poderes midiáticos) e que a lei e sua aplicação pela via judicial¹⁷ estabeleçam uma proibição de concentração de propriedade dos canais ou dos jornais muito mais rígida do que a legislação atual, além do financiamento quase que exclusivamente público das televisões e outras regras que diminuam o poder dos proprietários e visem à liberdade de informação.

¹⁷ A própria Corte Constitucional italiana já se manifestou em desfavor da “formação de posições dominantes” na mídia, mas de forma não efetiva, na visão de Luigi Ferrajoli (p. 63).

Nessa visão, seguindo a tradição teórica do Estado de direito, todo poder deve ser subordinado e controlado. Como regra, devem os poderes políticos e privados se sujeitarem à lei, com vistas a garantir a liberdade de informação; e também sujeitarem-se à separação de poderes (nesse caso estendida ao “quarto poder”, a imprensa). Para Luigi Ferrajoli, a “independência e a separação da propriedade dos meios de comunicação da liberdade de informação são de fato a esta tão essenciais quanto a independência e a separação do Poder Executivo são para o Poder Judiciário”.

4. A crise “de baixo” da democracia política

Como já exposto anteriormente, há um segundo aspecto do apontado processo desconstituinte e da crise da democracia política: aquela vinda dos representados, ou da sociedade, causada também por quatro fatores, abaixo brevemente expostos:

I. A homologação dos condescendentes e o aviltamento dos discordantes e dos diferentes e o controle de constitucionalidade como efetivação das garantias democráticas

Luigi Ferrajoli aponta a existência de medo, ódio aos diferentes e desprezo aos mais fracos por uma maioria da população, alimentados pelos líderes carismáticos (ou populistas). Em países europeus, os principais alvos do chamado “populismo penal” são os imigrantes. Especificamente na Itália, já existem leis que introduzem o crime de ingresso clandestino,¹⁸ em uma clara contradição, nos seus dizeres, ao princípio da estrita legalidade, “por força da qual alguém somente pode ser punido por aquilo que faz e não em razão do que é, por fatos ilícitos e não pela própria identidade”. Aponta ainda uma contradição deste tipo de lei penal ao princípio da isonomia, “que exclui qualquer discriminação em relação a ‘condições pessoais e sociais’” e também da dignidade da pessoa humana. Por fim, o princípio da ofensividade, pela inexistência de certeza acerca de se haver de fato um dano em razão da presença de um clandestino naquele país.

¹⁸ Lei Italiana n. 94 de 2009, artigo 1º, inciso 16

II. A despolitização de massa e a dissolução da opinião pública. O primado dos interesses privados

É o segundo fator da crise “de baixo” da representação. Novamente Luigi Ferrajoli indica uma interação entre o primado do interesse privado sobre os interesses públicos no vértice das instituições. Se dá pela destruição da opinião pública pelo desinteresse e a indiferença pelos interesses públicos nos mais diversos setores, principalmente utilizando-se da grande mídia e resultando na formação de um terreno para o crescimento do populismo ou a delegação de poderes a um único chefe.

A despolitização das massas também se dá, na visão do autor italiano, pela precarização do ensino público, pela propagação do medo, pelo ódio e racismo, desvalorização da política (impulsionada principalmente após a operação anticorrupção “Mãos Limpas”), campanhas pela segurança, etc, o que geram uma “escalada autoritária” (FERRAJOLI, p. 46). E acrescenta novamente uma indiferença política em alguns setores no eleitorado, citando nominalmente a esquerda: “o particular primado do interesse e da vaidade pessoal que se manifesta na rejeição em votar em partidos que não reflitam plenamente as suas próprias ideias”. Como proposta, o autor italiano propõe uma completa inversão de valores, com a intenção de se prevalecer os interesses públicos pelos privados e retomada de investimentos em setores essenciais, como a própria educação.

III. A crise da participação política

É notório em boa parte das democracias a falência da participação na vida pública, decorrente da crescente distância dos partidos em relação à sociedade. À medida que a filiação partidária cai, juntamente com o fim do debate de base e o confronto direto (em troca do confronto televisivo), altera-se radicalmente a natureza da relação dos partidos com os cidadãos, reduzidos ao papel de espectadores. Há uma desagregação social nítida e indiferença política para a esquerda – pela rejeição em votar em partidos que não reflitam plenamente as suas

próprias ideias – e de abstencionismo, em que a ideia propagada é que todos os partidos, tanto de esquerda quanto de direita, se equivalem, o que poderia, segundo sua visão, favorecer ondas democráticas, autoritárias e racistas.¹⁹

Com essa desagregação social, Luigi Ferrajoli preocupa-se com o futuro da democracia constitucional, que, no entanto, ainda resiste, sobretudo em razão da efetividade da separação de poderes, que passa pela independência da magistratura ordinária e da jurisdição constitucional.

IV. A manipulação da informação e o declínio da moral pública

Luigi Ferrajoli aponta a transformação da informação, “por força de seu dúplice controle, proprietário e político, em uma fábrica de consenso”, o que agravaria a crise das nossas liberdades. Para o autor italiano,²⁰

“a informação envolve uma pluralidade de direitos, fundamentais e patrimoniais, e de interesses, públicos e privados, os quais devem ser decompostos e distintos pela análise conceitual: em primeiro lugar, a liberdade-faculdade de informação, a liberdade-imunidade à desinformação e, indiretamente, o direito político de voto, que são os três direitos fundamentais; em segundo lugar, o interesse público a uma informação livre e independente; em terceiro lugar, a propriedade dos meios de comunicação, que é um direito patrimonial real, e o direito civil de liberdade de empresa jornalística. De fato estes dois últimos direitos se traduzem na propriedade privada da informação: a propriedade pode comprar a liberdade ou mesmo intimidá-la, reprimi-la ou censurá-la. Seja a liberdade constitucional de informação no sentido ativo, seja o direito passivo à não desinformação como condição do exercício consciente dos direitos políticos, seja o interesse público à livre informação, são manipulados pelo controle político e proprietário dos meios de comunicação”.

Há na visão do autor uma tipologia de remédios à crise da degeneração do sistema da informação provocada pelo controle político e proprietário sobre os meios de comunicação apontado acima.

¹⁹ FERRAJOLI, p. 49

²⁰ FERRAJOLI, P. 50

Em primeiro lugar, há que se reafirmar a incompatibilidade entre funções políticas e grandes interesses privados, “sobretudo se de grande relevância pública, e portanto a separação entre poderes políticos e poderes midiáticos torna-se ainda mais essencial na presença do crescente condicionamento destes por parte daqueles”.²¹

Em segundo lugar, a lei deveria estabelecer, na visão de Luigi Ferrajoli, uma proibição de concentração da propriedade dos canais ou dos jornais muito mais rígida do que a prevista pela atual legislação, que passa pelo impedimento estendido a todos de ter a propriedade privada de mais de um jornal ou rede televisiva. Medida esta que não seria suficiente para garantir a independência da informação e a sua função democrática. Explica o autor italiano:²²

“Se é verdade que a liberdade de informação é direito fundamental previsto na Constituição, e por isso superior aos poderes políticos e aos poderes econômicos, é a relação entre liberdade fundamental de (e direito à) informação e propriedade dos meios de comunicação, e não somente entre informação e poderes de governo, que deve atualmente ser repensada e modificada para impedir o colapso da democracia”.

A questão de superioridade de um princípio em relação a outro já não dependeria do Poder Legislativo, mas do Judiciário, que separaria, com a medida proposta, dois direitos confundidos como um único, que são a liberdade de informação e manifestação do pensamento e a propriedade dos meios de comunicação. O resultado não poderá ser outro senão a inversão da hierarquia constitucional dos direitos, colocando, como já ressaltamos, o mais clássico dos direitos fundamentais – liberdade de informação e expressão do pensamento – acima do direito à propriedade dos meios de comunicação (direito patrimonial individual da empresa jornalística ou televisiva).

O poder da propriedade privada, na visão de Luigi Ferrajoli, deste modo, seria subordinado e controlado, como qualquer outro poder e, seguindo a tradição teórica do Estado

²¹ LUIGI FERRAJOLI, p. 62

²² LUIGI FERRAJOLI, p. 63

democrático, evitaria sua concentração em formas absolutas, obedecendo a duas regras básicas: sujeição à lei para garantia da liberdade de informação; e separação dos poderes, inclusive ao “quarto poder” (a imprensa), não só do poder político, mas do poder da propriedade, conforme já mencionado.

Conclusão

É clara a preocupação de Luigi Ferrajoli em relação ao futuro da democracia constitucional. Pudera, somente com o advento deste conceito democrático é que a Humanidade poderia evitar absurdos já cometidos por alguns líderes (de qualquer esfera dos Poderes) em nome de uma pretensa vontade de maiorias. Mas o próprio autor apontou: a democracia resiste.

Acusa, de forma enfática e com razão até certo ponto, por exemplo, a maneira como a Operação Lava Jato teria se tornado um processo de perseguição e espetacularização midiática, citando o populismo jurídico como um grave problema para as democracias liberais.²³ Apesar de não concordarmos com algumas visões do autor acerca dos cenários político e jurídico brasileiro²⁴, Luigi Ferrajoli acerta ao preocupar-se com o populismo, de onde quer que ele venha: da esquerda, da direita, do Judiciário, Executivo, Legislativo ou mesmo da mídia. O populismo é sim um dos maiores inimigos da democracia, que precisa conter meios rígidos para controlá-lo.

Há dificuldades para tanto. Uma delas e corretamente apontada pelo autor italiano ora estudado é a correta aplicação de princípios constitucionais e a devida colocação hierárquica entre eles. Problemas estes que foram magistralmente enfrentados por diversos autores, como Herbert Hart, em “Conceito de Direito”, por exemplo.

²³ <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/19/luigi-ferrajoli-jurista-de-reputacao-mundial-condena-abusos-da-lava-jato-em-palestra/>

²⁴ Luigi Ferrajoli condenou o impeachment da ex-presidente Dilma Roussef como um processo frágil juridicamente e relacionou-o à operação Lava-Jato.

Pegue-se como exemplo a Lei italiana n. 94/2009, que criminaliza a entrada de imigrantes em solo italiano. Há clara dificuldade em uma Corte Constitucional ou mesmo um juiz em declará-la inconstitucional, devido, em grande parte, à repercussão negativa que pode existir em torno de sua decisão. Ou mesmo outros casos recentes e mais próximos à realidade brasileira, como o devido enquadramento de atos sexuais embaraçosos no crime de estupro. Solta-se por decisão judicial uma pessoa que comete ato libidinoso sem alguns preceitos fundamentais para configuração do crime de estupro a outra pessoa (seguindo à risca a letra da lei) e, no minuto seguinte, a opinião pública, levada por discursos apaixonados e sem embasamento constitucional e legal, para que a pressão recaia sobre aquele julgador. Há, assim, claros embates, por exemplo, entre Princípio da Dignidade Humana, Liberdade de Expressão, Devido Processo Legal, entre outros.

Sabe-se que os princípios são normas jurídicas gerais. Cabe ao Poder Legislativo criar normas específicas, indicando a correta aplicação e sopesamento dos mesmos. Ao Judiciário, cabe analisar e decidir se estas normas específicas atendem aos anseios das Constituições. As leis, no caso brasileiro, são sempre presumidas constitucionais após entrarem em vigor. Somente em casos excepcionais pode o Judiciário determinar a inconstitucionalidade de uma lei, sob pena dele mesmo incorrer em atividade populista e temerária à lógica democrática. Por isso, devemos, se não discordar, pelo menos duvidar da eficácia de uma das propostas apontadas por Luigi Ferrajoli em relação à restrição ao direito proprietário de meios de comunicação. Direito este fundamental e pertencente à primeira classe dos direitos individuais, cuja restrição de uso e gozo poderá, inclusive, passar a ser controlado em seu conteúdo, como em alguns países inclusive de nosso continente já experimentaram, com resultados desastrosos. Entre a parcial restrição e a total liberdade, escolhemos a última, sob pena de se ferir um direito fundamental de primeira geração, contra o arbítrio do Estado. O arbítrio estatal infundado é a base para o fim das liberdades individuais em prol de um falso pretexto de se aumentar uma liberdade por meio da restrição de outra. Em outras palavras: a restrição legal ou judicial de qualquer direito (inclusive de propriedade privada de meios de comunicação) somente será bem-vinda se fundada de forma consistente e razoável, de maneira que é arbitrária a restrição direitos fundamentais legítimos. Fazemos esta ressalva em consideração ao movimento de

universalização da internet, que possibilita cada dia mais o acesso à informação sob demanda de cada usuário, fazendo cair por água o argumento de monopolização da informação, que poderia ser cabível até duas décadas atrás.

Assim, a conclusão a que se chega é a de que a democracia resiste, graças à separação dos poderes e mais precisamente à autonomia da magistratura, que não poderá se render aos anseios ocasionais das massas e nem às forças do Poder, e ao livre acesso a que se tem dado às pessoas em relação à informação, mas com a ressalva de que há um recente crescimento de ideias que podem utilizar esta recente massificação da informação e alimentar os discursos antidemocráticos e inclusive influenciar a autonomia dos Poderes, o que tanto nos causa preocupação.

Victor Menon Nosé

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), mestre em Direito Internacional (L.L.M) pela *University of Miami* e mestrando em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado em São Paulo.

Referências

FERRAJOLI, Luigi. Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014

BOBBIO, Norberto. Jusnaturalismo e positivismo jurídico. 1ª ed. São Paulo: Editora UNESP; Instituto Norberto Bobbio, 2016 - **Prefácio**