

**DEMOCRACIA E RISCO**  
**PERSPECTIVAS DA FILOSOFIA DO DIREITO**

## CONSELHO EDITORIAL



Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia  
André Luís Vieira Elói  
Antonino Manuel de Almeida Pereira  
António Miguel Simões Caceiro  
Bruno Camilloto Arantes  
Bruno de Almeida Oliveira  
Bruno Valverde Chahaira  
Catarina Raposo Dias Carneiro  
Christiane Costa Assis  
Cíntia Borges Ferreira Leal  
Eduardo Siqueira Costa Neto  
Elias Rocha Gonçalves  
Evandro Marcelo dos Santos  
Everaldo dos Santos Mendes  
Fabiani Gai Frantz  
Flávia Siqueira Cambraia  
Frederico Menezes Breyner  
Frederico Perini Muniz  
Giuliano Carlo Rainatto  
Helena Maria Ferreira  
Izabel Rigo Portocarrero  
Jamil Alexandre Ayach Anache  
Jean George Farias do Nascimento  
Jorge Douglas Price  
José Carlos Trinca Zanetti  
Jose Luiz Quadros de Magalhaes  
Josiel de Alencar Guedes  
Juvencio Borges Silva  
Konradin Metzke  
Laura Dutra de Abreu  
Leonardo Avelar Guimarães  
Lidiane Mauricio dos Reis  
Lígia Barroso Fabri  
Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem  
Luciana Molina Queiroz  
Luiz Carlos de Souza Auricchio  
Marcelo Campos Galuppo  
Marcos André Moura Dias  
Marcos Antonio Tedeschi  
Marcos Pereira dos Santos  
Marcos Vinício Chein Feres  
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral  
Marilene Gomes Durães  
Mateus de Moura Ferreira  
Milena de Cássia Rocha  
Mortimer N. S. Sellers  
Nígela Rodrigues Carvalho  
Paula Ferreira Franco  
Pilar Coutinho  
Rafael Alem Mello Ferreira  
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia  
Rayane Araújo  
Regilson Maciel Borges  
Régis Willyan da Silva Andrade  
Renata Furtado de Barros  
Renildo Rossi Junior  
Rita de Cássia Padula Alves Vieira  
Robson Jorge de Araújo  
Rogério Luiz Nery da Silva  
Romeu Paulo Martins Silva  
Ronaldo de Oliveira Batista  
Vanessa Pelerigo  
Vitor Amaral Medrado  
Wagner de Jesus Pinto



Rafael Alem Mello Ferreira (org.)  
Marcelo Campos Galuppo (org.)  
Vitor Amaral Medrado (org.)

# DEMOCRACIA E RISCO

perspectivas da Filosofia do Direito



DIALÉTICA  
EDITORA



Copyright © 2022 by Editora Dialética Ltda.  
Copyright © 2022 by Vitor Amaral Medrado, Rafael Alem Mello Ferreira, Marcelo Campos Galuppo (Organizadores).

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.

**Capa:** Andrew Assaf  
**Diagramação:** Clara Lima  
**Revisão:** Responsabilidade do autor

#### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

D383r    Democracia e risco : perspectivas da Filosofia do Direito / organização Vitor Amaral Medrado, Rafael Alem Mello Ferreira, Marcelo Campos Galuppo. – São Paulo : Editora Dialética, 2022.  
420 p.

Inclui bibliografia.  
ISBN 978-65-252-0635-6

1. Direito. 2. Democracia. 3. Risco. I. Medrado, Vitor Amaral. II. Ferreira, Rafael Alem Mello. III. Galuppo, Marcelo Campos. IV. Título.

CDD 340

CDU 34

Ficha catalográfica elaborada por Mariana Brandão Silva CRB-1/3150



**DIALÉTICA**  
EDITORA

 /editoradialetica  
 @editoradialetica  
[www.editoradialetica.com](http://www.editoradialetica.com)



# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO | 9

FALAR OU NÃO FALAR? BREVES REFLEXÕES SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO -  
Bruno Fernandes Morais | 11

RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL: UMA REVISÃO CRÍTICA DA LITERATURA  
BRASILEIRA - Rubens Beçak, Guilherme de Siqueira Castro | 31

CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS JULGAMENTOS DA CORTE INTERAMERICANA DE  
DIREITO HUMANOS À LUZ DOS PRESSUPOSTOS DO EDD: A LEI DE ANISTIA E O  
STATUS NORMATIVO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HU-  
MANOS - Rubens Beçak, Francisco Camargo Leopoldo e Silva | 43

CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEMOCRACIA E A TECNOLOGIA: ENTRE O ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A EMERGÊNCIA DE UM POSITIVISMO ALGORÍTMICO -  
Rubens Beçak, André Luís Vedovato Amato | 63

TEORIA DO DISSENSO E CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO - Denis de  
Castro Halis | 71

O CONCEITO DE REALIDADE PARA O DIREITO: UMA LEITURA A PARTIR DE HANS  
BLUMENBERG - Luiz Filipe Araújo Alves | 77

SOMOS LIVRES PARA RIR DE TUDO? O HUMOR COMO EXERCÍCIO DA LIBER-  
DADE DE EXPRESSÃO A PARTIR DA PERSPECTIVA CONSTITUTIVA DE RONALD  
DWORKIN - Bianca Tito | 91

A EXTENSÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A PROTEÇÃO DE TODOS OS  
DISCURSOS COMO REQUISITO PARA A LEGITIMIDADE DA DEMOCRACIA - Bianca  
Tito | 109

REFLEXÕES SOBRE OS PARADOXOS DA DEMOCRACIA NA SOCIEDADE DO RISCO:  
EXCLUSÃO DO POVO NA POLÍTICA E CISÃO ENTRE SER HUMANO E SOCIEDADE-  
Maren Guimarães Taborda | 127

ARMADILHA IDENTITÁRIA: A INVISIBILIDADE TRANSGÊNERO NA SOCIEDADE DE  
RISCO - Gisleule Maria Menezes Souto , Luana Mathias Souto | 149

A (RE)CONSTRUÇÃO DO SENTIDO MULHER NA PERIFERIA DO DIREITO - Ana  
Paula Lemes de Souza | 167

CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E A EROÇÃO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIO-  
NAL: UMA ANÁLISE DAS TENTATIVAS DE SUBVERSÃO DA IMUNIDADE PARLAMEN-  
TAR - Thaísa Haber Faleiros, Lucas Ferreira Mazete Lima | 191

DO DIREITO DE MATAR E DEIXAR MORRER: A ARTE DE GOVERNAR DA RAZÃO  
DE ESTADO À BIO/NECROPOLÍTICA - Guilherme Filipe Andrade dos Santos,  
Jeanine Nicolazzi Philippi | 207

A DEMOCRACIA NO FIO DA NAVALHA ENTRE EXPECTATIVAS NORMATIVAS  
IGUALITÁRIAS E IMPERATIVOS SISTÊMICOS: A IMPORTÂNCIA DO CONTEÚDO  
NORMATIVO DO DISCURSO FILOSÓFICO DA MODERNIDADE - Marina de Souza  
Pompermyer, João Pedro Lopes Fernandes | 227

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ESFERA PÚBLICA: UMA LEITURA DO MODELO  
DISCURSIVO DE HABERMAS - Bárbara Batalha da Silva | 251

ENTRE RETÓRICA, ÉTICA E FUNCIONALISMOS JURÍDICOS: ALGUMAS NOTAS  
PARA A ABERTURA DE UM DIÁLOGO COM O REALISMO RETÓRICO DE ADEODATO  
E O JURISPRUDENCIALISMO DE CASTANHEIRA NEVES - André Navarro Silva  
Guedes | 275

O ATAQUE À DEMOCRACIA E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ESTUDO DO CASO  
SILVEIRA - Gabriel Oliveira Cerrado | 293

DO TEMPO DA CRISE AO ESTABELECIMENTO DA CRISE: DIÁLOGOS ENTRE  
FILOSOFIA, LITERATURA E DIREITO - José Flôr de Medeiros Júnior | 307

FENOMENOLOGIA E CRÍTICA DA DEMOCRACIA - Luiz Fernando Coelho | 323

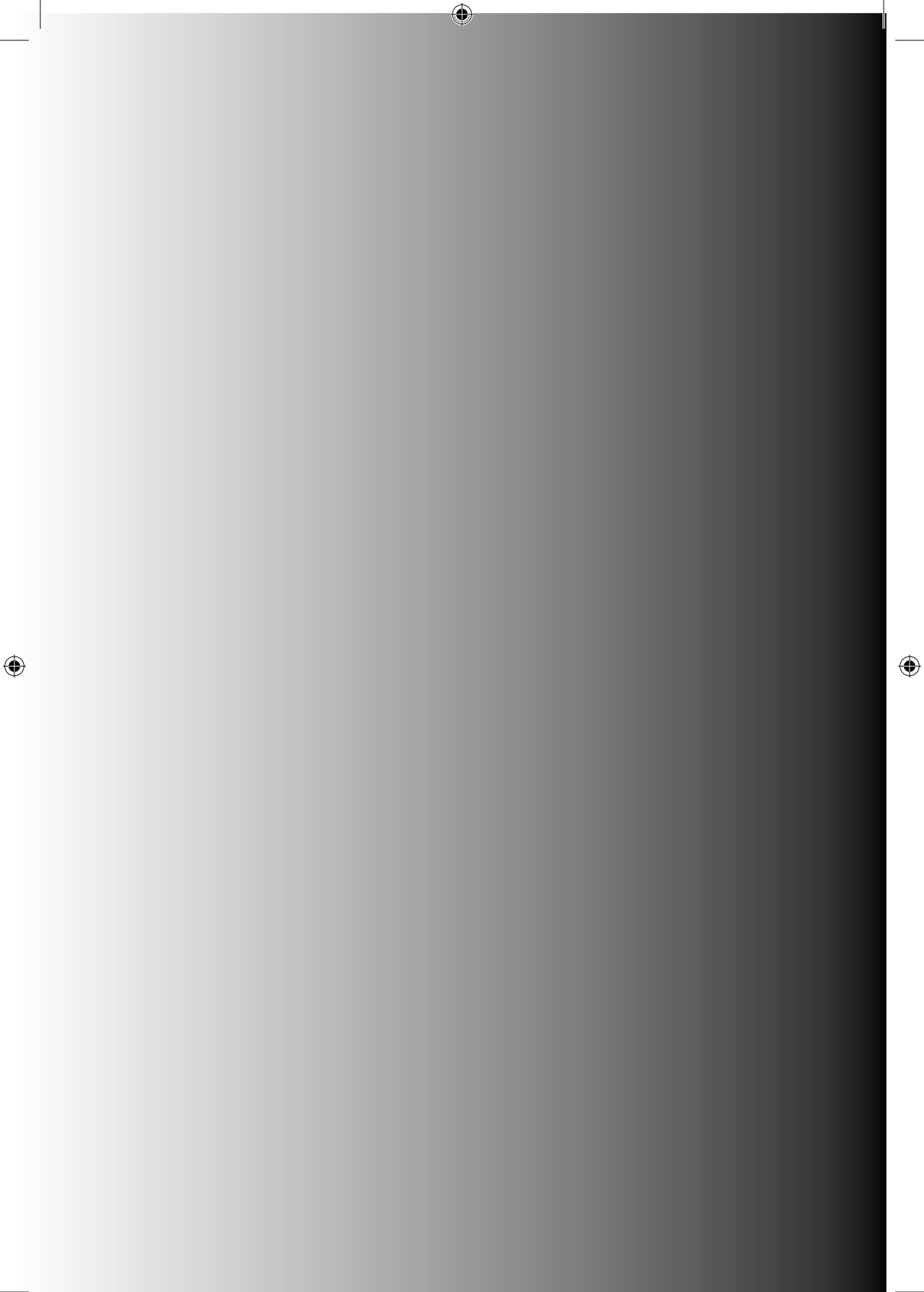
INTOLERÂNCIA E TOLERÂNCIA EM TEMPOS DE PÓS-VERDADE E DE CRISE DA  
DEMOCRACIA - José Flôr de Medeiros Júnior, Lucas Batista Carriconde | 337

LUIZ GAMA E O DIREITO DE RESISTÊNCIA À ESCRAVIDÃO - Rômulo Filizzola  
Nogueira | 351

RIESGO Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA: EL ODS 16 COMO PRETEXTO PARA  
MEJORAR LA CALIDAD DEMOCRÁTICA - Dra. Nuria Belloso Martín | 371

PARA ALÉM DA REPRESENTAÇÃO: UMA ANÁLISE DA AUTORIDADE CIENTÍFICA  
NOS PROCEDIMENTOS DE TOMADA DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL - Isabelle Vieira Barros | 393

A DOGMÁTICA JURÍDICA SOB A ÓTICA DA DOCTRINA RETÓRICA DA STÁISIS -  
Pedro Parini | 405





# INTRODUÇÃO

A ABRAFI é a seção brasileira da IVR - Internationale Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (Associação Internacional de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito) e tem atuado na promoção dos estudos em Filosofia e Sociologia do Direito nos cenários nacional e internacional.

No Brasil, a ABRAFI tem promovido anualmente as Jornadas Brasileiras de Filosofia do Direito, que são um importante espaço de encontro de pesquisadores brasileiros interessados no debate sobre os principais e mais desafiadores temas da Filosofia, do Direito e da Sociologia.

Como é próprio da reflexão crítica, os debates nas Jornadas jamais se furtam à compreensão e enfrentamento dos desafios existentes em cada contexto histórico. Nos últimos poucos anos, há de se destacar a (nova) emergência do autoritarismo no mundo e também no Brasil, representada pelo fortalecimento de lideranças descomprometidas com os ideais civilizatórios da democracia e dos direitos humanos fundamentais.

Em contextos como este, cabe à Filosofia do Direito prioritariamente a reflexão e reafirmação dos fundamentos éticos e jurídicos dos direitos e das instituições democráticas, bem como sobre os mecanismos e caminhos que possam contribuir para afastar o risco da ruptura democrática. Não é, então, uma coincidência que a ABRAFI tenha proposto o tema “Democracia e risco” para a VII Jornada Brasileira de Filosofia do Direito, que ocorreu de forma virtual no primeiro semestre de 2021.

Como era de esperar, diversos estudiosos participaram apresentando suas pesquisas mais recentes, em ricos e profícuos debates ocorridos nos grupos de trabalho, nas conferências e nos painéis temáticos. O presente livro reúne alguns dos trabalhos apresentados, debatidos e aprimorados por ocasião da Jornada. É desejo dos organizadores e dos autores que ele enseje a reflexão crítica e, mesmo que modestamente, contribua para o fortalecimento das nossas instituições democráticas.

## **Vitor Amaral Medrado**

Membro da Diretoria da ABRAFI (2019-2021).

Professor da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG.



# FALAR OU NÃO FALAR? BREVES REFLEXÕES SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

## TO SPEAK OR NOT TO SPEAK? BRIEF REFLECTIONS ON FREE SPEECH

Bruno Fernandes Morais<sup>1</sup>

**Resumo:** Este artigo pretende fazer breves considerações sobre a liberdade de expressão. Para isso, tomarei como base a obra de quatro filósofos que discutem o tema: John Stuart Mill, Ronald Myles Dworkin, Jeremy Waldron e Francisco de Castilho Prates. Em razão do compromisso com o debate, são dois de orientação mais favorável à ampla liberdade e dois com mais proposições de restrição. Com base em uma análise dos principais pontos e com algumas comparações entre os autores, mostrarei alguns dos argumentos centrais do debate, em uma tentativa de contribuir com a discussão ao colocar em jogo pontos de vista contrapostos, sem a pretensão de esgotar o tema.

**Palavras-Chave:** Liberdade de expressão. John Stuart Mill. Ronald Myles Dworkin. Jeremy Waldron. Francisco de Castilho Prates.

**Abstract:** This article aims to make brief considerations about free speech. To do so, I will use as a basis the work of philosophers who discuss the theme: John Stuart Mill, Ronald Myles Dworkin, Jeremy Waldron and Francisco de Castilho Prates. Due to the commitment to the debate, two of them are more favorable to wide freedom, and two have more proposals for restrictions. Based on an analysis of the main points and with some comparisons between the authors, I will show some of the central arguments of the debate, in an attempt to contribute to the discussion by putting into play opposing points of view, without the pretension of exhausting the subject.

**Keywords:** Free speech. John Stuart Mill. Ronald Myles Dworkin. Jeremy Waldron. Francisco de Castilho Prates.

---

1 Graduação em Direito pela UFMG e pós-graduando em Ciências Criminais pelo CERS.

## 1 INTRODUÇÃO

No mundo antigo, conforme explica Marcelo Galuppo, a orientação vinha do centro e bastava a imitação daquele comportamento. Já na modernidade, inexistente um padrão absoluto para as ações humanas. Assim, “se não é mais possível que um centro único oriente a ação de todos, é preciso que cada um oriente a sua própria ação, que cada um se converta em centro subjetivo (de orientação) da ação ética (e política).” (GALUPPO, 2004, p. 222).

Para o professor, com a centralidade da ação focada no indivíduo, as sociedades passaram a ser caracterizadas com base em suas diferenças. Ele explica que o problema disso é como manter a sociedade pluralista, visto que alguns projetos de vida, em geral os majoritários, podem impedir a realização de outros projetos. Para o autor, “a resposta a esta questão só pode ser: sendo uma sociedade democrática.” (GALUPPO, 2004, p. 227). Completa o filósofo que, “para existirmos em sociedade, é preciso respeitar e garantir a existência do outro e, consigo, de seus conceitos sobre o que é a vida boa e seus planos de como alcançá-la. Circularmente, a sociedade só existe se preservar o indivíduo.” (GALUPPO, 2004, p. 230).

Por fim, argumenta que, enquanto o Estado Liberal tentava eliminar projetos diferentes e o Estado Social queria projetos alternativos à dominação, o Estado Democrático de Direito deve reconhecer todos os projetos de vida como valiosos para a identidade da sociedade, mesmo aqueles minoritários. (GALUPPO, 2004, p. 232).

No Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão ganhou muita importância, sendo prevista inclusive na Constituição Federal. Esse direito é fundamental para que se manifestem os diferentes projetos de vida, algo típico de uma sociedade plural como a nossa, mas que, por outro lado, pode ser o veículo para que discursos deslegitimadores de projetos minoritários ou mesmo ofensivos à dignidade das pessoas se propaguem. Isso gera muitas discussões, algumas que envolvem até mesmo o Supremo Tribunal Federal.

Sobre a liberdade de expressão, Nigel Warburton entende que a dificuldade é saber os momentos em que deve haver uma interferência estatal nesse direito, sem que tal exceção gere uma censura indesejável. Além disso, destaca a importância do contexto da mensagem. Dependendo se em uma rádio, em um filme, em uma exposição ou entre amigos, o modo como será recepcionado aquele ato pode ser diferente. Assim,

é necessário “analisar quando a expressão foi produzida, a quem ela se dirigiu, com qual intenção ou, ao menos, com qual efeito previsível.” (WARBURTON, 2020, p. 15). Dessa forma, é viável compreender que a liberdade de expressão não se relaciona com conversas privadas, mas com formas públicas de comunicação e que o contexto em que foi proferida é relevante.

Diante dessa exposição, serão feitos alguns apontamentos com base nas obras de quatro autores que discursam sobre a liberdade de expressão. Para não se cair em contradição com o tema, é importante abordar argumentos dos dois lados da moeda, apresentando-se dois filósofos predominantemente a favor de uma liberdade mais ampla, enquanto os outros dois tendem a uma maior interferência estatal. Serão feitas análises sobre as principais ideias desses pensadores e com algumas comparações entre eles com pontos em comum e divergentes, com o devido respeito às singularidades de cada um e sem aprofundar tanto em cada um em virtude do tamanho e da proposta deste artigo. Sendo assim, serão perpassados Stuart Mill, Ronald Dworkin, Jeremy Waldron e Francisco Prates, com a finalidade de proporcionar um maior debate conexo entre eles e sobre o tema, sem a intenção de esgotar as ideias sobre um assunto tão complexo.

## 2 PENSADORES SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

### 2.1 John Stuart Mill

O primeiro filósofo que merece destaque é John Stuart Mill, que foi e continua a ser uma das bases para a defesa da liberdade de expressão, em especial nos Estados Unidos. Em seu livro *Sobre a liberdade*, ele defende que o discurso deve ser tolerado e que, para isso, é importante uma proteção contra a tirania da opinião. Para ele, a sociedade tem uma tendência a impor as próprias ideias sobre os que não as seguem e a “restringir o desenvolvimento [...] de qualquer individualidade que não esteja em harmonia com os seus costumes, além de tender a forçar todas as personalidades a modelarem-se à imagem da sociedade”. (MILL, 2006, p. 22).

Além disso, o filósofo defende fervorosamente que o próprio bem da pessoa não é uma justificação suficiente para a limitação da liberdade de expressão. Argumenta que, nesses casos, há motivos para debater, per-

suadir, mas não para forçar ou para causar algum mal caso a outra pessoa que não haja conforme pensamos. Explana que, “na parte da sua conduta que apenas diz respeito a si, a sua independência é, por direito, absoluta. Sobre si, sobre o seu próprio corpo e a sua própria mente, o indivíduo é soberano.” (MILL, 2006, p. 26).

Mill argumenta que devemos cultivar a nossa individualidade, o que ajudará a fornecer ideias para pensamentos nobres e, assim, fortalecer os laços entre os indivíduos e valorizar o pertencimento à sociedade. Defende, ainda, que paramos de evoluir quando perdemos a nossa individualidade e que, ao deixar os outros escolherem o nosso plano de vida, utilizamos apenas a faculdade da imitação. Sobre isso, explica que os indivíduos demandam condições diversas para o desenvolvimento e que, assim como as plantas, que não podem viver no mesmo clima e atmosfera físicos, nem todos os humanos podem conviver no mesmo clima e atmosfera morais. Dessa forma, um determinado modo de vida pode ser saudável para uma pessoa e, para outra, ser um fardo enlouquecedor, que esmaga a vida interior. (MILL, 2006, p. 67).

Essa importância que ele dá à individualidade está presente em outro argumento, de que, caso apenas um indivíduo tivesse uma opinião diferente em relação a todos os outros, estes “teriam tanta justificção para silenciar essa pessoa como essa pessoa teria justificção para silenciar os restantes seres humanos, se tivesse poder para tal.” (MILL, 2006, p. 30). Defende que o silenciamento de pensamentos diferentes é um roubo à humanidade e que, caso a opinião fosse correta, perderiam a oportunidade de consertá-la e, caso equivocada, deixariam de ter uma impressão mais evidente da verdade em virtude do confronto com o erro, algo que também é positivo para a sociedade. Assim, “nunca podemos ter a certeza de que a opinião que procuramos amordaçar seja falsa; e, mesmo que tivéssemos, amordaçá-la seria, ainda assim, um mal.” (MILL, 2006, p. 30)

Para o filósofo, a sociedade só será livre no momento em que as liberdades, de maneira geral, forem respeitadas, independentemente da forma de governo. Ele entende que devemos procurar o bem conforme nos for mais conveniente, sem privar os bens dos outros. Complementa que somos os guardiões da nossa própria saúde e que “as pessoas têm mais a ganhar em deixar que cada um viva como lhe parece bem a si, do que forçando cada um a viver como parece bem aos outros.” (MILL, 2006, p. 28). Aqui novamente aparece a importância dada ao indivíduo.

Ademais, há um princípio que rege a interação sobre o controle e a coação entre a sociedade e o indivíduo: a autoproteção, por meio da

qual existe a única possibilidade de interferência na liberdade de ação do outro. “É o princípio de que o único fim em função do qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir dano a outros.” (MILL, 2006, p. 26). O dano mencionado pelo filósofo é apenas o físico ou aquele que incita à violência.

Outro princípio é o da falibilidade. Reflete o filósofo que, se o juízo é dado às pessoas e pode ser usado equivocadamente, então deveria não ser utilizado? A resposta mostra que, com a proibição do que se considera prejudicial, os indivíduos não reivindicam que estão isentos do erro, mas que estão a cumprir o seu dever, embora falíveis, de agir baseado na própria convicção. “Se nunca agíssemos com base nas nossas opiniões, simplesmente porque essas opiniões podem estar erradas, então negligenciaríamos os nossos interesses, e deixaríamos todos os nossos deveres por realizar.” (MILL, 2006, p. 32). Para completar esse raciocínio, ele exemplifica com os impostos, já que, como diversas nações os instituíram erroneamente, isso não é suficiente para proibir a criação de novos tributos.

Como mostra Nigel Warburton, silenciar outra pessoa em razão de considerar a opinião dela falta significa presumir a infalibilidade, a certeza absoluta quanto ao tema. Dessa forma, ter certeza sobre algo não garante a veracidade, pois “cometemos erros até sobre questões que consideramos totalmente incontroversas; e, coletivamente, gerações inteiras já cometeram erros fundamentais sobre fatos.” (WARBURTON, 2020, p. 37). Para exemplificar, ele cita que por muitos anos os indivíduos acreditaram que a Terra era o centro do universo e plana. Nesse caso, a população, convicta de suas teorias, silenciou personagens como Copérnico, sendo que, posteriormente, descobriu-se que ele estava certo, pois o sol é o centro do universo e o planeta gira em torno desse astro.

Para Mill (2006, p. 42), “a verdade ganha mais com os erros daquele que, sem o estudo e a preparação necessários, pensa por si, do que com as opiniões verdadeiras daqueles que só as têm porque se impedem a si mesmos de pensar.” Dessa forma, o autor argumenta que o ato de objetar a uma fala pode ser mais fatal e perigoso do que a ideia considerada imprópria ou imoral.

Ademais, o filósofo aborda também o dogma morto. Para ele, por mais verdadeira que seja a ideia, se não for discutida frequentemente, será apenas um dogma morto e não, como diz ele, “uma verdade viva”. Para reforçar esse argumento, sugere a adoção da tática de Cícero, um dos maiores oradores da antiguidade, que sempre estudava o caso do adversá-

rio com a mesma disposição que o seu caso. Assim, se adotássemos esse método, poderíamos entender os dois lados e escolher o mais adequado, em vez de simplesmente ser levado pela maioria das pessoas. Também sobre isso, Mill (2006, p. 49) discorre que “a tendência fatal da humanidade para deixar de pensar sobre uma coisa quando já não é duvidosa é a causa de metade dos seus erros.”

O autor propõe a tese supramencionada com o objetivo de desafiar supostas verdades. Assim, mesmo que se acredite que a opinião pessoal seja verdadeira, enquanto não for fervorosa e completamente discutida, será sustentada como uma verdade acrítica. Dessa forma, como explica Warburton (2020, p. 39), “Mill estava convicto que nossas crenças não devem ser adotadas como se fossem uma superstição; pelo contrário, elas devem ser verdades vívidas, verdades que seus defensores podem sustentar quando desafiados e que podem levá-los a tomar uma atitude caso necessário”.

Para que a crença seja considerada adequada, é importante conhecer o outro lado, em especial poder refutar os argumentos divergentes, pois, do contrário, estar-se-ia justificando a outra ideia como verdadeira. A ausência de debate pode gerar uma espécie de estagnação mental, com a consequente destruição do significado dessas ideias. Ainda sobre isso, caso existam elementos verdadeiros em uma crença predominantemente falsa, tais argumentos verdadeiros podem se perder se as ideias não forem ouvidas. Mill mostra que algumas ideias podem compartilhar algumas verdades, em vez de serem completamente falsas ou verdadeiras. Assim, mesmo que contenham muitos erros e confusões, são opiniões preciosas para que as pessoas as escutem. (MILL, 2006, p. 40).

Outro ponto defendido pelo autor é que as pessoas tenham uma garantia racional de que todos os seus questionamentos sejam satisfatoriamente respondidos e que, para isso, o necessário deve ser dito e não proibido. Por essa razão, ao impedir as manifestações, algumas coisas que poderiam solucionar indagações não podem ser respondidas.

Além disso, o contexto da mensagem é muito relevante para o impacto que ocorrerá. Para o filósofo, “até as opiniões perdem a sua imunidade quando as circunstâncias em que são expressas são tais que a sua expressão constitui efetivamente uma instigação a um ato danoso [...]” (MILL, 2006, p. 58). Para reforçar esse argumento, ele exemplifica duas hipóteses: se uma opinião de que comerciantes de trigo fazem os pobres passar fome for divulgada em meios de comunicação, não será um problema, mas se forem divulgadas em momentos de tensão, como durante



uma manifestação raivosa em frente à residência de um comerciante de trigo, isso pode incitar um ato danoso e, pois, não deve ser tolerável. Dessa forma, defende que tem de existir uma limitação, sendo vedado que tais expressões prejudiquem outras pessoas. No entanto, caso haja conforme as próprias intuições em coisas que lhe dizem respeito, o indivíduo, nesse caso, pode seguir as suas razões sem ser importunado. (MILL, 2006, p. 58). É possível deduzir que a discussão sobre o tema se limita aos espaços públicos, não tendo tanta pertinência as manifestações no contexto privado.

Além disso, mesmo que haja dano a outrem, nem sempre isso é suficiente para motivar as interferências, por exemplo, quando o dano provém de atitudes que tentavam alcançar objetivos legítimos. Por essa razão, entende o autor que é cabível a censura apenas no que se refere ao dano físico. Mill mostra que, caso ocorra um ato danoso, mas que não viole as liberdades fundamentais, a punição pode ocorrer por meio da opinião e não do ordenamento jurídico. Nesse caso, será pertinente a discussão se a interferência promove ou não o bem-estar geral da população.

Mill aborda também o que foi denominado mercado de ideias. A liberdade de expressão não era somente necessária para a felicidade das pessoas, mas também para o progresso. Caso houvesse intervenções, muitas pessoas teriam o potencial limitado, o que prejudicaria o auto-desenvolvimento. Ainda, este desenvolvimento próprio não poderia ser limitado, mesmo com a justificativa de que fosse para o bem da população. Como explica Nigel Warburton (2020, p. 36) sobre as ideias de Mill, “devemos ser livres para cometermos nossos próprios erros, em vez de alguém nos dizer como viver. Porém, a liberdade de expressão não é apenas mais uma área na qual princípios liberais se aplicam.” O cerne dessa teoria é o de que as ideias vão se confrontar com a finalidade de encontrar uma verdade em eterna construção, vencendo, na arena pública, os melhores argumentos. Dessa forma, o foco não é no consenso, mas em um debate vivo.

Ademais, Warburton (2020, p. 36) mostra que, “para Mill, o livre mercado de ideias irá aumentar a probabilidade de alcançar o melhor resultado, especificamente, a emergência da verdade e a eliminação do erro. [...] Os benefícios [...] da tolerância de extensa liberdade de expressão são, portanto, grandiosos; os custos de sua supressão, imensos.”

Por fim, cabem duas considerações sobre Mill. A primeira é a de que defende que o discurso bom é melhor do que a censura para contrapor o discurso ruim, o que seria comprovado pelo fato de a liberdade de expressão ser permitida na maioria das democracias liberais. Além disso,

argumenta que tal instituto deve servir para os fanáticos e para os intelectuais liberais, visto que, se fosse aplicada apenas àqueles com os quais simpatizamos, não faria jus ao nome “liberdade de expressão”.

Diante disso, entretanto, podemos perceber que, apesar de se tratar de uma teoria sólida e bem-vista nos Estados Unidos, cabe uma maior discussão sobre os impactos do dano psicológico e se realmente há uma igualdade de poder nos debates ou se alguns grupos mais poderosos possuem vantagens sobre a arena pública, como grandes emissoras.

## 2.2 Ronald Myles Dworkin

Outro pensador influente sobre o tema é Ronald Dworkin, que, em seu livro *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Americana*, disserta sobre alguns assuntos pertinentes à liberdade de expressão. Ele revela que há duas justificativas para a liberdade de expressão nos Estados Unidos, sendo, respectivamente, a justificação instrumental e a constitutiva. A primeira categoria defende a produção de efeitos benéficos para a sociedade. Dessa forma, a ideia é que, a longo prazo, a liberdade de expressão proporcionará mais benefícios do que malefícios. Já a segunda justificação entende que é dever do Estado tratar os adultos como agentes morais responsáveis, característica de uma sociedade política justa. (DWORKIN, 2006, p. 318-319). Assim, consideram-se simultaneamente as consequências da liberdade de expressão simultaneamente e o respeito à dignidade das pessoas. É importante ressaltar, conforme as ideias do jurista, que uma não exclui a outra e que também não têm caráter absoluto, havendo algumas exceções, como, a título exemplificativo, certas informações militares.

Para Dworkin, o Estado nega a responsabilidade moral dos indivíduos no momento em que demonstra que estes não são capazes de escutar ideias que podem convencê-los de convicções perigosas.

O jurista mostra que, nos Estados Unidos, a Primeira Emenda proíbe que haja censura, por exemplo, de neonazistas, não pelo fato de que irão melhorar os argumentos dos debates (o que não é pertinente), mas sim porque para se ter igualdade, é necessário que as ideias desprezíveis possam participar e até mesmo influenciar na política em geral. Conforme analisa Medrado (2020, p. 148-149), “não se deduz daí que o Estado vá, no fim, respeitar igualmente a opinião de todos, nem que as decisões oficiais serão igualmente a opinião de todos, nem que as deci-

sões oficiais sejam favoráveis a todos os grupos.” Assim, a garantia é de que as opiniões terão a oportunidade de participar dos debates, mas não de que serão acolhidas ou representadas pelas políticas estatais.

Outra contribuição pertinente sobre esse argumento é fornecida pela própria Primeira Emenda: uma vez que não é possível proibir o voto de um cidadão pelo fato de as suas ideias serem desprezíveis, pelo mesmo motivo também não é possível interferir no direito do indivíduo de se expressar.

Ademais, Dworkin aborda a mudança de ideias e de teorias ao longo do tempo para mostrar que elas podem se modificar com o tempo, mesmo que tenhamos certezas sobre tais temas. O jurista cita o exemplo dos criacionistas de 1920 no Tennessee, que proibiram o ensino das ideias darwinistas nas escolas públicas. Segundo o autor, eles tinham tanta convicção dessa ideia quanto atualmente temos acerca da história da Alemanha. Assim, conclui que “toda lei de blasfêmia, toda queima de livros, toda caça às bruxas movida pela direita ou pela esquerda se justifica pelos mesmos motivos: para impedir que certos valores fundamentais sejam profanados. Tome cuidado com princípios em que você só pode confiar se forem aplicados por aqueles que pensam como você.” (DWORKIN, 2006, p. 361).

Para explicar um argumento de Dworkin, Warburton (2020, p. 14) traz uma passagem do autor: “leis e políticas não são legítimas, salvo se tiverem sido adotadas a partir de um processo democrático, e um processo não é democrático se o governante tenha coibido alguém de expressar suas convicções sobre como essas leis e políticas deveriam ser.” Dessa forma, só pode ser considerado democrático aquele governo que permite o livre debate entre os indivíduos sobre qualquer tema. Nesse ponto, observo o provável cerne do argumento de Dworkin, devendo reinar a ampla liberdade de expressão em prol da garantia da legitimidade política das sociedades democráticas.

O jurista defende que, caso fosse necessário escolher entre a liberdade e a igualdade, na hipótese de entrarem em colisão, deveríamos escolher a liberdade, pois, do contrário, a alternativa seria o que ele denomina “despotismo da polícia do pensamento.” (DWORKIN, 2006, p. 379). Além disso, entende que a censura é inimiga da igualdade e que também sempre terminará por trair a justiça.

Ademais, argumenta que, caso troquemos a concepção tradicional de liberdade por uma nova, na qual é possível que uma maioria determine que outros indivíduos são corruptos ou radicais para participar do que chama de vida moral informal do país, “teremos dado início a um

processo que termina, como aliás já aconteceu em tantas outras partes do mundo, por tornar a igualdade algo a ser temido e não louvado, um eufemismo ‘politicamente correto’ da palavra *tiranía*.” (DWORKIN, 2006, p. 383, grifo do autor). Ademais, coaduna com o pensamento de que a liberdade é apenas o outro lado da moeda da igualdade e não a sua inimiga.

Uma ressalva relevante é que a liberdade de expressão garante o direito de falar “e não o direito de dizê-lo e continuar sendo sustentado e auxiliado por aqueles que consideram falsa ou indesejável a idéia pregada.” (DWORKIN, 2006, p. 395). Assim, não há uma garantia de que as pessoas escutarão ou darão importância ao que é falado, seja na sociedade ou na política.

Para Dworkin, é importante que a mencionada Primeira Emenda, no contexto dos Estados Unidos, proteja a liberdade de expressão, inclusive diante das ideias que odiamos. Isso pode ser explicado por meio da justificativa constitutiva, “porque somos uma sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral individual, e *nenhuma* censura de conteúdo é compatível com esse compromisso.” (DWORKIN, 2006, p. 327, grifo do autor). Aduz também que, mesmo que as opiniões de outros indivíduos sejam chocantes, isso não é justificativa suficiente para impedir a fala.

Por fim, o argumento desse autor sobre o preço da liberdade de expressão é de que ele poderia ser muito alto e até mesmo insuportável, como em casos de negação do holocausto, mas que valeria a pena esse doloroso sacrifício em prol da liberdade. Como mencionado em relação a Mill, entretanto, não podemos desprezar os impactos causados aos alvos desses discursos, sendo relevante mensurar qual o custo para eles e não para população geral, por exemplo, de um filho crescer ouvindo ofensas diárias sobre a sua religião ou tendo que ser submetido a humilhações cotidianas, além do medo de ser alvo de danos físicos.

Diante disso, um argumento pertinente mencionado pelo jurista foi a analogia do voto, pois assim como não é um critério para exercer esse direito ter boas ideias, esse não pode ser o critério para se expressar. Um outro ponto relevante é o argumento de que ao longo da história fomos surpreendidos com novas descobertas e até mesmo a queda de ideias consideradas sólidas, como no exemplo de criacionistas que tinham certeza de sua teoria e não aceitavam a evolução, ou quando executaram pessoas que diziam que a terra não era plana. No entanto, isso se torna cada vez mais difícil com o atual desenvolvimento científico da humanidade. Des-

sa forma, é bastante improvável que estudos sérios comprovem que não houve execuções nos campos de concentração ou que a terra seja plana.

### 2.3 Jeremy Waldron

Outro autor que aborda o tema, mas com um olhar um pouco mais restritivo, é Jeremy Waldron. No livro *The Harm in Hate Speech*, argumenta que dizer que devemos apenas aprender a viver com o discurso de ódio não é uma resposta satisfatória. A justificativa é que tal modalidade de fala afeta a dignidade das pessoas. Para garantir a dignidade, é imprescindível a igualdade de posições em uma sociedade perante os demais membros: “a garantia de que eles podem seguir sua vida diária e seus negócios sem medo de serem denegridos e excluídos como cidadãos sub-humanos ou de segunda classe.” (WALDRON, 2012, p. 160).

Para Waldron, dignidade pode ser definida pelo poder de ser membro da sociedade, de interagir com os demais de forma direta e de ser tratado como objeto de proteção e de preocupação social, não sendo tal conceito mera “aura kantiana. É a sua posição social, os fundamentos da reputação básica, que lhes dá o direito de serem tratados como iguais nas operações comuns da sociedade.” (WALDRON, 2012, p. 5, tradução nossa).

Sobre o discurso de ódio, afirma que ele mina o senso de segurança no local onde vivemos. Conforme o autor, tal forma de expressão “faz isso não apenas sugerindo a discriminação e a violência, mas revivendo vívidos pesadelos do que esta sociedade era – ou do que outras sociedades foram – no passado” (WALDRON, 2012, p. 4, tradução nossa).

Outra característica do discurso de ódio é atacar a inclusão, pois “visa a manchar as bases de sua reputação [do indivíduo], associando características pessoais como etnia, raça ou religião com conduta ou atributos que devem desqualificar alguém no tratamento como um membro da sociedade em uma boa posição.” (WALDRON, 2012, p. 5, tradução nossa). Por fim, apesar de dignidade ser um conceito muito vago, é clara a distinção entre “um ataque às crenças pessoais e um ataque à posição social básica e à reputação de um grupo de pessoas.” (WALDRON, 2012, p. 120, tradução nossa).

Uma observação que Waldron faz é que a tolerância aos pensamentos odiosos não prejudica os intelectuais, mas sim os grupos que são alvos dos ataques, visto que esses são as vítimas. Dessa forma, tais grupos considerados vulneráveis são merecedores de respeito. Ele diz que, “no

mínimo, somos obrigados, em nossas relações públicas, a nos abster de agir de uma maneira que seja calculada para minar a dignidade de outras pessoas.” (WALDRON, 2021, p. 60). Em síntese, o autor vai além da mera proteção contra falas ofensivas, tendo a intenção de fornecer segurança com base na dignidade, na inclusão e nos fundamentos de justiça.

O pensador também rebate argumentos de filósofos como Mill. Como explica Medrado (2020, p. 137), “para Waldron, a concepção do mercado de ideias esconde o fato de que racistas e fanáticos não estão honestamente engajados em um debate sincero e despretenso no espaço público. Ao contrário, a sua aparência de discurso despretenso esconde um objetivo pernicioso e perigoso: a degradação e a exclusão de alguns membros da sociedade.”

Jeremy Waldron entende que é fundamental a compreensão de que a sociedade é para todos os grupos, não para alguns específicos. Dito isto, cada membro de cada grupo deve ter a possibilidade de tratar dos próprios assuntos sem ter que enfrentar violências, exclusões, preconceitos ou outros tipos de problemas por parte dos demais grupos.

Questiona o porquê de muitas democracias liberais proibirem manifestações de ódio e tenta descobrir essa resposta: “um ponto óbvio é que muitos países veem estas leis não como violações de direitos, mas como algo que pode ser permitido ou mesmo exigido em um contexto de direitos humanos.” (WALDRON, 2012, p. 13, tradução nossa).

Ele destaca que a preocupação com os discursos de ódio não é com o pensamento diverso, mas com atos públicos ou cartazes semipermanentes com o efeito de diferenciar o valor entre os grupos sociais ao dizer que as minorias não têm a mesma importância.

A dignidade é um *status* resguardado pelo direito. Já a proteção contra ofensa aos sentimentos pessoais não é um objetivo da lei. Ainda, é possível estabelecer uma linha entre indignidade e ofensa. É evidente que, ao se ferir a dignidade de uma pessoa, haverá também dano aos sentimentos, mas estes não devem ser protegidos pelo direito. Por outro lado, a ofensa é inerente a uma reação subjetiva, como descreve o autor (WALDRON, 2012, p. 107, tradução nossa). Inclusive, defende a necessidade de que os seus membros sejam respeitados como iguais e em relação aos seus direitos básicos para que uma sociedade funcione.

Propõe uma reflexão sobre como deve ocorrer a distinção, nos casos concretos, entre aqueles que merecem ou não a preocupação legislativa sobre a liberdade de expressão. “A resposta é na verdade mais fácil do que a complexidade psicológica indica. Pois, primeiro, não tomamos decisões

sobre a legalidade e a ilegalidade de certos atos de fala com base em uma análise caso a caso das emoções de determinadas vítimas. Em vez disso, identificamos categorias e modos de expressão que a experiência indica serem susceptíveis de terem um impacto sobre a dignidade dos membros de minorias vulneráveis.” (WALDRON, 2012, p. 113, tradução nossa).

Para o neozelandês, “atacar as causas da violência e da discriminação não é a única motivação para leis contra o discurso de ódio ou a difamação de um grupo [...] [outra razão é] para assegurar a dignidade e a reputação dos membros de grupos vulneráveis” (WALDRON, 2012, p. 179, tradução nossa).

Contrariando Dworkin, que reforça a necessidade da liberdade de expressão para garantir a legitimidade política, Waldron defende que a proibição ao discurso de ódio não é mais prejudicial a ela do que outras exceções já reconhecidas e aplicadas à liberdade de expressão.

Apesar de mais longo, merece a transcrição integral o trecho em que o filósofo faz duras críticas ao pensamento do jurista estadunidense: “Dworkin acredita realmente no que ele diz sobre legitimidade? Será que ele acredita (será que ele realmente acha que devemos acreditar) que a aplicação das leis do discurso do ódio torna a promulgação e aplicação de leis *downstream*, tais como leis que proíbem a discriminação, literalmente ilegítimas? Ele está levando isso a sério, ou está apenas brincando? Pergunto porque as consequências da posição de Dworkin no mundo real são (se eu entendi corretamente) bastante perturbadoras.” (WALDRON, 2012, p. 184, tradução nossa).

Ademais, é importante ressaltar que o filósofo entende que, para haver intervenção, esta ocorre com base no conteúdo, além de exigir a presença de certos advérbios e elementos intencionais. Se não houver intenção ou não for abusivo o conteúdo, não será configurada ofensa.

Waldron mostra que economistas defendem que o mercado na esfera econômica e sozinho pode ter resultados positivos e que, da mesma forma, argumenta-se que o mercado de ideias poderia, a longo prazo, se deixado a própria sorte, promover o respeito mútuo e a aceitação da verdade. Diante disso, porém, faz uma crítica: o problema é que, no caso da liberdade de expressão, isto é mais superstição do que analogia.” (WALDRON, 2012, p. 155, tradução nossa).

Para o autor, “seria fátuo sugerir que é a importância do nosso engajamento contínuo em um debate deste tipo que nos exige suportar a feia invectiva da difamação racial no mercado de ideias.” (WALDRON, 2012, p. 120, tradução nossa). Ressalta que, apesar de o debate sobre a

raça estar superado, ainda há “dissidentes periféricos, alguns loucos que dizem acreditar que as pessoas de descendência africana são uma forma inferior de animal; mas, por meio século ou mais, avançamos como sociedade com a premissa de que não se trata mais de uma questão de contestação séria.” (WALDRON, 2012. p. 120, tradução nossa) Aqui é perceptível uma crítica a Mill, que defende o mercado de ideias.

Ademais, entendo ser pertinente analisar a qualidade do debate, pois não é relevante reviver questões já resolvidas com base em centenas de anos de sérios estudos com base em opiniões sem fundamentos, como de pessoas que defendem que a terra é plana justificando isso em argumentos de pessoas sem qualificação para isso.

Por outro lado, Waldron peca no argumento de que as proibições deverão ocorrer com base em categorias e modos de expressão, pois assim desconsidera o contexto e dentro de um grupo tal modo poder ser ofensivo para alguns indivíduos e não para outros, com base no conteúdo e na intenção. Assim, não analisar o caso concreto pode ser considerado arriscado.

## 2.4 Francisco de Castilho Prates

Já Francisco de Castilho Prates, em sua tese de doutorado, com um olhar também um pouco mais restritivo, mostrou que nas democracias constitucionais há o desafio de assegurar a liberdade e a igualdade, enquanto se garante o reconhecimento das diferenças.

Alega que em uma democracia é possível questionar o que se julgar conveniente, menos o próprio direito de questionar. No entanto, “isso implica não confundir, sob pena de privatizarmos o público, o ato de reconhecer direitos com a posse de bens ou satisfação de interesses egoísticos, ainda que estes mesmos interesses/bens possam ser reflexivamente objetivados ou atingidos.” (PRATES, 2015, p. 45-46).

Apesar de concordar com Dworkin em relação às justificações instrumental e constitutiva e quanto ao fato de que o Estado não pode impedir ideias por medo de que não estejamos prontos para ouvi-las, questiona se não seria necessária uma contextualização histórica, com a confrontação com a desigualdade presente em tais contextos, colocada diante das lutas travadas e das diversas identidades anteriormente invisíveis e silenciadas. (PRATES, 2015, p. 51).

Para Prates (2015, p. 26), nossa herança possui dimensões de exclusão e de desigualdade social, diante de tradições e questões não



problematizadas. Assim, é necessário que tais discursos e padrões sejam desconstruídos e tornados visíveis, de maneira que seja possível exigir juridicamente a imputação e a responsabilização pelas condutas dos indivíduos.

Ademais, defende que a liberdade de expressão deve ser construída “como um compromisso com a diversidade, a alteridade, levando-nos a superar estas desgastadas dualidades que a todas as questões parecem responder e a todos os problemas eliminar [...] onde todo plural passa a ser, por mais paradoxal que possa parecer, unidimensional, em que hábitos, simbolicamente estruturantes e não tematizados, de exclusão e subordinação, não são destampados.” (PRATES, 2015, p. 73).

Argumenta o autor que a liberdade de expressão ganha uma significação constitucional quando a regra é a ampla liberdade e quando as restrições são as exceções, “sendo que mesmo estes limites excepcionais acabam por se revelar fomentadores do pluralismo constitutivo dos Estados Democráticos de Direito.” (PRATES, 2015, p. 63).

Para o jurista, a liberdade de expressão não pode ser confundida com a legitimação ou manutenção de privilégios de um grupo social. Assim, deve ser um fruto de autonomias que são construídas por meio do conflito, mas não de exclusões históricas que não foram problematizadas, e deve possuir, ainda, limites, os quais possibilitarão o reconhecimento da voz do outro. (PRATES, 2015, p. 73-74). Assim, conclui que mesmo como exceções, as responsabilizações têm uma ligação com o pluralismo e o direito à resposta. Por isso, a liberdade deve ser construída por meio de uma intersubjetividade recíproca.

Outro ponto de divergência com Dworkin é no que tange ao custo-benefício da liberdade de expressão, como se houvesse uma espécie de soma dos direitos fundamentais. Assim, entende que é necessária uma confrontação com as heranças que fazem parte do contexto em que são proferidas as falas, de maneira que seja possível perceber, na prática, o impacto silenciador que pode ser revelado por tais falas. (PRATES, 2015, p. 99).

Como nenhum direito é absoluto, a legitimidade das leis que interferem na liberdade de expressão é revelada na busca por assegurar o direito à voz e também o direito de não ser humilhado ou intimidado, o que “impõe que a historicidade subjacente a qualquer discurso seja tematizada, não reduzindo a igualdade argumentativa ao seu aspecto meramente formal.” (PRATES, 2015, p. 140). Sobre o conceito de legitimidade, o autor o entende como a regra formal da maioria.

Enquanto Mill defendia as restrições apenas nos casos de danos físicos, Prates entende que as palavras são capazes não só de ferir, mas também até mesmo de matar. Reforça esse argumento ao tratar dos discursos de ódio, os quais possuem uma linguagem “que procura apenas reforçar estereótipos e estigmas, em um perverso círculo vicioso de exclusão e silêncio [...]” (PRATES, 2015, p. 93).

Também encontramos discordâncias entre o filósofo britânico e Prates quanto ao mercado de ideias defendido por Mill, pois em tese desconsidera o fato de o discurso ser uma construção histórica e social, o que pode gerar um efeito reverso, de maneira que a fala ficaria basicamente com os que possuem mais poderes. Dito isto, argumenta que a liberdade de expressão está vinculada ao contexto histórico no qual é exercida, sendo que algumas destas heranças podem levar a democracia até mesmo ao seu limite funcional. (PRATES, 2015, p. 96).

Para Prates (2015, p. 103-104), os discursos de ódio vão além de simples expressões, “têm a força de perpetuar exclusões, hierarquias e estigmas opressivos, pois refletem uma estrutura simbólica na qual estão envolvidos ‘quem enuncia’, ‘sobre quem o enunciado é expresso’, ‘qual o efeito pretendido’ e ‘de onde’ estes mesmos ditos são realizados.” Conforme o raciocínio do poder que a fala tem sobre os outros, defende que agir e fala estão vinculados. Diante disso, questiona se, mesmo que implícita ou simbolicamente, expressões que silenciam outros grupos devem ser protegidas pelo ordenamento jurídico.

Crítica a omissão estatal, visto que, como resultado dos debates, há o predomínio de uma liberdade de expressão “que desconhece a herança de desigualdade, é a neutralidade fornecendo cobertura às ofensas, como se fosse constitucionalmente permitido oprimir e discriminar.” (PRATES, 2015, p. 171). Ainda, questiona o porquê de ainda ser considerado natural perpetuar estereótipos de grupos minoritários, como negros, nordestinos e homossexuais.

Além disso, alega que tal neutralidade pode ser considerada uma escolha política “que reflète uma concepção liberal de Estado mínimo, de desregulação, de liberdade negativa, tratando a liberdade de expressão como se esta fosse um bem, mais do que um direito fundamental.” (PRATES, 2015, p. 148) Ao se dizer que o estado não deve apenas se abster em relação aos direitos fundamentais, é possível entender que, em certas ocasiões, defende que haja uma atuação positiva estatal de maneira a garantir direitos fundamentais.

Indaga o autor sobre os motivos de resgatarmos as memórias de experiências passadas para lidar com as atuais. Responde que, no Brasil, muitas das problemáticas relacionadas ao discurso de ódio e aos preconceitos “não são tratadas como questões constitucionais, de direitos fundamentais, sendo ainda vistas unicamente em uma dimensão que não transcende o individual, como casos de polícia e de reparação econômica.” (PRATES, 2015, p. 178).

Prates (2015, p. 191) entende que “o aplicador do direito, sob pena de privar do direito à voz os atingidos pelos discursos e estruturas de ódio, deve refletir sobre o conteúdo da mensagem que sua decisão pode estar enviando [...] pois o apego irrefletido a tradições dogmatizadas pode transparecer uma indiferença e, até mesmo, um abandono daqueles grupos que, historicamente, têm suportado quase todo o peso da liberdade.”

Defende que a nossa história constitucional deve ser tratada como um projeto aberto, com a possibilidade de questionamentos e modificações. Dessa forma, não devemos procurar modelos, mas caminhos que mostrem que diversas foram as vezes em que falsas explicações foram utilizadas como justificativas à manutenção do poder. (PRATES, 2015, p. 194).

Para Prates (2015, p. 201), caso entendamos que a garantia da liberdade de expressão se baseie na ampla e irrestrita possibilidade de integração e participação do debate público, ela também deve possuir a dimensão que, quando exercida abusivamente, gere a imputabilidade e a responsabilização. Assim, a democracia não deve fomentar a exclusão do diferente, mas o diálogo e a alteridade.

Para o autor, “garantir o mais amplo pluralismo de vozes é essencial para a autonomia dos indivíduos, já que potencializa a crítica aos atos dos governos e a saídas autoritárias.” (PRATES, 2015, p. 206). No entanto, traça uma diferença entre impedir a publicação de expressões e a responsabilização pelos danos decorrentes de tais falas, mesmo que essas consequências não sejam visíveis ou explícitas.

Defende que “qualquer restrição ao exercício da liberdade de expressão precisa estar prevista em normas previamente legisladas, além de que os fins ou objetivos pretendidos com tais interferências devem ser não só legítimos em termos discursivos, como também razoáveis e necessários, funcionando os limites como condição de possibilidade de uma sociedade democrática.” (PRATES, 2015, p. 251). Assim, é necessário que o Estado cumpra a tarefa de repelir as animosidades e de evitar contra-

dizer os próprios princípios, o que o autor trata como grande dilema das democracias modernas.

Para ele, como somos uma sociedade composta de indivíduos maiores de idade, que não necessitam da tutela estatal, é necessário que haja uma responsabilização tanto pelas ações quanto pelas omissões. Isso se justifica pela nossa capacidade de “pensar livre, com autonomia dialógica, de decidir crítica, intersubjetiva e reflexivamente sobre qual sentido de mundo e de pessoa queremos constituir.” (PRATES, 2015, p. 278).

Prates entende, tomando como base as ideias de Owen Fiss, que o estado não é somente censura, assim como o setor privado não pode ter liberdade total. Dessa forma, o Estado pode melhorar ou piorar o debate com base em suas ações, mas ficar omissos não é uma boa prática.

Para ele, a restrição não pode ser imposta nem por um soberano e nem por líderes que entendam ter projetos de vida superiores aos demais. A restrição, portanto, deve ser construída intersubjetivamente, por meio do contraditório entre os indivíduos autônomos. (PRATES, 2015, p. 301).

A intervenção estatal pode ser considerada preocupante, visto que, ao longo da história, alguns governos dominaram os espaços públicos. No entanto, alerta quanto à omissão do poder público, pois não consegue dar respostas que sejam juridicamente adequadas, já que o “risco de ‘privatização’ da dimensão da liberdade de expressão não mais advém só do poder estatal, bastando que pensemos no enorme poder de influenciar da denominada ‘grande mídia.’” (PRATES, 2015, p. 280). Apesar de dizer que a intervenção estatal na liberdade de expressão possa significar um risco, admiti-lo não deve encobrir as rotineiras circunstâncias de que alguns grupos são mais poderosos do que outros em relação à influência.

Diante disso, é importante refletir sobre a crítica de Prates aos extremismos, sobre as ideias de que o setor privado seria livre para dizer o que quiser e o Estado um opressor, sem posições intermediárias. No entanto, deixar essas definições a cargo do Poder Público pode ser arriscado, pois tais conceituações poderiam ser influenciadas pelos governantes do período e até mesmo gerar precedentes para, no futuro, ampliarem-se as restrições, fenômeno conhecido como *slippery slope*.

Sobre o exposto, propus algumas problematizações juntamente com pontos positivos sobre cada autor mencionado. O que se pode perceber como comum é que nenhum deles defende um direito absoluto, com diferenças nos casos de interferências estatal e nos motivos para a ação ou omissão do governo. Ainda, mesmo quando defendem os limites da

liberdade de expressão, esses somente podem ocorrer após o ato, sendo inadmissível a censura prévia.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como finalidade a discussão de argumentos sobre um tema tão complexo e relevante para a nossa sociedade. Em virtude do tamanho do artigo e da dificuldade de se chegar a um consenso, a proposta foi refletir brevemente sobre algumas considerações sobre a liberdade de expressão, com posicionamentos contrapostos em consonância com a ideia de sociedade plural.

Dessa forma, foram abordadas algumas das principais ideias de um dos principais pilares para o tema, o filósofo John Stuart Mill, em relação à liberdade de expressão, com o pensamento em favor de uma liberdade maior, devendo ser restrita apenas em casos em que se incite à violência ou se gere dano físico a alguém. Além dele, foi abordado Dworkin, que tinha um pensamento menos liberal que Mill, mas ainda com uma grande tendência à liberação das falas em prol de garantir a legitimidade política. Por outro lado, Waldron argumenta que os discursos de ódio e os excessos na expressão configuram prejuízos à dignidade das pessoas e que não podemos tolerar todas as falas. Francisco Prates segue uma linha parecida, em prol da liberdade de expressão, desde que contenha limites, e a favor de uma desconstrução das heranças históricas para que não sejam mantidas a exclusão e a desigualdade muitas vezes desconsideradas e reforçadas por meio do discurso.

Quanto à solução dessas questões, é quase unânime o fato de que é necessário haver limites à liberdade de expressão e de que ela não deve ser confundida com licença para fazer o que se quiser. A problemática está exatamente em quais limites são esses, embora ainda estejamos longe de uma resposta satisfatória.

Portanto, caberá ao futuro nos dizer se um dia chegaremos a um consenso ou a uma boa solução, mas, enquanto isso, é possível garantir a liberdade de expressão concomitantemente com o respeito às diversas culturas, sem a exclusão de grupos minoritários e tampouco com o silenciamento de nossa história. Afinal, conforme ensinamento popular, somos livres para fazer nossas escolhas, mas prisioneiros das consequências.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSAF, MATHEUS. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**: por que devemos tolerar ideias odiosas? Belo Horizonte: Dialética, 2019.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Americana**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

GALUPPO, Marcelo Campos. Democracia e tolerância. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; SOARES, Fabiana de Menezes (org.). **Temas de Filosofia do Direito**: novos cenários, velhas questões. Barueri: Manole, 2004. p. 221-236.

MEDRADO, Vitor Amaral. **A liberdade de expressão e a Justiça Brasileira**: tolerância, discurso de ódio e democracia. Belo Horizonte: Dialética, 2019.

MILL, Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Tradução Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Escala, 2006.

PRATES, Francisco de Castilho. **As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito**: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam. 2015. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUBD-A3XFBS>. Acesso em: 10 fev. 2021

SÁ, Mariana Oliveira de. **O discurso de ódio, o silêncio e a violência**: lidando com ideias odiosas. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Matos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

WARBURTON, Nigel. **Liberdade de expressão**: uma breve introdução. Tradução Bárbara Batalha da Silva. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

# RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL: UMA REVISÃO CRÍTICA DA LITERATURA BRASILEIRA

## CONSTITUTIONAL RESILIENCE: A CRITICAL REVIEW OF BRAZILIAN LITERATURE

Rubens Beçak<sup>1</sup>  
Guilherme de Siqueira Castro<sup>2</sup>

**Resumo:** Resiliência é uma metáfora emprestada da física, aplicada no âmbito do constitucionalismo democrático com a finalidade de se discutir a capacidade do sistema constitucional responder a crises de ordem político-social. O objetivo do presente trabalho é analisar criticamente como o termo resiliência constitucional foi incorporado no discurso constitucional brasileiro de maneira diversa, em uma tentativa de explicar o fenômeno da alta de emendamento da Constituição de 1988.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais, reforma constitucional, teto de gastos públicos, crise política-institucional.

**Abstract:** Resilience is a metaphor borrowed from physics, applied within the scope of democratic constitutionalism in order to discuss the capacity of the constitutional system to respond to crises of a social-political order. The objective of the paper is to critically analyze how the term constitutional resilience was incorporated in the Brazilian constitutional discourse in a different way, in an attempt to explain the phenomenon of the amendment of the current Brazilian Constitution.

**Keywords:** institutional guarantees, constitutional reform, public spending ceiling, political-institutional crisis

---

1 Professor de Graduação e Pós-graduação da FDRP-USP. Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo USP. Professor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Pós-graduação). Foi Secretário Geral da Universidade de São Paulo. Professor visitante da Universidad de Salamanca no curso Master en Estudios Brasileños. Contato: prof.becak@usp.br.

2 Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP / USP. Contato: guicastrosp@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

O desafio do presente trabalho é debater a resiliência da constituição de 1988. Resiliência é uma palavra que procede do latim, *resilio*. *Resilio*, significa saltar para trás, voltar saltando. Resiliência é um termo muito usado em física de materiais, desde o século XIX, e designa a capacidade de um dado material absorver energia mecânica e readquirir a forma original uma vez cessada a carga que provocou a deformação. O termo também é empregado psicologia para designar a competência de um indivíduo resistir ao estresse. Nesta toada, resiliência está associada a processos de recuperação e superação de abalos emocionais causados por situações de perigo, ameaça ou sofrimento.

Quando falamos de resiliência constitucional, estamos a falar de uma metáfora. Neste ponto, imperativo se faz uma observação. É preciso tomar cuidado com metáforas. A metáfora é um artifício retórico que facilita a compreensão de uma ideia ou conceito. Entretanto, quando superutilizada, explorada, vulgarizada, a metáfora transforma-se em catacrese e serve de artifício para o convencimento ideológico, para esconder um viés, algo que não é desejável cientificamente.

No direito constitucional, a resiliência reflete a tensão sistêmica entre direito e política que permeia todo campo de estudo e prática do constitucionalismo democrático. Nesta linha, é possível afirmar que o termo resiliência constitucional significa a capacidade de uma dada ordem constitucional de resistir à pressão ou crise política sem quebra do arcabouço jurídico-constitucional.

Nesta linha, o objetivo do presente trabalho é analisar criticamente como o termo resiliência constitucional foi incorporado no discurso constitucional brasileiro de maneira diversa, em uma tentativa de explicar o fenômeno da alta taxa de emendamento da Constituição de 1988. A hipótese de trabalho é que o termo, tal como empregado na prática constitucional brasileira, produz uma confusão entre revisão, reforma e rompimento do sistema constitucional.

## 2 RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL

Em uma primeira abordagem, de caráter universal, resiliência constitucional refere-se as hipóteses em que um Estado Democrático



de Direito vive uma crise político-institucional. Neste cenário, o sistema constitucional não consegue gerenciar ou responder a tensão política e o resultado é a deformação de direitos e da própria democracia.

Resiliência e deformação são ideias que se delimitam entre si, e no caso a ‘expressão deformação constitucional’ é aqui utilizada também como metáfora. Deste modo, deformação constitucional significa modificação ou extinção de direitos, quebra do tratamento isonômico perante a lei em relação a determinados grupos identificados como indesejáveis, e pode significar ainda um ataque ao sistema de freios e contrapesos da Constituição ou a concentração de poderes em um grupo ou líder.

Atualmente, na Europa, o tema da resiliência constitucional é muito discutido em relação a Hungria e a Polônia, Estados-membros da União Europeia que nos últimos 10 anos sofreram uma guinada política para a extrema-direita e aprovaram diversas medidas jurídicas em desconformidade com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e ao que alguns doutrinadores chamam de *rule of law* europeu (GRABENWARTER, 2018).

O tema da resiliência constitucional também está implícito em toda literatura política recente que trata do fim ou da morte das democracias (RUCIMAN, 2018; e LEVITSKY, ZIBLATT, 2018). A ascensão de líderes populista com projetos autocráticos representa um risco de desvirtuar o sistema constitucional a partir de dentro das instituições, sem uma revolução ou golpe de Estado.

Neste sentido, a presidência de Jair Bolsonaro soou o alerta no Brasil, com seus surtos autoritários e desprezo aos direitos humanos. Até o momento, as instituições democráticas conseguiram responder à ameaça autocrática no Brasil, ainda que a legalidade dos instrumentos utilizados esteja sujeita a polêmica, referimos ao exemplo do chamado “inquérito do fim do mundo do STF”.

Com as investigações do financiamento de atos antidemocráticos e de corrupção envolvendo ao menos um dos filhos do presidente, bem como com a ameaça de *impeachment* pela condução errática do governo diante da pandemia do Covid-19, a estratégia do governo Bolsonaro mudou. Agora, o presidente que se elegeu com base na retórica da nova política ancora seu governo em um grande bloco suprapartidário no Congresso Nacional, conhecido vulgarmente por “centrão”.

Em linhas gerais, o centrão é formado por congressistas fisiologistas que trocam apoio pela sustentação das políticas de interesse do Executivo por indicações de cargos em órgãos da Administração Direta e Indireta do Governo Federal, bem como por acesso a recursos do orçamento federal via emendas parlamentares.

Este bloco parlamentar fisiologista funciona como um *Kingmaker* da política brasileira. Não há como governar sem negociar com o centrão na nova República. Citamos o “centrão” como pretexto para adentrar na segunda acepção do conceito de resiliência constitucional. Será a acepção analisada pormenorizadamente neste texto, pois refere-se essencialmente a experiência constitucional brasileira a partir de 1988.

### 3 RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL À BRASILEIRA

Na avaliação de muitos cientistas políticos e constitucionalistas, nosso sistema político tem alto grau de consensualidade, sem a predominância de um grupo político sobre os demais. Em tese, este sistema político dá voz a diversos segmentos da sociedade brasileira, inclusive no âmbito federativo, o que geraria um processo decisório plural, baseado na negociação. Deste modo, a governabilidade no Brasil é baseada na necessidade imperativa do Chefe do Poder Executivo engajar-se continuamente num processo de formação de coalizões voltadas para sustentar o governo – o presidencialismo de coalizão.

A própria Constituição de 1988 seria fruto deste sistema político consensual, cujo desenho institucional privilegia um compromisso maximizador de direitos. Ou seja, ainda que à primeira vista as disposições constitucionais possam ser tomadas como contraditórias, a heterogeneidade da Carta Política, ao incorporar expectativas ideológicas das mais diversas, desde que comprometidas com o valor democracia, transformou atores políticos que eram inimigos no regime anterior em adversários que disputam a política dentro do regime democrático.

Temos que lembrar que raramente Constituições são elaboradas em contextos de normalidade institucional. Justamente, em cenário de crise e que emergem os processos constituintes com seus paradoxos insolúveis entre crise e razão. Explicamos: a crise que gera o processo constituinte não é um ambiente propício para a elaboração de uma Constituição; por outro lado, sem a emergência da crise, os agentes políticos não têm os incentivos necessários para promover alterações institucionais da magnitude que envolve a criação de uma nova Constituição (ELSTER, 1995, p. 394).

Na assembleia constituinte brasileira esses paradoxos estavam presentes. A derrocada do regime militar e a redemocratização brasileira vieram ao reboque de uma crise econômica, política e social aguda. Para-

fraseando Gramsci, a Constituição de 1988 nasceu de uma disputa entre o velho que estava morrendo, mas que desejava manter seus interesses e preservar o poder, e o novo, que almejava mudanças sociais, políticas e econômicas, mas não tinha força para nascer.

O resultado foi um pacto social assimétrico, com a previsão de direitos fundamentais e garantias institucionais (democracia, forma federativa de Estado, separação de poderes) que não poderiam ser extintos, associado a previsão de política sociais flexíveis em diversas áreas como seguridade social, meio-ambiente, educação, economia nacional. Essas políticas públicas seriam disputadas democraticamente pelos representantes eleitos do povo em cada legislatura.

Justamente neste contraste entre rigidez de direitos e preservação das regras do jogo com a flexibilidade de revisão de políticas públicas constitucionalizadas reside a ideia de resiliência constitucional no Brasil. Para setores da doutrina brasileira resiliência constitucional significa o fenômeno de manutenção do cerne da Constituição Federal de 1988, a despeito da intensa série de emendas ao longo dos 32 anos de sua existência.

Segundo Oscar Vilhena Vieira e Ana Laura Pereira Barbosa (2018, p. 387):

Nestas três décadas a Constituição foi emendada 106 vezes, o que indica, por um lado, certa “instabilidade normativa”. Por outro, no entanto, o texto demonstra enorme capacidade de adaptação. Cumpre destacar que a grande maioria dessas reformas não atingiu o cerne da Carta Magna. O sistema político e a carta de direitos encontram-se basicamente preservados.

Esta linha de raciocínio tem o mérito de explicar a alta taxa de emendamento da Carta de 1988. Entretanto, apresenta alguns problemas que trataremos na próxima seção do trabalho.

#### **4 PROBLEMAS E CONTRADIÇÕES DO DISCURSO BRASILEIRO SOBRE A RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL**

A primeira objeção que fazemos é a divisão estanque entre direitos fundamentais e políticas públicas. Salvo melhor juízo, políticas públicas servem para a efetivação de direitos fundamentais. Por exemplo, a política de segurança pública garante o exercício do direito à vida, a liberdade e a propriedade.

Assim, modificações em políticas públicas constitucionalizadas impactarão, necessariamente, na fruição de direitos fundamentais. A noção de constitucionalismo dirigente pode estar em crise, mas seria um erro crasso relacionar independência da ação estatal via políticas públicas e eficácia plena dos direitos fundamentais.

Como Virgílio Afonso da Silva já demonstrou, qualquer direito implica custos ao Estado, pouco importa se são liberdades públicas, direitos políticos ou direitos sociais (SILVA, 2014, p. 232). Modificar ou extinguir políticas públicas constitucionalizadas pode impactar, ainda que de modo indireto, o exercício dos chamados direitos de liberdade oponíveis ao Estado.

Desta forma, alterar políticas públicas via reforma constitucional não é algo trivial, tampouco não implica em regressão no sistema de direitos e garantias, especialmente após a Emenda Constitucional nº 95/2016 que introduziu em nosso sistema constitucional o teto de gastos.

Na prática, o gasto público ficou congelado por 20 anos, com o valor recomposto pela variação da inflação. Cuida-se de uma medida radical de contenção fiscal que parte da premissa que o sistema político é incapaz de alocar racionalmente o gasto público, logo deve-se estabelecer um limite quantitativo, pouco importando a qualidade do gasto público. Essa visão tecnocrática sobre o papel do Estado irá sucumbir ante a realidade. O Estado brasileiro tem deveres civilizatórios impostos constitucionalmente que, na prática, escapam ao teto de gastos.

Na atual conjuntura da pandemia do Covid-19, foi aberta a primeira exceção ao sistema de teto com o “orçamento de guerra de 2020”. Não será a última exceção, novas serão necessárias para adequar o orçamento aos ditames da Constituição, por mais que economistas defendam o contrário. A médio prazo, a tendência é um incremento do controle jurisdicional sobre o orçamento público pela falta de rubrica orçamentária necessária para a efetivação de um mandamento constitucional. A recente decisão do STF sobre o dever da União de promover o Censo é o prelúdio desta nova era de ativismo judicial referente ao direito financeiro.

A segunda objeção a teses da resiliência constitucional à brasileira relaciona-se com o primeiro conceito de resiliência aqui exposto. Não é lógico relacionar diretamente resiliência e reforma constitucional ou resiliência e a idade das constituições. Esses temas são conexos, mas não se confundem.

A constituição trabalha com cláusulas de emendamento rígidas, conforme disposto no artigo 60, §4, para proteção da essência da Carta e

cláusulas de emendamento flexível para as políticas públicas. Nesta linha, é possível falar da resiliência da Carta referente aos direitos fundamentais e garantias institucionais, jamais em relação às políticas públicas.

Por exemplo, do modelo inicial dirigista e intervencionista na economia nacional, as reformas constitucionais da era FHC transformaram decisivamente o modelo de Estado, que passou a ser regulador dos agentes econômicos, inclusive nos setores chamados de monopólios naturais (petróleo, energia elétrica, gás, fornecimento de água). A deformação da Constituição neste ponto resta patente. Não estamos a fazer juízo de valor sobre o mérito das reformas, mas a mudança foi estrutural.

Em contrapartida, as constituições duradouras são resilientes no sentido que passaram por diversas crises e conseguiram sobreviver. Isso não quer dizer que não foram emendadas, muito menos que certas reformas foram revolucionárias.

A constituição estadunidense, muitas vezes tomada como padrão ouro por leigos, sobrevive desde 1787. Enfrentou diversas crises: uma guerra civil, duas guerras mundiais, uma crise sistêmica do capitalismo em 1929, ao assassinato de dois presidentes, a renúncia de um terceiro, a corrida nuclear durante a guerra fria e recentemente à invasão do Congresso por militantes profascistas. O ambiente institucional americano é extremamente volátil, entretanto, apenas a 13ª emenda se originou, de fato, de uma dessas crises, posto que ratificada no contexto da reconstrução pós-guerra civil americana. E se analisarmos o teor da emenda, fica evidente que o texto constitucional foi melhorado ao abolir a escravidão no território dos EUA!

Ademais, pode haver uma emenda a uma Constituição que crie zonas de autarquia, com a concentração de poderes estatais em um líder autocrata ou em uma junta militar, o que é um problema de resiliência constitucional.

Temos exemplo claro em nossa história constitucional. A crise da renúncia de Jânio Quadros não afetou a resiliência da Constituição de 1946? A modificação, via emenda constitucional nº 4, de 02 de setembro de 1961, do regime presidencialista para o regime parlamentarista foi um ataque ao sistema constitucional então vigente, ainda que previsto o plebiscito. Foi uma tentativa de inviabilizar o governo Goulart por pressão dos militares e dos conservadores paranoicos com o perigo comunista. O regime de governo foi deformado, para ficar na metáfora da física de materiais, de maneira casuística, em razão da antipatia de um grupo político em relação a figura do vice-presidente.

Por outro lado, todas as constituições têm a pretensão de durar ao longo do tempo, mas há uma diferença entre teoria e prática. Constituições às vezes duram pouco. O cientista social argentino Gabriel Negretto (2012, p. 53) defende, a partir de estudos empíricos, que a taxa média de sobrevivência de uma constituição na América Latina é de 16,5 anos.

Curiosamente, um dos pais fundadores, Thomas Jefferson, foi um ardente defensor da ideia de que cada geração deveria ter o direito de formular uma nova constituição, de governar a si mesma e não ser governada pelos mortos. Jefferson, a partir de cálculos atuariais da época, chegou a um prazo de validade constitucional de 19 anos (MELO, 2013, p. 189). Levando-se em conta somente o critério tempo, a Constituição brasileira está acima da média de vida das constituições latino-americanas ou do critério atuarial jefersoniano.

Cuida-se de uma Constituição longeva para os padrões latino-americanos. Isso pode ser explicado pela alta taxa de emendamento do texto. Agora relacionar emendamento e resiliência é complicado. A Constituição muda para sobreviver, mas não é o fato de um texto constitucional ser emendado é que ditará se o sistema constitucional é resiliente ou não.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que deve ficar claro é que a reforma da Constituição faz parte do jogo democrático. Como dizia Ulysses Guimarães, “A constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma” (MELO, 2013, p. 187). Diríamos mais, a Carta Política tampouco é instrumento de opressão intergeracional. Cuida-se de uma forma institucional de atualizar a Constituição sem se recorrer a revolução, sem pôr a prova a resiliência da Constituição.

Ademais, o fato de a Constituição de 1988 ser emendada por mais 100 vezes diz pouco sobre sua resiliência. O fator chave para entender a relação entre reforma e resiliência constitucional não está nas alterações de políticas públicas, mas em questões materialmente constitucionais como organização dos Poderes e proteção de direitos.

O Congresso Nacional aprovou, via emenda constitucional, a reeleição para cargos do Poder Executivo, a alteração do regime de edição das medidas provisórias, a reforma do judiciário e, recentemente, o teto

de gastos públicos. Diante dessas reformas devemos averiguar o grau de resiliência constitucional da Carta de 1988.

Dito de outro modo, o intérprete da Constituição de 1988 deve indagar dentre outras questões:

1. as reformas criaram zonas de autarquia em nosso sistema constitucional ou, ao contrário, desconcentraram poderes aperfeiçoando o controle das instituições?
2. É possível exercer, gozar ou fruir direitos fundamentais sem políticas públicas estatais, constantemente alteradas por reformas constitucionais?
3. O sistema de teto de gastos públicos fragiliza a Constituição de 1988?

São perguntas sem resposta fácil, mas fundamentais para entender os rumos do direito constitucional brasileiro no século XXI.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, Rogério B. COUTO, Cláudio G. Constitutionalizing Policy: the Brazilian Constitution of 1988 and its impact on governance. In: NOLTE, Detlef and SCHILLING- Vacaflo. (Org.). **New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices**. 1ed.Farnham, Burlington: Ashgate Publishing, v. 1, p. 203-222, 2012.

COUTO, Cláudio G. & ARANTES, Rogério B. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 21, n. 61, 2006.

DIMOULIS, Dimitri et al. **Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual**. 1. ed. São Paulo: Direito GV, 2013. (Série pesquisa direito GV).

ELSTER, John. Forces and mechanisms in the constitution-making process. *Duke Law Journal*, Vol. 45, nº 2, p. 364-396, 1995. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol45/iss2/2>. Acesso em: 03. Abr. 2021.

GRABENWARTER, Christoph. Constitutional Resilience, **VerfBlog**, 2018/12/06. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/constitutional-resilience/>. Acesso em 04 abr. 2021.

LEON, Jose Maria Baño. La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional em la Constiución Española. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, No. 24 (Septiembre-Diciembre 1988), pp.155-179. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/44203333>. Acesso em: 09 mai. 2021.

LIMA, Jairo Néia. **Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MELO, Marcus André. Mudança constitucional no Brasil: dos debates sobre regras de emendamento à megapolítica. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 97, p. 187-206, 2013.



NEGRETTO, Gabriel. "Toward a Theory of Formal Constitutional Change: Mechanisms of Constitutional Adaptation in Latin America" in NOLTE, Detlef and SCHILLING- Vacaflor. (Org.). **New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices**. 1ed. Farnham, Burlington: Ashgate Publishing, v. 1, p. 203-222, 2012.

RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. São Paulo: todavia, 1ª ed., 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena; BARBOSA, Ana Laura Pereira. Do compromisso maximizador à resiliência constitucional. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 3, p. 375-393, Dec. 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002018000300375&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000300375&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 09 mai. 2021. .



# CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS JULGAMENTOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS À LUZ DOS PRESSUPOSTOS DO EDD: A LEI DE ANISTIA E O STATUS NORMATIVO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

Rubens Beçak<sup>1</sup>  
Francisco Camargo Leopoldo e Silva<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem como escopo investigar as possíveis consequências dos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos que consideraram a Lei de Anistia de 1979 incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil e Caso Herzog e outros vs. Brasil*), tendo-se em vista a posição hierárquica daquela Lei em nosso ordenamento jurídico, bem como o *status* normativo das normas fruto da internalização dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, mais notadamente, do *Pacto de San José da Costa Rica*, do qual o Estado brasileiro, sendo membro, reconhece a jurisdição da Corte IDH. Levando-se em conta a impossibilidade de subsistir, no ordenamento jurídico, normas conflitantes, buscar-se-á, a partir de pressupostos da construção do Estado Democrático de Direito, investigar os efeitos dessas decisões frente à Lei de Anistia (Lei n. 6.683/79), considerando-se julgamento anterior, do Supremo Tribunal Federal, na ADPF n. 153/DF, que a teve por constitucional.

**Palavras-chave:** Lei de Anistia; Recepção pela Constituição; Controle de Constitucionalidade; Controle de Normatividade dos Tratados Internacionais; ADPF n. 153/DF; Corte Interamericana de Direitos Humanos;

- 1 Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre Docente em Teoria do Estado (FD/USP). Professor Associado da Universidade de São Paulo – USP. Professor Visitante da Universidad d Salamanca – USAL
- 2 Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo

Supremacia Hierárquica das Normas Constitucionais no Estado Democrático de Direito.

**Abstract:** This paper aims to investigate the possible consequences of the trials of the Inter-American Court of Human Rights that found the 1979 Amnesty Law incompatible with the American Convention on Human Rights (Case of Gomes Lund and others vs. Brazil and Case of Herzog and others vs. Brazil), bearing in mind the hierarchical position of that Law in our legal system, as well as the normative status of the norms resulting from the internalization of the International Human Rights Treaties, most notably the *San José Pact of Costa Rica*, of which the the Brazilian state, being a member, recognizes the jurisdiction of the Court. Considering the impossibility of subsisting, in the legal system, conflicting norms, it will be sought, based on assumptions of the construction of the Democratic State of Law, to investigate the effects of these decisions in face of the Amnesty Law, from 1979, considering the previous judgment of the Supremo Tribunal Federal, ADPF 153/DF, which considered it compatible with the Brazilian Constitution.

**Keywords:** Amnesty Law; Reception of Constitutional Laws; Constitutional Review; Compliant Interpretation; Normative Control of International Treaties; ADPF No. 153; Inter-American Court of Human Rights; Hierarchy of Laws in Constitutional Democracies.

## 1 INTRODUÇÃO

A partir das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à incompatibilidade da Lei de Anistia (Lei n. 6.683/79) com o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direito Humanos), o artigo busca oferecer uma visão acerca das suas possíveis consequências frente à hierarquia normativa do Estado Democrático de Direito.

A análise, tendo em vista a Supremacia da Constituição como apanágio deste, se propõe a investigar qual é o *status* normativo dos instrumentos internacionais internalizados, frente às demais normas, e qual valor hierárquico que a Lei de Anistia, e/ou seus efeitos, assumem, com base em uma busca bibliográfica cruzada entre os julgamentos do Supremo Tribunal Federal e de fontes doutrinárias.

Assim, faz-se considerações sobre a possibilidade de, em um ordenamento jurídico consistente em uma perspectiva lógico-formal, quais os possíveis efeitos da declaração, pela Corte IDH de incompatibilidade da anistia concedida, levando-se em conta a incongruência hierárquica dos instrumentos mencionados.

## 2 DOS JULGAMENTOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE A LEI DE ANISTIA E DE SUAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO INTERNO

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, ou Pacto de San José da Costa Rica, é o mais importante instrumento de proteção regional dos direitos humanos no continente americano (PIOVESAN, 2018, p. 355).

Assinado em 1969, em vigor desde 1978, elenca uma série de direitos civis e políticos, cabendo aos seus Estados-partes “a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação. Cabe ainda ao Estado-parte adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdade enunciados” (PIOVESAN, 2018, p. 358).

A Convenção, como aparato de observância e defesa dos preceitos enunciados, apresenta a Comissão Interamericana de Direitos Hu-

manos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que, por sua vez, formam em conjunto o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIDH), sistema regional de proteção aos direitos humanos vinculado à Organização dos Estados Americanos (OEA).

A Corte, que foi instaurada em 1979 e é seu órgão jurisdicional, tem tanto função consultiva e como contenciosa, ou melhor dizendo, o objetivo de interpretar os dispositivos da Convenção e de decidir às controvérsias oriundas de denúncia de violações de direitos humanos no continente.

Cabe a esta Corte, quanto à sua atribuição interpretativa, opinar a compatibilidade de determinado preceito normativo, de algum ordenamento doméstico, em relação aos instrumentos internacionais, de forma que, em suas decisões, usa para tanto a terminologia “controle de convencionalidade das leis”.

Neste sentido, segundo Flávia Piovesan “Ressalta-se que a Corte não efetua uma interpretação estática dos direitos humanos enunciados na Convenção Americana, mas, tal como a Corte Europeia, realiza a interpretação dinâmica e evolutiva, de forma a interpretar a Convenção considerando o contexto temporal da interpretação que permite a expansão de direitos” (PIOVESAN, 2018, p. 368).

Exercendo então a sua competência contenciosa, a Corte, ao reconhecer que houve violação de direito enunciado na Convenção, por algum de seus Estados-parte, poderá (i) determinar que o Estado adote medidas para restaurar o direito violado; (ii) ordenar que as vítimas dos atos de responsabilidade do Estado sejam compensadas; (iii) reconhecer a inconformidade de algum ato ou lei internos com as obrigações internacionais assumidas pelo Estado em instrumentos internacionais.

E foi nesse sentido que a Corte procedeu com uma séria de decisões. Em 2001, no emblemático caso *Barrios Altos vs. Peru*, esta julgou as leis de anistia desse país, criadas em um período ditatorial e que concediam perdão aos agentes repressivos do governo, como incompatíveis com o Pacto de San José da Costa Rica.

Desse modo, condenou o Peru a reabrir as investigações criminais contra os agentes policiais responsáveis pelo “*Massacre de Barrios Altos*”, ocasião em que 15 pessoas foram assassinadas, e ordenou que o Estado procedesse com a reparação dos danos morais e materiais causados às famílias das vítimas.

Além de as leis de autoanistia serem incompatíveis com a Convenção, frisou a Corte, que por anos se impediu o acesso das famílias

das vítimas à justiça. Abrindo importante precedente, deixou claro quais deveriam ser os efeitos da decisão no direito interno do país:

Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.

E, manteve-se essa linha decisória em demais julgamentos, como a do caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, em se tratando dos crimes cometidos no regime de Pinochet, e, também em face da lei de anistia brasileira, de 1979.

Em 24 de novembro de 2010, no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, a Corte considerou o Brasil responsável pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de um grupo de 70 pessoas, membros do Partido Comunista do Brasil, e a execução de Maria Lucia Petit da Silva, durante o período de regime militar, e de responsabilidade de seus agentes repressivos, na operação do Exército que tinha como fim a erradicação da Guerrilha do Araguaia.

A Comissão Interamericana, sob os argumentos que os agentes que cometeram as violações aos direitos humanos não foram responsabilizados em razão da Lei n. 6.683/79 (Lei de Anistia), requereu então à Corte que reconhecesse a responsabilidade internacional do Brasil por impedir a investigação e punição dos responsáveis.

Nesta toada, decidiu-se pela “manifiesta incompatibilidade com a Convenção Americana” de forma que “as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos”. E que o país deveria proceder com a investigação e punição dos responsáveis pelos crimes que violaram os direitos humanos.

Esta decisão representou importante marco para a Justiça de Transição no Brasil, em conjunto com a Comissão Nacional da Verdade, instituído em 2011 como anteriormente mencionado, representando ambas grande avanço para a concretização do direito à democracia, que se mostra indissociável do direito à memória coletiva e à justiça tendo-se

em vista o passado autoritário do regime militar pelo qual o Brasil passou. (PIOVESAN, 2018, p. 484).

Por fim, em mais um emblemático julgamento em favor da proteção aos direitos humanos no continente, em 15 de março de 2018, a Corte julgou por unanimidade a não conformidade da Lei de Anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos, no caso *Herzog e outros vs. Brasil*.

Nesta última decisão, a Corte nos mesmos termos dos julgamentos anteriores, decidiu igualmente que os Estados não poderiam, com base nas leis de anistia criadas em regimes de repressão, se eximir de investigar e punir as violações a direitos humanos.

No tocante à compatibilidade da Lei de Anistia com a Convenção Americana, a Corte assevera expressamente que o Brasil, deveria, mas deixou de adaptar as suas normas internas aos instrumentos internacionais, fazendo menção ao não realizado “controle de convencionalidade”:

292. Desse modo, é evidente que, desde sua aprovação, a Lei de Anistia brasileira se refere a delitos cometidos fora de um conflito armado não internacional e carece de efeitos jurídicos porque impede a investigação e a punição de graves violações de direitos humanos e representa um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso e a punição dos responsáveis. No presente caso, a Corte considera que essa Lei não pode produzir efeitos jurídicos e ser considerada validamente aplicada pelos tribunais internos. Já em 1992, quando se encontrava em plena vigência a Convenção Americana para o Brasil, os juízes que intervieram na ação de habeas corpus deveriam ter realizado um “controle de convencionalidade” ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas devidas competências e das regulamentações processuais respectivas. Com ainda mais razão, as considerações acima se aplicavam ao caso sub judice, ao se tratar de condutas que chegaram ao limiar de crimes contra a humanidade. (grifos nossos)

E conclui que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 153/DF, ao considerar a Lei de Anistia como constitucional, deixou de considerar as obrigações assumidas pelo Brasil:

311. No presente caso, o Tribunal conclui que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado que encerraram a investigação em 2008 e 2009. Do mesmo



modo, em 2010, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil, decorrentes do direito internacional, particularmente as dispostas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. A Corte julga oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo a qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte, e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Partes vinculam todos os seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno.

Ou seja, alegando a inação da Justiça brasileira em não cumprir com seu dever de tornar sem efeito a Lei de Anistia, com base dos termos da Convenção Americana, a Corte fez nada mais que proceder com o controle legal da lei em face a este instrumento internacional, em substituição ao judiciário brasileiro.

Decidiu-se a partir desses termos, então, que o Estado brasileiro deveria adotar várias medidas reparatórias, quais sejam:

- i. a retomada das investigações e a instauração de ação penal referentes aos crimes ocorridos em 25 de outubro de 1975, contra Vladimir Herzog, identificando, processando, e eventualmente, punindo os seus responsáveis.
- ii. O reconhecimento, sem exceção, da imprescritibilidade dos delitos de direito internacional ou contra a humanidade

Para estes casos, aponta Valério Mazzuoli que o controle convencional feito pela Corte, no âmbito internacional, ocorre de modo complementar, ou secundário, pois a competência primeira para tanto seria do judiciário nacional.

Entretanto, frente a inépcia dantes em proceder com o controle de normatividade, em face dos instrumentos internacionais de direitos

humanos, a Corte toma para si esta competência, e, como a as suas decisões têm efeito vinculante e obrigatório aos países que reconheceram sua jurisdição, devendo a lei considerada inválida (aqui a Lei de Anistia), deixar de ter valor jurídico (MAZZUOLI, 2018, p. 184).

Nesta decisão, e naquela do Caso *Lund e outros vs. Brasil*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que o Brasil procedesse com diversas medidas, que, ao nosso ver, contribuiriam imensamente à construção do Estado Democrático de Direito em nosso país, concretizado somente através da evolução da abrangência dos direitos humanos (BEÇAK, 2011, p. 91).

Entretanto, deparando-nos com a antinomia da Convenção, a partir da interpretação da decisão vinculante da Corte, e da Lei de Anistia, afigura-nos necessário, primeiro, investigar qual o *status* normativo dos instrumentos que reconhecem a jurisdição da Corte, quando internalizados em nosso ordenamento jurídico, levando-se em consideração o valor hierárquico da Lei de Anistia, para perquirir quais seus possíveis efeitos da antinomia destes em nosso ordenamento jurídico.

### **3 DO STATUS NORMATIVO DOS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS DO VALOR HIERÁRQUICO DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Advinda a Constituição de 1988, e a nova ordem por ela trazida, intensificou-se o processo de ratificação de tratados internacionais sobre direitos humanos, tanto pertencentes ao sistema global, como, regionalmente, àquele interamericano, mais notadamente, destes últimos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, ambos ratificados em 1992.

E é com isso condizente o enfoque que a Constituição dá ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e aos direitos humanos (Art. 4º, II). Com força normativa, são o suporte axiológico que deve ser levado em conta ao ser interpretada qualquer norma de nosso ordenamento jurídico. (MAZZUOLI, 2018 p. 77-78).

E, nesse sentido, a Carta amplia as possibilidades de tutela à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, prevendo, em seu artigo 5º, §2º que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não

excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Ou seja, reconhece expressamente a possibilidade que tratados internacionais de direitos humanos venham a se tornar fontes do sistema constitucional de proteção de direitos. (MAZZUOLI, 2018, p.80).

Entretanto, a Constituição não prevê, de imediato, as condições em que cada tratado assume na hierarquia do ordenamento jurídico. Pois, se um ordenamento coerente consigo mesmo não tolera transgressões, no momento que o tratado é incorporado subordina a eficácia das normas hierarquicamente inferiores de maneira impeditiva (MIRANDA, 2011, t. 6, p. 21 e ss.).

Nesse diapasão, Canotilho aponta quatro soluções para o valor que os tratados internacionais podem assumir ao serem internalizados: valor constitucional, tomando status de norma do sistema constitucional, cuja violação implica no fenômeno da inconstitucionalidade; *valor infraconstitucional mas supralegislativo*, não podendo ser antagônico à Carta, mas com primazia hierárquica sobre o direito interno ordinário, que não pode ser a ele contrário; *valor equivalente ao das leis*, revogando as leis ordinários anteriores e estando sujeito a ser revogado pelas posteriores; e *valor supraconstitucional*, atribuindo-se valor primazia às normas de direito internacional em relação àquelas constitucionais (CANOTILHO, 2002, p. 814).

Qual das soluções deveria ser adotada no caso brasileiro foi alvo de grande debate doutrinário e jurisprudencial. Eximindo-se neste artigo de se adentrar no debate, traz-se a solução encontrada e posta em prática no nosso sistema jurídico, qual foi a adição do § 3º, no artigo 5º da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional 45 de 8 de dezembro de 2004, nos seguintes termos:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A controvérsia residia na interpretação dada ao §2 do artigo 5º supramencionado. Isto é, se bastaria a aprovação no Legislativo com maioria simples para que os tratados de direitos humanos, após concluída sua internalização, tomassem hierarquia de norma constitucional; ou se seriam

necessários os mesmos parâmetros que a Constituição Federal exige, em seu artigo 60º, §2º, para que seja emendada (MAZZUOLI, 2018, p. 82)<sup>3</sup>.

E é dessa forma que a EC/45 tenta solucionar a questão, condicionando o status de norma constitucional aos tratados de direitos humanos, à sua aprovação por três quintos dos membros de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, (MAZZUOLI, 2018, p. 84) ou seja, *quorum* idêntico ao da aprovação das emendas constitucionais. Ressaltando-se, então, que assim teriam efeito no plano interno desde que ratificados e em vigor no plano internacional (MAZZUOLI, 2018, p. 115-116).

Mas, se para a equivalência dos tratados internacionais de direitos humanos às emendas constitucionais seria suficiente o *quorum* supra mencionado, restou controversa, então, a situação hierárquica dos compromissos internacionais que entraram em vigor anteriormente à EC 45 (MAZZUOLI, 2018, p. 86).

Nesse sentido, o pleno do STF, no julgamento do RE 466.343/SP, revisando a sua jurisprudência, reconheceu o valor supralegal de todos os tratados de direitos humanos em vigor, decidindo-se pela não cabimento da hipótese de prisão do depositário infiel, como previsto no art. 5º inciso LXVII da CF, frente ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Entendeu-se, assim, que estes tratados, quando aprovados pelas duas casas legislativas, em dois turnos com maioria qualificada, ao entrar em vigor terão valor de Emenda Constitucional, conforme o artigo 5º § 3º da CF, por força da EC 45/2004.

E quanto àqueles internalizados anteriormente à referida emenda constitucional, sustentou o voto do Ministro Gilmar Mendes, que conduziu a posição majoritária no julgamento:

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os

3 Entre autores que brilhantemente defendem seu status no ordenamento pátrio, tem-se Flávia Piovesan e Valério Mazzuoli, propugnando fazerem parte do bloco de constitucionalidade, por força do art. 5º, §5º independentemente do *quorum* de sua aprovação.

Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Ou seja, embora não tenham *status* constitucional, são hierarquicamente superiores às leis ordinárias. E tratando da incompatibilidade destas com algum tratado de direitos humanos, prossegue:

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

No caso em específico, decidindo-se que não houve revogação do inciso LXVII, art. 5º da Constituição, mas que a prisão civil do depositário infiel “deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria”.

Uma vez que, havendo o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos *status* hierárquico supralegal, pois entrou em vigor anterior à EC/45, as normas infraconstitucionais com eles antagônicas teriam “sua eficácia paralisada”.

Finaliza o Ministro, então, que, para que esses tratados de direitos humanos com *status* supralegal tomassem valor de norma constitucional, bastaria que o Legislativo os aprovasse com o procedimento especial do art. 5º, § 3º da Constituição Federal, incluído pela emenda.

E nesse sentido, o Brasil, como membro signatário do Pacto de San José da Costa Rica, reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em dezembro de 1998, através do Decreto Legislativo n. 89, de 3 de dezembro de 1998.<sup>4 5</sup>

4 Embora o Brasil tenha ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992, o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana sobre Direitos Humanos dá-se como facultativa.

5 No referido decreto-lei, tem-se em seu artigo 1º: “É aprovada a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional?”. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/>

Desde então, à luz dos preceitos dos instrumentos internacionais mencionados, as decisões da Corte IDH são juridicamente vinculantes e obrigatórias ao Estado brasileiro,<sup>6</sup> tendo, a partir da decisão retro mencionada, baseadas em norma internacional internalizada em nosso ordenamento jurídico, tendo valor *supralegal*.

Ou seja, tendo-se em vista as decisões da Corte, parte-se agora para a investigação do valor hierárquico da Lei de Anistia (Lei n. 6.683/1979), a fim de se averiguar quais as possíveis consequências de sua por ela declarada incompatibilidade com a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos.

#### 4 DO STATUS NORMATIVO DA LEI DE ANISTIA

No modelo constitucional contemporâneo, a Constituição normativa se encontra no centro do sistema jurídico, com supremacia formal e material no ordenamento jurídico (BARROSO, 2011, p. 109).

A sua posição hierárquica, em relação às outras normas, decorre da soberania popular, o poder constituinte originário, que a concebe em um momento constitucional, visando à criação ou modificação do Estado.

Desse modo, a supremacia da Constituição faz com que suas normas, na posição de normas jurídicas, condicionem a validade e o sentido de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional (BARROSO, 2011, p. 323).

Insta observar que é neste sentido que, no Estado Democrático de Direito, não se pode prescindir da estrita observância do constitucionalismo para o exercício democrático (BEÇAK, 2011, p. 95-96).

---

decretolegislativo-89-3-dezembro-1998-369634-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 6 set. 2020.

- 6 Embora as decisões produzam efeitos jurídicos obrigatórios, devendo os Estados inclusive adequar a sua legislação nacional às decisões da Corte sobre direitos humanos, sabe-se que a execução e o cumprimento de decisões no direito internacional não são matéria fácil. Uma das possíveis sanções, subsistindo descumprimento das decisões internacionais pelo Estado, poderia ser a suspensão ou expulsão do Estado pela Assembleia Geral da OEA, a qual os aparatos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos são vinculados. V. PIOVESAN, FLÁVIA. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 392.

A esse respeito, nos casos em que uma nova Constituição entra em vigor, defrontamo-nos com a questão de que maneira essas normas constitucionais vão se projetar no sistema jurídico que já subsistia.

Que uma nova Constituição revoga a Constituição anterior, não há como se negar. Se o ato constituinte tem o objetivo de substituir a ordem constitucional, em favor de uma nova, não podem subsistir duas ideias de Direito ao mesmo tempo.

Jorge Miranda a denomina revogação global ou de sistema, pois age sobre todas as normas inseridas na Constituição anterior, que em sua totalidade são entendidas revogadas pela posterior.

Entretanto, prossegue, há algumas circunstâncias em normas constitucionais anteriores possam não ser substituídas, com a entrada em vigor de nova Constituição.

Chama tal fenômeno jurídico de recepção material, ficando a antiga norma sujeita à nova ideia de Direito e ao núcleo da formal da nova Constituição, mas, “a título secundário” (MIRANDA, 1996, t. 2, p. 272-273).

Não diferente é o caso brasileiro. Como lei fundamental e suprema de do Estado, a Constituição fundamenta, legitima e limita todas as normas e todos os atos integrativos do sistema jurídico estatal.

Todos as normas que fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro devem ser compatíveis a ela, ou serão inválidas, sendo este o caso com e a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 (SILVA, 2012, p. 46).

E foi nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que houve a Recepção da Emenda Constitucional 26/85, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte, e reiterou os termos da Lei da Anistia, no julgamento da ADPF n. 153/DF, que pretendia a invalidação desta uma vez que seria incompatível com a Constituição de 1988.

Decidiu-se, então, que a Lei de Anistia de 1979, tendo seu texto sido substituído pelo art. 4º da referida emenda:

Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares. § 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais. § 2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis pre-

vistos no “caput” deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

Ou seja, “constitucionalizou-se” a anistia, ao considerá-la integralmente recepcionada pela nova ordem constitucional, garantindo-lhe status de norma constitucional, superior, portanto, às demais.

Dessa forma, procede-se a análise das possíveis consequências das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo-se em vista a declarada incompatibilidade do Pacto de San José da Costa Rica e da Lei de Anistia em nosso ordenamento jurídico, com enfoque no *status* hierárquico destes, já que está foi reiterada pela Emenda Constitucional 26 de 1985, garantindo-lhe valor de norma constitucional.

## **5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A INCOMPATIBILIDADE DA DECISÃO DA CIDH COM A LEI DE ANISTIA, SOB A ÓTICA DE SEUS STATUS NORMATIVOS; E A PRIMAZIA DA CONSTITUIÇÃO PARA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Patente a nossa Constituição abarcar a possibilidade de que novos direitos e garantias fundamentais sejam incorporados na ordem jurídica, conforme o § 2º, art. 5º, estimula a efetiva aplicação dos direitos internalizados provenientes dos tratados internacionais, o que traria, dedutivamente, a possibilidade de se servir de parâmetro desses instrumentos internacionais para a expurgação do ordenamento jurídicos de demais atos e normas a eles inferiores, a partir da teoria de Hans Kelsen sobre a impossibilidade lógica de antinomias dentro de um ordenamento jurídico.

Dessa maneira, subsistiria um duplo grau de jurisdição, de forma que mesmo diante da decisão do STF quanto à Lei de Anistia, tomando-a por constitucional, figura-se como possível a discussão quanto à adequação dessa lei, perante a Corte IDH, em relação aos instrumentos internacionais internalizados pelo Brasil.

Isto é, fazendo-se possível que algum ato ou norma seja compatível com a Constituição Federal, e incompatível com alguma Convenção Internacional internalizada, devendo a validade de eventual objeto de controle de normatividade ser analisado sob ambos os parâmetros (MAZZUOLI, 2018, p. 142 e s. s.).



Para tanto, fundamental é se averiguar qual o status hierárquico assumido pelos tratados internacionais sobre direitos humanos contemplado no caso concreto. Leva-se em conta, então, a criação jurisprudencial do STF no julgamento do RE n. 466.343/SP, que reconheceu os tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos possuírem “valor infraconstitucional, mas supralegislativo”.

Neste caso, seriam abarcados tais tratados que não aprovados pela maioria prevista pela EC 45/05, com o mesmo *quorum* requerido para a aprovação das emendas constitucionais.

Em se tratando do julgamento da ADPF n. 153/DF, o Supremo Tribunal Federal considerou a Lei de Anistia compatível com a Constituição Federal. Como nas palavras do então Ministro relator Eros Graus, o debate sobre a Lei de Anistia pode se tornar “despiciendo”, pois neste mesmo julgamento a nossa suprema Corte considerou que a EC 85, que reitera e constitucionaliza seus termos, foi integralmente recepcionada pela CF.

Sendo assim, não só haveria de se discutir a constitucionalidade da Lei de Anistia, mas também da EC que a constitucionalizou, e se esta garantiu valor constitucional à anistia, conforme o julgamento da arguição citada, tendo-se em vista uma consistente hierarquia do ordenamento jurídico, somente uma norma de mesmo valor, posterior, poderia revogá-la.

Tendo o julgamento desta ação efeito vinculante e *erga omnes*, não seria possível nova discussão pelo controle jurisdicional difuso de constitucionalidade das leis, o que, de início, impediria qualquer perspectiva de apuração dos agentes de repressão, responsáveis por crimes contra os direitos humanos, cometidos durante o regime militar.

Este cenário, entretanto, se alterou com os julgamentos nos quais Corte Interamericana de Direitos humanos decidiu pela incompatibilidade dos Lei de Anistia de 1979 com o Pacto de San José da Costa Rica.

Uma vez que o Brasil reconhece a jurisdição contenciosa da Corte IDH, e o Pacto de San José da Costa Rica, do qual é membro, e este é vigente no ordenamento jurídico pátrio, as normas internas estão sujeitas à adequação em relação às decisões da Corte quanto à sua compatibilidade com o referido tratado, o que poderá se dar através do controle de normatividade jurisdicional.

Afigurar-nos-ia possível, mesmo que já se tenha reconhecido a constitucionalidade da Lei de Anistia de 1979, que se expurgasse a norma por ser incompatível com tal instrumento internacional.

Entretanto, não tendo esse instrumento internacional *status* constitucional, mas somente *supralegal*, a inconsistência se daria somente em relação às normas de valor igual (e anterior) ou inferior. Ou seja,

como o STF reconheceu, no julgamento da ADPF n. 153/DF, que a Lei de Anistia foi recepcionada pela EC 85, seria necessário que uma norma, posterior e com valor constitucional, para que, ao menos, tivesse efeito paralisante em relação a ela.

Parece-nos que, não obstante a imensa importância dos julgamentos da Corte IDH para efetividade dos direitos humanos em nosso continente, mormente que no Estado Democrático de Direito todos os atos do Poder Público devem ser condicionados à Lei, e primordialmente à supremacia Constituição, no topo hierárquico do ordenamento jurídico e que o cria e regula, sob pena do enfraquecimento de seus próprios alicerces democráticos, (SUNFELD, 2008, 40 e s.s.) o que implicaria, no caso presente, na não paralisação de uma norma de valor constitucional, ou seja, da considerada recepcionada Emenda Constitucional 26 de 1985, frente à sua incompatibilidade, consoante declarado pela Corte IDH, a uma hierarquicamente inferior em nosso ordenamento, ou seja, o Pacto de San José da Costa Rica.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, com a Emenda Constitucional n. 26/85, não somente se convocou a Assembleia Nacional Constituinte, através da qual se originou a nova ordem constitucional, a final garantida pela Constituição Cidadã; mas também se reiterou os termos da anistia, o que ao nosso ver, reforçou a sua imprescindibilidade para o processo de redemocratização.

Entretanto, perante as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à anistia concedida durante o regime militar brasileiro, passou-se a vislumbrar que, o Brasil acatando ao ali decidido, procedesse com a investigação dos agentes do governo militar responsáveis por crimes contra os direitos humanos, cometidos durante esse período, não obstante a anistia concedida.

Nota-se, nesse sentido, a impossibilidade de subsistirem duas normas legais contrárias, que, ao coexistir, representariam uma anomalia à higidez da hierarquia normativa. Assim, pela força vinculante das decisões da Corte IDH, tornou-se imperioso aqui investigar como de que modo daria seu antagonismo em relação à Lei de Anistia de 1979.

Nesse ínterim, a partir dessa decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu que os efeitos dessa foram recepcionados pela Consti-

tuição de 1988, e do valor hierárquico do instrumento internacional mencionado, *supralegal*, conforme o julgamento do RE 466.343/SP, chega-se aqui à conclusão de que a investigação e julgamento contra os agentes da repressão responsáveis por graves violações dos direitos humanos, durante o regime militar brasileiro, nos termos das decisões da Corte IDH, só poderiam ocorrer, através de controle de legalidade em face ao Pacto de San José da Costa Rica, ou de alguma decisão baseada nos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, se o Supremo Tribunal Federal se reposicionasse quanto ao *status* hierárquico dos tratados internacionais sobre direitos humanos, garantindo-lhes, independente do *quorum* de aprovação, valor de norma constitucional; ou se a Convenção Americana de Direitos humanos fosse reprovada no Legislativo, a partir do procedimento especial incluído pela emenda EC/45, no agora art. 5º, § 3º da Constituição Federal.

Somente então, ao nosso ver, vislumbrar-se-ia, a partir de uma nova ação, a discussão acerca da incompatibilidade dos efeitos da anistia política reiterada pela EC/85, não com a Constituição, mas sim por força de decisões da Corte IDH, a partir do Pacto de San José da Costa Rica, desde que esse assumisse *status* constitucional em nosso ordenamento, caso contrário, ir-se-ia de encontro ao princípio da Supremacia da Constituição, que lastreia o Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: 2011.

BEÇAK, Rubens. **Estado de direito, formas de Estado e Constituição**. In: Revista Em Tempo, Marília, v.10, p. 85-98, Revista da área de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle Jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. t. 2.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 2011. t 6.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNFELD. Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo. Malheiros, 2008.

PIOVESAN, FLÁVIA. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

## LISTA DA LEGISLAÇÃO UTILIZADA

BRASIL. Lei No 6.683, de 28 de agosto de 1979. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6683.htm). Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 26, de 1985*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1980-1987/emendaconstitucional-26-27-novembro-1985-364971-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 11 jan. 2021.

**LISTA DE JULGAMENTOS UTILIZADOS**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-1 – São Paulo. Relator: Ministro Cezar Peluso. Voto-vogal Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 - Distrito Federal. Relator: Carlos Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 11 jan. 2021.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Barrios Altos vs. Perú, 2001. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_75\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf). Acesso em: 11 jan. 2021.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Barrios Altos vs. Perú, 2001. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_75\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf). Acesso em: 11 jan. 2021.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, 2001. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf). Acesso em: 11 jan. 2021.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Gomes Lund e outros vs. Brasil, 2010. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em: 11 jan. 2021.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Herzog e outros vs. Brasil, 2018. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf). Acesso em: 11 jan. 2021.



# CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEMOCRACIA E A TECNOLOGIA: ENTRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A EMERGÊNCIA DE UM POSITIVISMO ALGORÍTMICO<sup>1</sup>.

REFLECTIONS ABOUT DEMOCRACY AND TECHNOLOGY: BETWEEN THE DEMOCRATIC RULE OF LAW AND EMERGENCE OF AN ALGORITHMIC POSITIVISM.

Rubens Beçak<sup>2</sup>  
André Luís Vedovato Amato<sup>3</sup>

**RESUMO:** A discussão aqui trazida não pretende esgotar o assunto, é um trabalho de difusão de ideias. A partir do pressuposto da resiliência da Constituição Federal ante a um cenário que emerge de crise do sistema democrático, as tecnologias e sistemas de informação e inteligência artificial aparecem como aquelas que trazem a solução. Retoma-se a discussão a relativa a construção dos elementos formais da composição do Estado Democrático de Direito, identificando o seu pressuposto de existência a partir da dogmática constitucional, para então superá-la em sua compreensão contextual histórica. Ao final a partir do marco teórico adotado contextualizado em uma revolução tecnológica caracterizada

- 1 Este texto foi baseado na apresentação feita durante o congresso da ABRAFI e baseado em capítulos de livros e artigos dos mesmos autores, em especial no capítulo “A Ascensão do Estado Instigador em Evgeny Morozov: Entre a Democracia e o Capitalismo Tecnológico, publicado na obra coletiva ANPD – Autoridade Nacional de Proteção de Dados: desafios e perspectivas, sob coordenação de Cíntia Rosa Pereira de Lima, e no capítulo A Emergência Do Conceito De Soberania Digital Na Construção Institucional-Normativa Do Estado De Democrático De Direito, na obra Inteligência Artificial e Democracia coordenada pelos Profs. Rubens Beçak e Cristina Godoy.
- 2 Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre Docente em Teoria do Estado (FD/USP). Professor Associado da Universidade de São Paulo – USP. Professor Visitante da Universidad d Salamanca – USAL
- 3 Advogado e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Internacional e Estudos Diplomáticos – CEDIN

por um positivismo algorítmico, questionando se as soluções algorítmicas apresentas são um risco a democracia, ou uma oportunidade para seu aperfeiçoamento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Democrático de Direito; Democracia, Tecnologia, Resiliência Constitucional; Constitucionalismo

**ABSTRACT:** The discussion here presented does not intend to exhaust the debate on the subject; it is a work of diffusion of ideas. Assuming the resilience of the Federal Constitution in the face of a emerging scenario of democratic system crisis, the information technologies and systems and artificial intelligence appear as those that bring the solution. The discussion regarding the construction of the formal elements of the composition of the Rule of Law is resumed, identifying its assumption of existence from the constitutional dogmatics, to then overcome it in its historical contextual understanding. At the end, from the adopted theoretical framework contextualized in a technological revolution characterized by an algorithmic positivism, questioning whether the algorithmic solutions presented are a risk to democracy, or an opportunity for its improvement.

**KEYWORDS:** Democratic Rule of Law; Democracy, Technology, Constitutional Resilience; Constitutionalism



## 1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito é dogmatizado no Título I da Constituição Federal considerando que o Brasil é uma República Federativa em sua forma de Estado, constituída em Estado Democrático de Direito, que tem todo poder emanado do povo. Ideia esta que se remete as discussões a respeito da soberania popular como fonte do poder para limitação do poder do Estado.

Em um primeiro momento histórico esta limitação da atuação ativa do estado, visava ser um contraponto ao arbítrio pessoalíssimo que vigia até então. Neste contexto tem-se a Separação Poderes do Estado para exercício de competências e funções públicas, de forma atingir a sua finalidade teleológica.

A respeito da finalidade teleológica do Estado, temos a base da ideia de bem-comum, oriundo da resposta católica aos movimentos de cunho socialista, que visa garantir o desenvolvimento integral da personalidade do individuo de forma a lhe garantir sobrevivência e progresso.

O Estado Democrático de Direito é a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos) de forma que seus elementos conceituais são: (a) criado e regulado por uma Constituição; (b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; (c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; (d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; e (e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado (SUNFELD, 2008, p. 54). A noção de Estado Social e Democrático de Direito agrega aos elementos já indicados a imposição ao Estado do dever de atingir objetivos sociais, e a atribuição, aos indivíduos, do correlato direito de exigi-lo. Segundo Sunfeld (2008, p.56). O Estado brasileiro de hoje constitui-se desta forma sendo a ele imposto o dever de atingir objetivos sociais

Devemos compreender que a garantia e o respeito aos Direitos Humanos pressupõe a existência da supremacia da lei e da existência de um constitucionalismo. Ao se falar em EDD não se fala apenas em um pressuposto dogmático constitucional, mas sim de uma construção histórico evolutiva de instituições perante uma realidade socio, político e econômica.

Conforme lecionado por Rubens Beçak, neste evento, a ideia da apresentação da temática era de como a constituição e a forma que hoje é confundida, o valor da constituição e o valor da democracia. O valor da constituição e o valor da democracia, do ponto de vista histórico, apareceram no mesmo período histórico advindo da Era das Revoluções.

Democracia e Constituição são coisas diferentes. Entretanto, a Constituição no Brasil é um garante fundamental da democracia Brasileira, tal qual ela foi posta e idealizada no momento da refundação brasileira em 1988 o papel de uma constituição nos moldes que ela se propõe.

A Constituição Brasileira surge a partir de um movimento de descentralização do poder e uma coordenação de conflitos sociais decorrentes de uma transição política que influenciou diversos atores políticos, institucionais, corporações, sociedade civil organizada em um contexto de fragmentação política e ausência de visão hegemônica sobre o país. Segundo o Professor isto explica a natureza compromissaria e individualista adotada ao ponto de buscar a maximização de interesses e prerrogativas de atores e grupos determináveis no âmbito da formação do corpo constitucional.

Ainda que haja pessoas que a considerem uma constituição em implementação pois muitos direitos não foram efetivados, entretanto o aspecto principiológico, o núcleo fundamental se mante e permanece e suas inflexões próprias. A despeito da existência de mais de cem emendas, entretanto o que se pode perceber é a existência de uma estabilidade já construída nesta pequena tradição democrática, mantem-se um núcleo duro do bloco constitucional composto pelos direitos fundamentais o sistema democrático pela federação, pela organização dos poderes ficou preservado.

## 1.1 A Democracia Deslegitimada

A tradição elencada na construção das instituições da republica, fortalece a existência de freios e contrapesos, a partir de eleições livres e periódicas, imprensa independente, e oposição livre e organizada. Pois bem, aqui temos o pressuposto do EDD. Aqui esta o ponto da crise atual da democracia.

Em 2019 no CONPEDI de Belém do Para foram discutidos em Painel sobre os Cem Anos da Constituição de Weimar o Prof. Jose Adécio que a ideia da crise do sistema democrático é advinda de uma perda de legitimidade do sistema de direitos sociais causados por uma crise de

escassez de recursos e da interdependência de investimentos, que leva a uma carência as necessidades da população.

O professor José Adécio, identifica em três elementos, a causa do descrédito da efetivação, principalmente dos direitos sociais. Para ele está ocorrência advém da ingovernabilidade financeira causada pelo Estado Social, a Mudança de Percepção paradigmática em relação aos valores sociais e uma crise de conceitos associados a um positivismo legislativo derivado de um legislador que não representa o legítimo interesse da população em sua forma mais ampla.

## 2 A SUPERAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

### 2.1 A Revolução Digital: uma perspectiva cética e pessimista

A tese que busca afirmar é que estamos vivendo um período de transição do Estado Democrático de Direito para um modelo de Estado Instigador Positivista e Algorítmico. Por isso, devemos analisar de uma forma transgressiva para não cair no pecado da mera transposição de modelos alienígenas, para tanto faz-se necessária a compreensão da prática política existente, a efetiva divisão do poder, ademais de realizarmos reflexões minuciosas a respeito do balanceamento da ordem de poder e da sua forma de imposição cultural.

O que se pretende chegar é a discussão do modelo de ascensão do Estado Instigador, baseado em algorítmicos, aplicativos e inteligência artificial, que implica em uma política de gerenciamento de efeitos ignorando as causas profundas dos problemas sociais. Alega-se em um falso tecnicismo uma eficácia de custos transacionais pós-ideológicas que visa superar a política pela própria tecnologia da informação

O pesquisador cético Evgyny Morozov questiona se essa evolução ao positivismo rumo a uma pretensa objetividade advinda da combinação do domínio de dados empíricos com a racionalidade implica na simplificação da realidade complexa das relações humanas simplificando narrativas complexas e determinando a partir de formulas matemáticas e algorítmicas relações e explicações monocasuais de uma realidade.

Está-se diante de um cenário de irreversibilidade das tecnologias digitais, havendo um pessimismo de como isso será incorporado, dependendo da forma da tecnologia jurídica e da cultura democrática utilizada,

ter-se-á diversas formas do controle social. Na simplificação das explicações o dissenso não tem mais espaço, emerge uma implicação autoritária de uma ideologia limitante pela transmissão do pensamento desejável: raso e superficial para aceitação ampla.

Então porque se falar que estamos diante de uma revolução digital? E Como esse assunto influencia o debate entre a crise e a resiliência democrática? Cabe ainda nos questionarmos se a CRFB/1988 está preparada para lidar com esse novo paradigma político tecnológico?

O pessimismo cético do autor bielorusso prevê a uma privatização de estado de bem estar social. Esta e outras funções sociais do estado seriam assumidas e executadas por meio de empresas de tecnologia que detém os melhores algoritmos de inteligência artificial e que são baseadas em uma nova identidade política e cosmopolita fomentada por modelos econômicos flexíveis, descentralizados; uma realidade baseada na otimização de processos produtivos que gerem custos marginais menores por meio da produção e uso da internet das coisas, descentralização dos processos produtivos ante aos recursos socio-ambientais e até mesmo a redefinição das instituições do próprio estado de bem estar social que da forma que se apresenta hoje e pelo domínio dos dados e tecnologias.

Há o risco de transformação de uma sociedade democrática em uma sociedade de controle, executada pelo uso e oferecimento de dados e metadados extraídos individualmente por meio de atividades periféricas de nossas vidas e nos colocando como cobaias em experimentos de coletas de dados, por meio de testes gerados pela própria inteligência artificial de forma autônoma.

Esta visão cética e pessimista não é considerada por todos. No já citado CONPEDI, o Prof. Fernando Hartman, entende que a inteligência artificial será considerada a energia elétrica do século XXI. Ela representa uma alteração dos paradigmas e valores sociais levando a eficiência produtividade e a métrica como forma de concretização dos direitos fundamentais e de acesso a justiça, trazendo uma perspectiva multidisciplinar de uma visão estratégica, com acurácia e eficiência não só superando a capacidade cognitiva humana, mas trazendo uma completude reproduzindo a realidade em função de fatos, dados e aspectos pré-definidos a partir de padrões identificados e preditos, que permitem uma maior e melhor tomada de decisão, baseado em fluxos de gestão de dados.

Morozov, crítico a está visão fala que de fato tem-se a concretização de um programa político em formato tecnológico de aplicativos sensores e ciclos infinitos de retroalimentação de dados individuais buscando apenas verificar e controlar os efeitos políticos e sociais, sem co-

nhecer as causas e as possibilidades, influenciando em uma política de controle que leva a uma forma política distópica e corrompida, na qual a lei é aplicada em forma perfeita em tempo real, atuando as atividades de forma preventiva em um sistema conectado e centralizado de controle estabelecimento de limites regularização, encaminhamento de fluxos e alternativa em troca de proteção, segura e estabilidade

## 2.2 O Estado Instigador de Bem Estar Digital Privado

Basicamente, a partir da internet concretiza-se um ambiente de controle panóptico perfeito. Mas como chegar a esta conclusão, como e de qual forma esse controle no Estado Indutor é dado?

Pressupõe-se que estamos diante de um Estado pós-capitalista, com o trabalho tendo sido grande parte pela automação, desta forma, há uma substituição do salário por uma outra forma de renda baseada em universo de realidade hightech digital privado.

É identificada uma substituição das necessidades do estado de bem estar social, causada por um esgotamento material e um desafio contínuo na produção de meios tecnológicos. Com a diluição do controle estatal para as empresas, emerge uma sociedade um sistema de valores e reputação com o ressurgimento de hierarquias sociais.

Por meio desta visão pessimista a lógica do estado de bem estar social de estabilizar o capitalismo por meio da socialização do risco é substituída por uma lógica de colonização tecnológica identificando a organização conjunta onde a identificação conjunta de dados passa a ser vendida como lucro para empresas que precisam deles para seus fins, estendendo a posse privada de seus dados a estes entes privados que passam a ter um poder maior que o próprio estado.

O ambiente tecnológico armado de tecnologias digitais que internaliza princípios de uma autoajuda pragmática, implicando na ideia de soluções criativas e disruptivas para superação de dificuldades a partir de um excedente inovador visando o lucro. Entretanto, o custo disto é que todas as relações sociais passam a ser registradas e avaliadas, implicando um apagamento das diferenças nos domínios sociais, por uma retroalimentação capaz ou não de proteger pessoas a partir de sua própria tecnologia.

### 3 ALGUMAS PERSPECTIVAS QUANTO A DEMOCRACIA E A TECNOLOGIA

Ainda que nefastas, as consequências políticas desse modelo são as reduções de oportunidades, visto que as mediações dos projetos públicos por meio da intermediação de provedores digitais, ficam limitadas a interesses econômico, ante a concentração de riquezas e poder relativo aos dados concentrados nas empresas de tecnologias.

As características desse mundo digital não passariam mais pela incapacidade do ser humano em controlar as próprias falhas, seria um sistema permanente no qual a liberdade ela é substituída pela racionalidade algorítmica, com um fundo em questão de buscar negar as origens econômicas de parte dos problemas de hoje, negando, também a existência de uma corrupção inerente ao exercício profissional mercadológico levando a uma frustração social as relações políticas.

### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para dentro destas considerações para termos um sistema realmente democrático devemos ter em mente que o mundo é imperfeito e incompleto, não há respostas definitivas para as questões políticas, questões práticas devem ser resolvidas por meio da deliberação, o debate deve ser capaz de aproveitar das imperfeições sistêmicas da melhor forma possível, deve ser fornecido amplitude institucional de manobra política, deve-se buscar uma explicação casual para os problemas sociais construídos pelas diversidades das experiências narradas.

A regulação algorítmica como mecanismo de tecnologia de desenvolvimento implica na necessidade de desenvolver tecnologias que respeitem o espírito, se não a forma institucional do bem estar social, preservando o compromisso com vistas a oferecer condições para a prosperidade humana, garantindo estabilidade e condições para o surgimento de comunidades políticas em torno de causas e questões relevantes a partir de uma infraestrutura de comunicação necessária de livre acesso e difícil rastreamento, aberta para usos novos e subversivos de forma que se consiga impedir o extrativismo de dados, a mediação digital de tudo, um novo consenso algoritmo e um processo de emancipação da coleta predatória de dados similar a distopias extremas.

A democracia não é o sistema da mais perfeita eficiência, é o sistema da construção deliberativa no qual as minorias têm seus valores considerados.

# TEORIA DO DISSENSO E CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO<sup>1</sup>

## THEORY OF DISSENT AND CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM

Denis de Castro Halis<sup>2</sup>

**ABSTRACT:** To dissent implies not only to have a possibility but also to make a choice to divergently speak out or behave in face of the opinions or conducts of others. The dynamics of dissent are not sufficiently studied despite their tremendous importance in times of social and political polarization. In addition, digitalization provides new channels and types of expression, new forms of surveillance, and new ways of reacting in relation to dissenting behavior. It raises questions on how to balance new individual and societal benefits against rights and freedoms that protect dissent as an engine of innovation and error correction.

**KEYWORDS:** Theory of dissent; constitutional theory.

- 1 Este texto foi baseado na apresentação feita durante o congresso da ABRAFI e baseado no artigo: HALIS, Denis de Castro. Digitalization and Dissent in Legal Cultures. Chinese and Other Perspectives. In: Naveiñ Reet: Nordic Journal of Law and Social Research (NNJLSR), No. 9, 2019 (2020), pp. 127-152. [<https://tidsskrift.dk/njlsr/article/view/122155>].
- 2 Professor do Mestrado e Doutorado (PPGD) UNESA, Rio de Janeiro; Professor Associado Externo do Centre of European and Comparative Studies (CECS) - Fac. Law- University of Copenhagen, Dinamarca. Na China, é professor visitante do Mestrado em International Business Law da Fac. Direito da Universidade de Macau, onde foi professor concursado por mais de uma década após lecionar na Shanghai University of Finance and Economics e na Jiaying University. Atualmente, é trustee da Asian Law and Society Association (ALSA) e seu membro executivo. É também membro executivo do Collaborative Research Network (CRN) 01 e membro do CRN 33 (East Asian Law) da Law and Society Association (LSA). É fundador do International Research Collaborative (IRC) The State and the Corporation as Legal Fictions: Original Nation and Dissent (LSA). É também organizador de sessões no IVR (International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy) desde 2015, membro do International Society of Public Law (ICON-S), e membro da Comissão de Direito Internacional da OAB-RJ.

**RESUMO:** Dissentir implica não apenas ter uma possibilidade, mas também fazer a escolha de falar ou se comportar de maneira divergente diante das opiniões ou condutas dos outros. A dinâmica do dissenso não é suficientemente estudada, apesar de sua enorme importância em tempos de polarização social e política. Além disso, a digitalização fornece novos canais e tipos de expressão, novas formas de vigilância e novas maneiras de reagir em relação ao comportamento dissidente. Ele levanta questões sobre como equilibrar novos benefícios individuais e sociais com direitos e liberdades que protegem o dissenso como um motor de inovação e correção de erros.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria do dissenso; teoria constitucional.



## 1 PERGUNTA CHAVE

Como equilibrar novos benefícios individuais e sociais com direitos e liberdades que protegem o dissenso como um motor de inovação e correção de erros? Estudiosos escreveram sobre a relevância intrínseca do dissenso em termos de tipo “positivo” ou “certo”, versus tipo “negativo” ou “errado”. A apresentação serve para discutir minha hipótese de que esses rótulos envolvendo dissenso são facilmente instrumentalizados em lutas de poder e instituições para servir como propaganda e propósitos políticos de promover ou silenciar vozes dissidentes.

As dinâmicas do dissenso não são suficientemente estudados, apesar de sua enorme importância em tempos de polarização social e política. A apresentação foi construída a partir de uma investigação sócio-jurídica teórica e empírica sobre o dissenso, suas manifestações e reações a ele. Além disso, reflete um esforço contínuo para categorizar o dissenso, abordar sua importância e formular um conceito abrangente que permanece ausente na literatura. Além disso, o nível crescente de digitalização testemunhado hoje levanta sérias ameaças ao dissenso e isso afeta a possibilidade, bem como a coragem de dissidir.

O Brasil oferece uma boa ilustração da digitalização em instituições governamentais (especialmente no judiciário) e como a rápida digitalização está permitindo novas formas de denúncia e disseminação de informações que, de outra forma, permaneceriam secretas.

## 2 CONCEITUALIZANDO O DISSENSO E CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Dissidir implica ter a possibilidade e a coragem de fazer a escolha de falar ou se comportar de maneira divergente diante das opiniões ou condutas dos outros. A divergência inerente, uma parte essencial do conceito, pode oferecer alternativas importantes para as perspectivas existentes ou fortalecer os fundamentos das existentes questionando as suposições das pessoas. Considero “dissenso” a iniciativa de um comportamento que oferece outra visão, outro sentido ou outra forma de sentir para o comportamento e realidade existentes, em vez de apenas implicar um comportamento rebelde ou transgressivo. O termo “comportamento”

é mais apropriado do que “ação” porque o dissenso também pode acontecer por meio de uma omissão (ou seja, uma não ação) que reduz as expectativas usuais para uma determinada ação. Em uma manifestação de apoiadores nazistas, por exemplo, uma pessoa que se recusasse conscientemente a saudar o Fiihrer e parasse para mostrar sua desaprovação estaria discordando por não seguir a ação esperada da multidão. Esse é um exemplo de dissenso por omissão.

Os dissidentes que promovem mudanças em todo o mundo são freqüentemente vistos como criadores de problemas e frequentemente pagam um preço alto por suas opiniões ou comportamento - mesmo quando o dissenso é formalmente protegida por regras legais. Com seus comportamentos individuais ou coletivos, os dissidentes podem ser catalisadores importantes de mudanças sociais que beneficiam a muitos (ou seja, os vencedores do Prêmio Nobel da Paz geralmente começaram como dissidentes). O constitucionalismo contemporâneo preocupa-se com diferentes liberdades e salvaguardas políticas de relevância porém acaba por não perceber o dissenso como sendo o coração daquelas mesmas liberdades e salvaguardas.

Uma longa tradição de teóricos sócio-jurídicos, no entanto, desenvolveu ideias em torno ou como um meio para alcançar diferentes formas de “consenso”, “ordem” e “unidade”. Esses teóricos incluem os contratualistas, Auguste Comte, Émile Durkheim, John Rawls e Jürgen Habermas. Todos eles, em maior ou menor grau, enfatizaram a ideia de consenso em vez de dissenso. Ambas as idéias, no entanto, precisam coexistir e são cruciais para sociedades que desejam promover os ideais democráticos.

O fato de vários estudiosos usarem o termo “dissenso”, mesmo nos títulos de suas obras, não faz muita diferença. O termo permanece ambivalente e bastante indistinto de vários outros conceitos, que são apenas coincidentemente equivalentes. O termo é freqüentemente usado sem uma caracterização adequada e como sinônimo de muitas outras noções, incluindo desobediência, protesto, resistência, desvio, movimento social, transgressão, liberdade de expressão e conflito. Até os objetos foram rotulados como “objetos dissidentes”, conforme visto em uma exposição de 2018 sobre dissenso no Museu Britânico, em Londres, Reino Unido. Para aumentar a confusão existente, “dissentir” pode ser um verbo (discordar), com seu antônimo correspondente sendo “consentir” (consentir), ou pode ser um substantivo com um significado oposto a consenso. Na verdade, se um grupo não consegue chegar a um consenso sobre um determinado tópico, então diríamos que há dissensão dentro

do grupo. Portanto, a confusão conceitual não ajuda a destacar o papel dos dissidentes e a inovação que muitos dissidentes trazem.

No entanto, pouco foi escrito sobre os atributos e diferentes formas de dissenso, e os autores contemporâneos analisam apenas formas e tipos específicos de dissenso. Para preencher essas lacunas na literatura, tenho desenvolvido e oferecido uma estrutura classificatória de dissenso, uma tipologia, baseada em uma série de fatores. Entre outros fatores, eles incluem: seu tipo (por exemplo, político, religioso, judicial), motivação (por exemplo, altruísta, egoísta), objetivo (por exemplo, perturbador, construtivo), forma de expressão (por exemplo, pacífica, violenta, oculta, aberta, por ação ou por omissão), seu promotor (por exemplo, um indivíduo, um movimento, uma instituição, uma minoria ou maioria), resultado (por exemplo, bem-sucedido ou não) e reação (por exemplo, supressiva, de apoio).

Além das razões políticas relacionadas ao fato de que o dissenso é o cerne dos direitos e liberdades políticas (por exemplo, liberdade de expressão e manifestação) e da deliberação democrática, há razões conceituais e epistemológicas para uma atenção renovada a ela. Eu sigo a ideia de ruptura epistemológica de Gaston Bachelard - ou seja, a ruptura com o conhecimento existente, em vez da acumulação em um processo de justaposição, é a principal força que impulsiona o conhecimento científico. Na estrutura de Bachelard, o conhecimento existente é um “obstáculo epistemológico”. O dissenso, portanto, pode ser uma forma de superar esse obstáculo, desencadeando inovações técnicas, sociais, políticas e teóricas, e sendo um catalisador de mudanças. A inovação implica algum grau de ruptura com o que já existe: sejam formas de pensamento e comportamento, formas tradicionais ou padrões aceitos. Conseqüentemente, a compreensão da dinâmica do dissenso pode aumentar a possibilidade de inovações futuras importantes. Opiniões judiciais divergentes, por exemplo, podem indicar formas inovadoras de pensamento que mais tarde seriam apropriadas e se tornariam o novo padrão (como foi o caso em relação, por exemplo, ao famoso juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos Oliver Wendell Holmes, que ficou conhecido como “o grande dissidente”). O dissenso política pode forçar uma maior responsabilização das autoridades e provocar decisões em sintonia com os desejos do povo, levantando questões, questionando, oferecendo propostas alternativas. Também pode provocar reações repressivas mais fortes das autoridades no poder, como visto em Hong Kong e em muitos outros lugares onde o poder político é assegurado principalmente pela violência e não por meios legítimos.

Os estudiosos argumentaram e sustentaram que, ao desafiar a conformidade social, o dissenso tem o potencial de corrigir erros e quebrar cascatas de informações errôneas (por exemplo, notícias falsas) facilmente vistas devido à popularização das mídias sociais e operar contra a polarização e o extremismo. Alguns argumentam que, ao encorajar o dissenso, a heterogeneidade e a troca de pontos de vista, as instituições podem melhorar seus processos de deliberação interna. Encorajar canais de dissenso e proteção de dissidentes pode permitir a divulgação máxima de informações (por exemplo, denúncias) e isso pode resultar em decisões políticas sólidas. No geral, alguns argumentam que a existência de dissenso aumenta o consenso democrático.

Para apoiar o argumento de que o nível crescente de digitalização traz inúmeras mudanças sociais e essas incluem sérias ameaças ao dissenso devido ao impacto sobre a possibilidade e a coragem das pessoas de discordar, a seção a seguir discute o significado e aspectos práticos importantes da digitalização.

## CONCLUSÃO

Esta apresentação ofereceu uma visão de dissenso e dissidentes como catalisadores importantes de mudanças sociais. Vê-los meramente como encrenqueiros, egoístas, desleais implica uma falta de conhecimento sobre fatores importantes como seus papéis, motivação, objetivos e, muito importante, o contexto em que seu comportamento é avaliado. As divergências que propõem mudanças e inovações, e as reações que elas produzem, são temas relevantes de um campo interdisciplinar de pesquisa com o qual esta apresentação buscou contribuir.

O dissenso não é necessariamente um ato de subversão e não necessariamente um ato de natureza individual ou não individual em sua base. Em termos sociológicos, é mais um fato social do que um comportamento individualizado. Ele só pode ser verdadeiramente compreendido e até mesmo definido na prática dentro de um conjunto de circunstâncias sociais, e não no desligamento de uma realidade específica. A mesma iniciativa dissidente pode ser considerada um comportamento muito necessário e heróico em um determinado contexto ou um comportamento odioso de desconformidade em outro.

# O CONCEITO DE REALIDADE PARA O DIREITO: UMA LEITURA A PARTIR DE HANS BLUMENBERG

## THE CONCEPT OF REALITY FOR LAW: A READING BASED ON HANS BLUMENBERG

Luiz Filipe Araújo Alves<sup>1</sup>

“Tudo para nós está em nosso conceito do mundo; modificar o nosso conceito do mundo é modificar o mundo para nós, isto é, é modificar o mundo, pois elle nunca será, para nós, senão o que é para nós. Aquella justiça intima pela qual escrevemos uma pagina fluente e bella, aquella reformação verdadeira, pela qual tomamos viva a nossa sensibilidade morta — essas coisas são a verdade, a nossa verdade, a unica verdade.”

Fernando Pessoa, *Livro do Desassossego* (PESSOA, 2013, p. 377)

**RESUMO:** Este trabalho pretende explorar o conceito de realidade para o direito a partir de uma chave leitura não muito convencional, ou, ao menos, a partir de um autor pouco estudado no direito: Hans Blumenberg (1920-1996). Além de elementos básicos deste pensador alemão do século XX, serão explorados alguns aspectos da história da palavra “realidade” em contraste com o termo respectivo em língua alemã. Deste modo, será possível visualizar em que medida se tem consciência das camadas de sentidos quando do uso do termo ao se referir ao vocábulo “realidade” para o direito.

**ABSTRACT:** This paper intends to explore the concept of reality concerning jurisprudence from an unconventional reading perspective, or at least from a rarely discussed author in jurisprudence: Hans Blumenberg (1920-1996). Besides basic elements of this German scholar of the 20th century, some aspects of the history of the word “reality” in contrast with the respective term in the German language will be explored. In this way,

<sup>1</sup> Professor Adjunto de Filosofia do Direito e Teoria do Direito na Universidade Federal de Viçosa. E-mail: luiz-filipe@ufv.br

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FILOSOFIA DO DIREITO E SOCIOLOGIA DO DIREITO

it will be possible to understand to what degree one is aware of the layers of meanings when using the term when referring to the word “reality” for jurisprudence.

**PALAVRAS-CHAVE:** Realidade – Blumenberg – Direito – Efetividade

**KEYWORDS:** Reality - Blumenberg - Law - Actuality

## 1 INTRODUÇÃO

*Quod non est in actis non est in mundo.* Este antigo brocardo, mesmo com alguma oposição, seria um conceito negativo de realidade jurídica. A partir desta perspectiva a realidade do direito se constituiria em uma forma específica e com alguma materialidade, ou seja, as partes e o juiz se manifestariam dentro dos autos e a pretensão de verdade em relação à questão jurídica estaria fixada por meio dos autos. Todavia, hoje seria questionável referir-se a apenas uma realidade jurídica. O processo e sua formalização seriam apenas momentos e fragmentos narrativos de eventos únicos e irrepetíveis ocorridos no passado e que em dado momento seriam delimitados, relidos e representados a partir dos olhos dos juristas enquanto fatos e atos jurídicos por meio de hipóteses normativas. Esta releitura da realidade (jurídica) é empreendida por meio do aparato cognitivo humano, das ferramentas epistemológicas desenvolvidas, pelas mídias e tecnologias à disposição.

No interior dessa visão do mundo do direito, considerando que os saberes jurídicos se desdobram em pluralidades e diversidades de contextos e práticas, já seria mais adequado referir-se à existência de realidades jurídicas (AUGSBERG, 2015, p. 73). Em todos os casos, qualquer investigação sobre tais realidades para o direito perpassam o seu caráter linguístico, seja descritivamente, seja normativamente. A pretensão de articulação linguística de todas as realidades, ao menos em seu potencial descritivo, é mais complexa do que gostaria de aceitar a tradicional ciência e filosofia do direito. Neste sentido, o papel da linguagem (de modo geral) e da linguagem jurídica (de modo particular) nas correntes tradicionais do direito é bastante restrito. Considere-se, por exemplo, a posição de Kelsen sobre a linguagem dentro da Teoria Pura do Direito, ou mesmo avanço da posição de Hart em o Conceito de Direito, ainda é apenas um ponto de partida para uma antiga questão filosófica.

Tomaremos aqui um ponto de partida não convencional para refletir sobre o problema das realidades do direito, porquanto a realidade do direito nunca o é realidade no sentido tradicional. Ela é uma referência a uma teia de textos e a relatos de eventos hipotéticos, ou já ocorridos, sob um ponto de vista linguístico. Ressalta-se que a linguagem aqui não é um problema tomado do ponto de vista estruturalista, entre língua e fala, por exemplo, mas numa tese mais radical: a filosofia do direito possui uma realidade linguística, pois a linguagem constitui a “realidade”

do direito. Entretanto, sem ela mesma ser essencialmente desvelada pela linguagem, já que o vocabulário essencialista ainda predomina no direito. Quanto a isso, os problemas como da natureza jurídica dos institutos ou mesmo da dignidade da pessoa humana – ambos ainda demasiadamente essencialistas, para não dizer ontológicos – revelam certas incompreensões da filosofia do direito quanto aos seus problemas.

O caractere linguístico da assim chamada realidade do direito revela não apenas a dimensão histórica do fenômeno jurídico, mas também sua dimensão retórico-filosófica. Assim, sobretudo por ser agonística, a realidade do direito é por sua vez retórica. Esse elemento transforma a intersubjetividade do fenômeno jurídico de modo bastante peculiar, pois o direito enquanto problema teórico, o qual já era um contexto prático mesmo em sociedades arcaicas, nasceu concomitantemente com a retórica e a filosofia como modos de reflexão e de solução dos problemas humanos. Todavia, o direito não se tornou objeto autônomo no seu nascedouro no mundo clássico, para alcançar isso ele foi manipulado e transformado pela retórica, esta, por sua vez, tomada historicamente como o outro lado da filosofia. As incompreensões mútuas entre filosofia e retórica encontram-se ainda longe de um consenso, mas os esforços de aproximação foram mais intensos nos últimos 200 anos do que nos outros 2.000 anos que nos separam do início do período clássico do direito romano, por exemplo, quando ainda havia certa integração da retórica e da oratória ao serem ensinadas lado a lado do que hoje chamamos direito.

A tradição jurídica sempre quis se aproximar mais da filosofia do que da retórica, sendo uma forma de negação das próprias origens. Já que é inegável que o discurso — e o embate — forense no período clássico, seja grego ou romano, foi a base para o desenvolvimento do direito enquanto problema autônomo de outras normatividades, como os costumes em sentido amplo e a própria religião. Além disso, sempre houve maior crença na justiça como correlata da verdade do que como solução contingencial de um conflito, portanto, historicamente determinado por certas fixações de sentido sobre lícito e ilícito, ou devido e não devido, por exemplo. Neste horizonte de tensões entre filosofia e retórica, o direito se põe no meio deste campo em diversas sendas, algumas mais ontológicas, outras mais retóricas, para utilizar a divisão proposta por João Maurício Adeodato (2014, p.7-8).

Por isso, neste campo de incompreensão mútua entre filosofia e retórica, dialogaremos com um pensador que não é versado nas artes jurídicas, mas que se dedicou durante décadas ao conceito de realidade



de forma bastante interdisciplinar para as humanidades. Hans Blumenberg (1920-1996) é um dos pensadores do século XX que inicialmente ficou restrito aos círculos mais especializados durante sua produção em vida e nos últimos anos tem despertado o interesse de estudos, especialmente na Europa, Estados Unidos e Israel. Na filosofia do direito sua recepção, em particular entre nós, é relativamente precoce, pois já na década de 90 do século passado era um dos referenciais utilizados pela retórica jurídica de João Maurício Adeodato (1996, p. 200-205). Mesmo assim, a recepção de Hans Blumenberg ainda está distante da difusão de contemporâneos e seus interlocutores em vida, como Hans-Georg Gadamer, Carl Schmitt ou Jürgen Habermas, que ainda são referências importantes para o direito<sup>2</sup> contemporâneo.

## 2 HANS BLUMENBERG E O CONCEITO DE REALIDADE

Hans Blumenberg é um dos autores que promoveu um novo olhar sobre a retórica de maneira filosófica no século XX. Para além das referências comuns para o direito, como Theodor Viehweg e Chaïm Perelman, que são aparentemente mais conhecidos pelo direito brasileiro, existe toda uma tradição que, concomitantemente a esses juristas, promoveu uma renovação nos estudos retóricos. Autores, seja da tradição analítica ou continental, como I. A. Richards, Ernst Curtius, Ernesto Grassi, Stephen Toulmin, Richard Weaver, Kenneth Burke, Heinrich Lausberg, Michael Meyer, Josef Kopperschmidt ou Peter Oesterreich, renovaram e expandiram os estudos da retórica para além dos domínios da retórica literária, adentrando na retórica política, retórica da comunicação etc.

No interior desse campo de ideias, dialogamos com uma tradição que toma a retórica não apenas como uma técnica do discurso, mas como propriamente um modo de se pensar problemas filosoficamente. Dentre esses problemas encontra-se a discussão sobre a realidade para a tradição retórica entre *res* e *verba*. Por isso, adentraremos propriamente sobre o tema da realidade que perpassa a obra de Blumenberg. Deve-se ressaltar o fato de que a retórica tenha emergido como um interesse incidental para exemplificar uma elaboração da antropologia filosófica, já que Blumenberg *não seria considerado um retórico, ou um especialista na*

2 Para uma brevíssima introdução ao contexto da recepção de Blumenberg no Brasil, especialmente quanto a metaforologia, cf. ALVES, 2020.

*Ars Rhetorica*. Pois, a retórica, assim como a antropologia filosófica, foi tantas vezes negligenciada pela filosofia no século XX, seja com Edmund Husserl ou Martin Heidegger, que são dois autores importantes na formação intelectual das correntes filosóficas europeias do último século, e em particular o itinerário filosófico de Blumenberg.

Assim, uma abordagem sobre as “Realidades em que vivemos” é tema que motivou o próprio título de uma coletânea de artigos publicada em 1981. Todavia, apesar do título “Realidades em que vivemos”, o problema das relações entre mundo e realidade não é tocado de fato nos estudos ali compilados. O título apenas (pr)enuncia problemas que estavam patentes e latentes em sua obra. Já em sua primeira contribuição no grupo *Poetik und Hermeneutik*<sup>3</sup> em 1963 publicou “O conceito de realidade e possibilidade do romance” (BLUMENBERG, 2001, p. 47). Neste texto, Blumenberg traz quatro conceitos de realidade: o conceito antigo, na cultura greco-romana, que a realidade decorre de uma “evidência momentânea”; o conceito medieval, como força da garantia do divino quanto ao real; o conceito moderno, a partir da chamada virada copernicana, enquanto “contexto aberto” às possibilidades; e, por fim, um conceito contemporâneo, mais próximo da tradição alemã, especialmente a partir de Wilhelm Dilthey, enquanto resistência [Widerstand]. Esta temática passa sua reflexão em vários momentos e retornou em sua obra póstuma, recém publicada, “Realidade e Realismo” (BLUMENBERG, 2020a) onde encontramos um aprofundamento desses quatro conceitos de realidade.

Em Blumenberg o conceito de realidade se relaciona com o conceito, e mesmo a metáfora (absoluta), de mundo. Neste sentido, a metáforologia e o papel das metáforas absolutas serão explicadas brevemente. Todavia, o interesse do presente trabalho é tentar compreender e ampliar os sentidos das expressões “mundo jurídico” e “realidade(s) jurídica(s)” a partir de tal chave de leitura. Atenção especial será dada às possíveis interpretações sobre os problemas de realidade(s) e de mundo(s) — por exemplo, mundo da natureza e mundo da cultura — em relação ao direito, particularmente nas tensões entre positivismo jurídico e realismo jurídico. Com essas discussões ficará evidenciada que a distinção entre *res* e *verba* da tradição retórica e, conseqüentemente, da retórica jurídica não foram consideradas pela tradicional filosofia do direito.

3 Grupo fundado em 1963 conjuntamente por Hans Blumenberg, Clemens Heselhaus, Hans Robert Jauß e Wolfgang Iser na Universidade de Gießen, que por si só é um dos grandes eventos da história intelectual alemã do século XX. cf. BODEN; ZILL (Org.), 2017, 8-17.

### 3 HISTÓRIA DAS PALAVRAS: UM ESBOÇO FILOLÓGICO

Uma história das palavras [Wortgeschichte] é um avanço para além de uma pontual indicação etimológica, pois desvela os campos de sentido e, sobretudo, de uso das palavras, suas transposições e traduções ao longo da história. Apesar da recomendação de Hans Blumenberg de que a etimologia da palavra real [Wirklich] e realidade [Wirklichkeit] em alemão não pode ser usada como fio condutor para a sua história conceitual (Blumenberg, 2020b, p. 117.), ela ao menos pode nos dar uma pista sobre a transformação do conceito da tradição antiga para a tradição moderna, e como esse sentido pode se relacionar com um de seus conceitos: realidade como resistência. Talvez a precaução de Blumenberg se deva para que não se incorra no mesmo destino que aconteceu com o conceito de ser [Seinsbegriff] enquanto uma hipostasia de um elemento gramatical<sup>4</sup>.

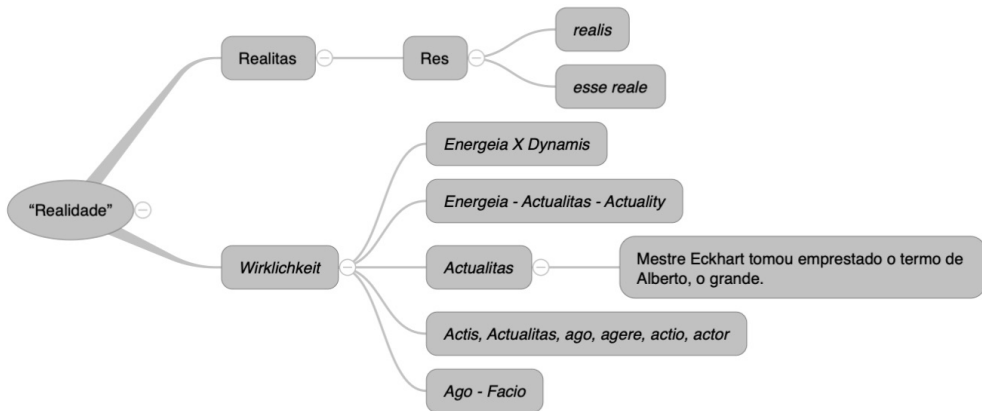
Certamente podemos fazer uma distinção filosófica entre *Realität* e *Wirklichkeit*, especialmente se tratarmos a partir da tradição de hegeliana (MAGEE, 2011. p. 33-34.), como realidade enquanto ideia e realidade enquanto efetividade, ambas sob as direções da razão. Tanto que o morfema tipicamente germânico não é uma mera tradução do termo latino *res*, tão caro aos juristas enquanto parte das divisões clássicas do direito romano entre *res*, *personae* e *actiones*. *Res* enquanto coisa refere-se inicialmente a uma materialidade apreensível pelos sentidos/percepção, mas depois foi abstraída enquanto conceito a abarcar para o direito bens materiais e imateriais, isso até mesmo por influência da filosofia estoica (CURTIS, 1996, p. 9-10.).

A história do étimo *res* e sua transformação em *realitas*, seus usos no direito e na filosofia, especialmente na escolástica com a discussão entre realistas e nominalistas, é algo muito além das forças possíveis de serem expostas aqui. Todavia, seria suficiente apenas dizer que o termo foi utilizado na tradição medieval escolástica com sentido bastante diferente que o do uso corrente dos idiomas românicos, e até no inglês pela via francesa. Conforme o Dicionário Histórico de Filosofia [HWdPh] (RITTER; GRÜNDER; GABRIEL (Orgs.). Vol. 8, 2007, p. 179.), o conceito de *realitas* em seu sentido primário dado pela escolástica não retoma o adjetivo *realis* ou a expressão *esse reale* no sentido de “existência externa

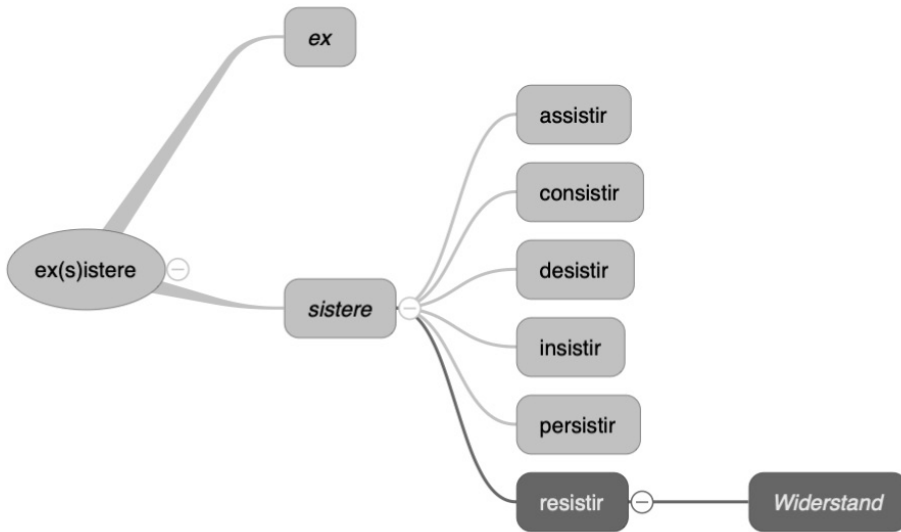
4 BLUMENBERG, 2020b, p. 117. Problema que Blumenberg volta em um pequeno texto, “Das Sein - ein MacGuffin” in BLUMENBERG, 1997, p. 157-160.

das causas”, mas decorre de *res* em sentido amplo. Trata-se de conceito abstrato que irá precisar a essência (*essentia*) ou a capacidade de essencialidade (*essentialitas*) de cada coisa (“*res*”) enquanto tal. O conceito escolástico de *realitas* originalmente não apenas está distante do conceito moderno de existência (Existenz) ou efetividade (Wirklichkeit), mas pelo contrário é o oposto destes (RITTER; GRÜNDER; GABRIEL (Orgs.). Vol. 8, 2007, p. 181.).

Vejamus um exemplo de campo de palavras relacionado com a história da palavra “Realidade” (KLUGE, 2011, p. 750, 991; RITTER; GRÜNDER; GABRIEL (Orgs.). Vol. 8, 2007, p. 180.):



Este é um exemplo do campo de palavras decorrentes do radical latino *sistere*, diretamente relacionado com o termo existência, mas que tem uma expansão para diversos outros vocábulos cotidianos de grande significância para a filosofia:



Por sua vez, um tema correlato ao conceito de realidade em Blumenberg é o tratamento dado por ele enquanto o “Absolutismo da Realidade”. Apesar do uso do termo absoluto/absolutismo surgir de forma crítica na obra de Blumenberg, encontramos na leitura de Odo Marquard a tentativa de sintetizar o constante esforço filosófico de Blumenberg para o alívio de absolutos [Entlastung der Absoluten] (MARQUARD *in* TIMM; WETZ, 1999, p. 20-21.). Neste sentido, um tema de importância quando se pensa a questão da realidade em Blumenberg seria sobre o chamado Absolutismo da Realidade [Absolutismus der Wirklichkeit]. Esta elaboração aparece relativamente em momento tardio da obra, pois trata-se da introdução de um conceito limite para a filosofia da cultura com a obra “Trabalho sobre o Mito” de 1979 (BLUMENBERG, 2006, p. 9-11). Uma interessante contextualização do horizonte que se abre ao pensarmos neste conceito limite encontra-se em uma exposição laudatória de Leander Scholz:

Tudo começa com uma suspeita. O ser humano está sozinho no universo, nu e vulnerável. Não há nenhum deus e nenhuma salvação. O mundo é implacável, enganador e cheio de dissimulação. Em nada se pode confiar. E a natureza é cruel. Ela não proporciona nenhuma segurança. Tudo deve ser extraído arduamente: a alimentação, a vestimenta, a vida inteira. Do mesmo modo se comportam os homens. Eles são agressivos uns contra os outros. Eles

se enganam e se iludem sempre que possível. De vez em quando pode a vida parecer um mau sonho, do qual não existe despertar<sup>5</sup>.

Esse seria um relato da verdade nua e crua que nos apresenta o conceito limite de Absolutismo da Realidade, pois é perante esse horizonte que se ergue o homem enquanto *homo symbolicum* (BLUMENBERG, 2001, p. 114.) — lembrando a proposta de Cassirer, também importante para Blumenberg — para a construção de uma segunda natureza: a cultura. Numa série de transmissões, traduções e transposições o conceito de cultura nasce enquanto uma metafórica das representações sobre a natureza. Para isso, podemos lembrar que a etimologia do termo cultura que decorre do verbo *colere*, que remete ao sentido de arar a terra, cultivar o solo. A transposição metafórica nos leva ao conceito de cultura enquanto o cultivo do espírito; esta reconstrução pode ser encontrada mesmo que figurada em Cícero enquanto *cultura animi* enquanto irmanada com a filosofia (CICERÓN, 2005, p. 214.).

#### 4 CONCLUSÃO

A tensão entre positivistas e realistas do direito permaneceu em grande parte do século XX e adentrou no novo século. Os positivistas já enfraquecidos teoricamente pelos reducionismos e os realistas revividos de tempos em tempos pela primazia da revolução dos fatos (econômicos e políticos) em relação ao direito. Em termos práticos, no direito brasileiro é difícil encontrar um jurista ou um magistrado que declaradamente se posiciona dentro dessas correntes teóricas, e elas operam mais como tipos ideais para a observação do comportamento externo dos operadores do direito. Entretanto, a oposição entre os dois posicionamentos decorreria mais dos pontos de partida, do que propriamente do método. Obviamente, eles estão mais distantes de um jusnaturalista do que entre

---

5 “Alles beginnt mit einem Verdacht. Der Mensch ist allein im Universum, nackt und verletzlich. Es gibt keinen Gott und kein Heil. Die Welt ist unbarmherzig, trügerisch und voller Verstellungen. Auf nichts ist Verlass. Und die Natur ist grausam. Sie gewährt keinen Schutz. Alles muss ihr mühselig abgepresst werden, die Nahrung, die Kleidung, das ganze Leben. Ebenso verhalten sich die Menschen. Sie sind feindselig gegeneinander. Sie betrügen und überlisten sich, wo es nur geht. Zuweilen kann einem das Leben daher wie ein böser Traum erscheinen, aus dem es kein Erwachen gibt.” SCHOLZ, 2020.

si quanto ao modo de tratamento da realidade. A diferença reside sobre qual prisma da realidade pretendem observar, avaliar e decidir.

Mais uma vez a antítese entre *Res* e *Verba* que se apresenta na história do pensamento ocidental também ganha reverberações nas correntes jurídicas. Positivistas e realistas voltam-se para a *Res (non Verba)*, não sendo por acaso que as teorias interpretativas — ou, com alguma condescendência, hermenêuticas — dessas correntes são geralmente secundárias, insuficientes e precisam de atualizações que decorrem de outros referenciais teóricos.

Modalidades como ser e dever-ser são elementos fundamentais para a compreensão das estruturas e dos modos de se pensar o próprio direito. Essa dicotomia encobriria uma ontologia do direito, uma epistemologia do direito e uma axiologia do direito. Dentro da chave de leitura aqui adotada ela é um modo de apresentação e representação linguística do fenômeno do direito, portanto, construtos culturais sedimentados fragilmente no leito do rio da história. Fazemos o uso da imagem heraclitiana para destacar dois modos de articulação que também se aplicam à linguagem jurídica, o eixo conceitual e o eixo metafórico. Tal posição nos conduz pelo caminho para se compreender as manifestações daquilo que os juristas chamam de direito enquanto um artefato, especificamente, um produto cultural de caráter linguístico.

A epígrafe desse texto possui proximidade filosófica entre dois autores de tradições distintas. Diferentemente de Paul Celan que conheceu e traduziu a poesia de Fernando Pessoa, não temos registros se Blumenberg as conheceu, ou mesmo a publicação do Livro do Desassossego, que se deu na Alemanha em 1985<sup>6</sup> logo após a publicação em língua portuguesa. Entretanto, no artigo de 1961 “Imagens de Mundo e Modelos de Mundo” — um texto inicialmente periférico, mas que marca um momento importante do ciclo acadêmico de Blumenberg na Universidade de Giessen<sup>7</sup> —, há uma correlação entre ciência e filosofia que passa muitas vezes despercebida e que no direito é deveras ignorada. Cada nova imagem de mundo abre possibilidades de modelos de mundo, e ainda

6 Considerando que é uma organização póstuma do espólio de Pessoa que ocorreu apenas em 1982.

7 O próprio ingresso do filósofo em 1960 no quadros desta instituição se deu no contexto de uma reestruturação da Faculdade de Filosofia e da própria estrutura dessa Universidade. Vale lembrar que em 1963, Blumenberg juntamente com outros professores fundaram o já mencionado grupo de pesquisa *Poetik und Hermeneutik*.

mais, em uma leitura reconstrutiva, cada imagem de mundo continha a interpretação e funcionava como “um manual de instruções” para todos os modelos de mundo imagináveis (BLUMENBERG, 2020b, p. 44). E podemos acrescentar que esses modelos contém as chaves de interpretação, sejam dos mundos literários ou científicos, “reais” ou utópicos, hoje também distópicos.

Essas alterações de modelos de mundo se sedimentam numa tradição, tornam-se quase senso comum e poderiam ser hoje compreendidas mesmo por pessoas com baixa instrução, por exemplo, pensamos na mudança de compreensão do conceito de mundo a partir do geocentrismo para o heliocentrismo. Todavia, essas transformações são igualmente importantes nos campos da filosofia, da história ou mesmo da religião. Uma imagem de mundo abre horizontes para um modelo de mundo, e por que não dizer um conceito de realidade. Como vimos, esse problema é central para Blumenberg. Neste sentido, mundo e realidade podem funcionar em alguns momentos como conceitos limite e conceitos contrastivos também para o direito.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: Uma crítica à verdade na Ética e na Ciência. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: NOESES, 2014.

ALVES, Luiz Filipe Araújo. Metaforologia entre História dos Conceitos e Não-Conceitualidade: uma recepção intempestiva de Hans Blumenberg: **Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade**, v. 25, n. 4, p. 13–30, 26 dez. 2020.

AUGSBERG, Ino. Rechtswirklichkeiten, in denen wir leben. New Legal Realism und die Notwendigkeit einer juristischen Epistemologie. **Rechtstheorie**, v. 46, n. 1, p. 71–91, 2015.

BLUMENBERG, Hans. **Arbeit am Mythos**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006.

\_\_\_\_\_. **Ästhetische und metaphorologische Schriften**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.

\_\_\_\_\_. **Ein mögliches Selbstverständnis**: aus dem Nachlass. Stuttgart: Reclam, 1997.

BLUMENBERG, Hans. **History, Metaphors, Fables**: A Hans Blumenberg Reader. Ithaca: Cornell University Press, 2020b.

\_\_\_\_\_. **Realität und Realismus**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2020a.

BODEN, Petra; ZILL, RÜDIGER (Orgs.). **Poetik und Hermeneutik im Rückblick**: Interviews mit Beteiligten. Paderborn: Wilhelm Fink, 2017.

CICERÓN. Disputaciones tusculanas. trad. Alberto Medina González; José Javier Iso; José Luis Moralejo. Madrid: Gredos, 2005.

GIORDANI, Mário Curtis. **Iniciação ao Direito Romano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FILOSOFIA DO DIREITO E SOCIOLOGIA DO DIREITO

KLUGE, Friedrich. **Kluge: Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache**. Berlin ; Boston: De Gruyter, 2011.

MAGEE, Glenn Alexander. **The Hegel Dictionary**. London: Continuum, 2011.

PESSOA, Fernando. **Livro do Desassossego**. Lisboa: Tinta da China, 2013.

RITTER, Joachim; GRÜNDER, Karlfried; GABRIEL, Gottfried (Orgs.). **Historisches Wörterbuch der Philosophie. Bd. 1-13**. Basel: Schwabe, 2007.

SCHOLZ, Leander. Hans Blumenberg posthum - Der Preis der Wahrheit. 20 out. 2019. **Deutschlandfunk**. Disponível em: [https://www.deutschlandfunk.de/hans-blumenberg-posthum-der-preis-der-wahrheit.700.de.html?dram:article\\_id=460072](https://www.deutschlandfunk.de/hans-blumenberg-posthum-der-preis-der-wahrheit.700.de.html?dram:article_id=460072). Acesso em: 12 maio 2021.

STEGMAIER, Werner. Die Wirklichkeit der Orientierung. Perspektivität Und Realität Nach Nietzsche Und Luhmann. **Nietzscherforschung**, v. 22, n. 1, 2015. p. 95.

TIMM, Hermann; WETZ, Franz Josef (Orgs.). **Die Kunst des Überlebens: Nachdenken über Hans Blumenberg**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.

# SOMOS LIVRES PARA RIR DE TUDO? O HUMOR COMO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO A PARTIR DA PERSPECTIVA CONSTITUTIVA DE RONALD DWORKIN

## ARE WE FREE TO LAUGH AT EVERYTHING? HUMOR AS EXERCISE OF FREE SPEECH FROM RONALD DWORKIN'S CONSTITUTIVE PERSPECTIVE

Bianca Tito<sup>1</sup>

**RESUMO:** A liberdade de expressão é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal Brasileira de 1988 para todos os cidadãos. A sua garantia significa que as pessoas são livres para manifestarem ideias, gostos e opiniões, o que engloba, inclusive, a liberdade de rir e fazer rir. Entretanto, inseridos em uma sociedade tão plural, surgem questionamentos quanto aos limites do humor, isto é, em que momento essas manifestações deixariam de ser humorísticas e passariam a configurar um excesso no exercício do direito à liberdade de expressão. Considerando isso, o presente trabalho tem como objetivo analisar a utilização do humor enquanto um mecanismo que possibilita o exercício desse direito, partindo de um problema de pesquisa que questiona se é possível, de modo democrático, separar as manifestações de humor que mereçam a proteção constitucional da liberdade de expressão daquelas que, supostamente, não estariam abarcadas por tal direito. Com esse objetivo, realiza uma análise à luz da Teoria do Direito do filósofo norte-americano Ronald Dworkin, utilizando da interpretação por ele defendida de uma perspectiva constitutiva desse direito. Com isso, pretende-se contribuir para a construção de um debate rico e atual sobre o direito à liberdade de expressão, sem esquecer do contexto brasileiro, e que esteja pautado em argumentos que se encontram bem fundamentados dentro da filosofia do direito. Para tanto, é feita uma pesquisa de caráter descritivo e explicativo, por meio da metodologia da pesquisa bibliográfica, utilizando especialmente dos conceitos trabalhados por Dworkin em sua teoria. Conclui-se

1 Mestra em Direito, com ênfase em Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Advogada e pesquisadora. E-mail: biancaberaldo\_tito@outlook.com.

que as restrições impostas as manifestações humorísticas não poderão ter como justificativa o conteúdo dessas, pois ações nesse sentido representariam um cerceamento no exercício da liberdade de expressão e, com base em Dworkin, distorceriam a sua natureza constitutiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade de expressão; Humor; Democracia; Ronald Dworkin.

**ABSTRACT:** Free speech is a fundamental right guaranteed by the Brazilian Federal Constitution of 1988 for all citizens. This guarantee means that people are free to express ideas, tastes and opinions, which includes the freedom to laugh and also make other people laugh. However, inserted in such a plural society, questions arise regarding the limits of humor, that is, when these manifestations would cease to be humorous and would become an excess in the exercise of free speech. Considering this, the present work aims to analyze the use of humor as a mechanism that enables the exercise of this right, starting from a research problem that questions whether it is possible, in a democratic way, to separate the manifestations of humor that deserve the constitutional protection of free speech from those that, supposedly, would not be covered by this right. With this in view, performs an analysis in the light of the Theory of Law of the American philosopher Ronald Dworkin, using his interpretation of a constitutive perspective for free speech. With this, it is intended to contribute to the construction of a rich and current debate on the right to free speech, without forgetting the Brazilian context and which is based on arguments that are well grounded within the philosophy of law. For that, a research of descriptive and explanatory character is made, through the methodology of the bibliographic research, using especially of the concepts used by Dworkin in his theory. It is concluded that the restrictions imposed on humorous manifestations cannot be justified by the content of these, since actions in this sense would represent a restriction in the exercise of free speech and, based on Dworkin, would distort its constitutive nature.

**KEYWORDS:** Free speech; Humor; Democracy; Ronald Dworkin.

## 1 INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal Brasileira de 1988 para todos os cidadãos. Essa garantia significa que as pessoas são livres para manifestarem as suas ideias, gostos e opiniões, sejam essas tidas como contraditórias ou majoritariamente aceitas pela sociedade. Isso engloba, inclusive, a liberdade de rir e fazer rir, dado estarem as manifestações humorísticas também compreendidas enquanto um mecanismo de liberdade de expressão.

Inseridos em uma sociedade que é tão plural, surgem questionamentos quanto aos limites jurídicos do humor, isto é, em que momento essas manifestações deixariam de ser uma legítima prática do humorismo e passariam a configurar um excesso no exercício do direito à liberdade de expressão. Tal dúvida surge em razão de ser o humor uma expressão extremamente elástica, para a qual é possível dar tantos fins quanto se possa imaginar, adotando, para tanto, de qualquer tema que o seu autor deseje revesti-la.

Considerando isso, o presente trabalho tem como objetivo analisar a utilização do humor enquanto um mecanismo que permite o exercício desse direito, observando as possibilidades de limitá-lo. Com esse intuito, parte de um problema de pesquisa que questiona se é possível que, de modo democrático, haja uma separação entre as manifestações de humor que, devido ao seu conteúdo, merecem a proteção constitucional da liberdade de expressão, daquelas que, supostamente, não estariam abarcadas por esse direito, mas, pelo contrário, o excederiam.

A hipótese levantada e testada pela pesquisa reforça a ideia de que limitar as manifestações de humor tão somente em razão do conteúdo pelo qual são expressadas configura-se em uma atitude antidemocrática e que, logo, é tida como ilegítima. Isso porque a compreensão de que o humorismo poderia ser restringido com base no conteúdo que possui não respeita o princípio democrático, segundo o qual todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito e consideração.

Para testá-la, é feita uma pesquisa de caráter descritivo e explicativo, em que o fenômeno descrito diz respeito ao exercício do direito à liberdade de expressão através do humorismo, possibilitando, por meio das evidências levantadas a partir disso, a construção de uma explicação que responda ao problema de pesquisa. Como procedimento técnico, elege-se a metodologia da pesquisa bibliográfica, utilizando de materiais

que, já previamente elaborados, fornecem a base e fundamentação tida como necessária para contextualizar teoricamente o trabalho.

Em relação a esses materiais, dentre as fontes bibliográficas utilizadas na pesquisa, destaca-se a adoção de conceitos desenvolvidos pelo jusfilósofo norte-americano, Ronald Dworkin. Ao longo de sua carreira, esse autor se dedicou de modo muito relevante ao tema da liberdade de expressão, constituindo esse em um aspecto importante do seu pensamento. Desse modo, dada a sua relevância para a discussão, adota-se especialmente a ideia da liberdade de expressão em sua perspectiva constitutiva, que, para teoria dworkiniana, respeita a dignidade individual dos cidadãos.

Pretende-se contribuir para o aprimoramento de um debate rico e atual, muito necessário, sobre o direito à liberdade de expressão, que esteja pautado em argumentos que se encontram bem fundamentados dentro da filosofia do direito, mas sem nos esquecermos do contexto brasileiro, no qual a pesquisa se insere. Para além disso, a pretensão é, igualmente, demonstrarmos que uma verdadeira proteção desse direito significa proteger inclusive aquelas ideias com as quais não concordamos ou que até mesmo repudiamos.

Com esse objetivo e pretendendo uma resposta ao problema de pesquisa, o trabalho se encontra estruturado em três seções compreendidas como necessárias para isso. Na primeira delas, analisamos o humor enquanto mecanismo de liberdade de expressão, demonstrando, por meio disso, a relação existente entre esses conceitos e porque discutir sobre os limites do humor significa discutir os limites desse direito. Em um segundo momento, adentramos na teoria filosófica de Dworkin, apresentando a interpretação que foi por ele realizada e defendida da liberdade de expressão em uma perspectiva constitutiva.

Providos por essas ideias, no terceiro e último item de seu desenvolvimento, procuramos compreender de que maneira a teoria dworkiniana colabora para encontramos uma resposta para o problema de pesquisa. Isto é, se com base nos argumentos do autor podemos considerar como democrática, ou antidemocrática, uma atitude que vise limitar os discursos humorísticos em razão do conteúdo de que esses se revestem. Por fim, nas considerações finais, procura-se responder o problema e apresentar os resultados e contribuições obtidos através do desenvolvimento do trabalho.

## 2 BRINCADEIRA OU OFENSA? A UTILIZAÇÃO DO HUMOR COMO MECANISMO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

No dia 19 de setembro de 2011, durante o programa CQC – Cus-te O Que Custar, exibido pela Rede Bandeirantes de Televisão – Band, um de seus apresentadores fez um comentário sobre a aparência da artista Wanessa Camargo, que, à época, estava grávida de seis meses e apareceu em uma reportagem da atração. Em resposta ao comentário feito, outro apresentador do programa, o humorista Rafinha Bastos, disse que “comeria” ela e o bebê. A fala de Rafinha repercutiu na imprensa e na sociedade brasileira, gerando diversas discussões se essa seria ou não uma manifestação de humor. Em síntese, o que se discutiu foi se o comentário estaria ou não protegido pelo direito à liberdade de expressão do comediante (BRANDÃO, 2018, p. 128-132)

Diante dos fatos, a artista e seu marido ingressaram, como autores e como representantes legais do nascituro, com pedido de indenização por danos morais contra Rafinha Bastos, pretendendo que esse pagasse a indenização como forma de reparação pelos danos morais que, alegadamente, teria causado com os seus comentários grosseiros. Neste, argumentaram que a fala do réu não se referia apenas à expressão de uma piada de mau gosto, mas que essa seria também incompatível com aquilo que se denomina como um humorismo verdadeiro e saudável, de modo a injuriá-los (BRASIL, 2011).

Por essa razão, as atitudes do apresentador não poderiam ser protegidas pelo direito à liberdade de expressão, o qual, segundo os autores, não abrangeria o humor lesivo ao patrimônio moral de terceiros. Pois se expressando dessa maneira ele teria ultrapassado os limites dessa liberdade, agindo com excesso no seu exercício. Nesse sentido, destacaram que Rafinha teria feito uso de um “humor agressivo”, apresentando publicamente manifestações que, ainda que ele alegasse serem apenas humorísticas, teriam, na verdade, sido lesivas (BRASIL, 2011).

Os pedidos foram acolhidos e o réu condenado ao pagamento de 30 salários mínimos (aproximadamente 20 mil reais à época) em danos morais, tendo o juiz entendido que a forma escolhida pelo humorista para se expressar não poderia ser chamada de humor, mas sim de “grosseira de conotação sexual”, não podendo a comédia ser utilizada às custas da honra de terceiros. Ambas as partes recorreram da decisão, pedindo a sua alteração, e a condenação foi mantida pelo Tribunal de Justiça do

Estado de São Paulo, confirmando a existência de dever de reparar os autores. Com isso, a 10ª Câmara de Direito Privado entendeu por majorar a indenização para 150 mil reais. Entenderam que o limite do humor foi superado, e que o uso do direito de livre expressão extrapolou quando da realização do comentário (BRASIL, 2012).

Posteriormente, o caso ainda foi apreciado no Superior Tribunal de Justiça, que entendeu pela confirmação da condenação, corroborando o entendimento das instâncias ordinárias. Dessa forma, compreendeu-se que o uso da piada, da forma como se deu na referida situação, constituiu-se em uma atitude extremamente agressiva, que ultrapassou o propósito meramente jocoso e que carregava informações negativas sobre a artista e sua família, atingindo-os em suas respectivas dignidades enquanto pessoas (BRASIL, 2015).

Através disso podemos observar que embora não assumissem isso em suas fundamentações, todas as decisões provenientes do caso demonstram que “os julgamentos foram diretamente influenciados pelo mau gosto e péssima qualidade da piada em questão” (BRANDÃO, 2018, p. 130). Não obstante, esses “não são – ou não deveriam ser – critérios relevantes numa apreciação jurídica”, eis que “uma discussão sobre o que ele quis dizer com aquele gracejo (pois a precariedade da construção sequer permite que seja considerada uma piada) não conduz a uma conclusão juridicamente aproveitável (BRANDÃO, 2018, p. 130).

O caso aqui narrado e as decisões que dele decorreram servem para exemplificar o objetivo sobre o qual a pesquisa se desdobra, que diz respeito a análise do humor enquanto um mecanismo de liberdade de expressão. Conforme restou demonstrado, esse direito pode ser exercido através dessa forma bastante específica de manifestação do pensamento (o humor). O que significa que o humorismo é mais uma dentre as diversas formas em que é possível as pessoas se expressarem, em que elas podem, para tanto, abordar quantos temas sejam capazes de imaginar, dado ser o humor uma expressão extremamente elástica (o humor pode criticar, questionar, reproduzir preconceitos, ser utilizado como mecanismo de defesa, etc.).

Além disso, essa situação também claramente demonstra aquilo que adiantamos já na introdução: falar sobre a imposição de limites ao humor é falar de limites ao direito à liberdade de expressão. Isso ocorre porque, conforme assegurado pelo art. 5º, IV, da Constituição Federal Brasileira de 1988, “é livre a manifestação do pensamento” (com as devidas restrições previstas no próprio texto constitucional, como, por exem-



plo, a vedação do anonimato, o direito de resposta e as possibilidades de indenização em caso de dano material, moral ou à imagem). Isto é, os cidadãos são livres para se expressarem, o que pode ocorrer através das manifestações humorísticas.

Por meio dessa compreensão podemos observar que “é de interesse de todo ser humano poder se expressar e ter a oportunidade de ouvir, ler e ver a livre expressão das demais pessoas. A liberdade de expressão tem um valor especial em uma sociedade democrática” (WARBURTON, 2020, p. 13). E é por essa razão que tal liberdade deve proteger as mais variadas manifestações, englobando, inclusive, aquelas com as quais não queremos concordar e nem lhes dar proteção, pois não as vemos como merecedoras disso. Ela, portanto, protege tanto as ideias com que concordamos, como aquelas que entendemos como sendo ridículas, feias, ofensivas e degradantes.

Ela é um princípio e, assim sendo, “se presta tanto aos fanáticos como aos liberais educados. Não é claro porque um princípio faria jus ao nome “liberdade de expressão” se apenas fossem protegidas as visões daqueles com quem simpatizamos” (WARBURTON, 2020, p. 53). Essa é uma ideia que podemos aplicar a situação aqui abordada, da condenação de Rafinha Bastos ao pagamento de 150 mil reais para a família de Wanessa Camargo, bem como a outras situações em que se discuta essa questão que é, aqui, nosso objeto de estudo (humor enquanto exercício do direito à liberdade de expressão). Pois nessas uma questão que constantemente toma conta do debate é se o humor que ofende não deveria ser limitado.

O caso narrado e analisado foi escolhido por nos ajudar a demonstrar que o humor é um mecanismo de liberdade de expressão, mas também porque ele nos permite questionarmos acerca da relação que existe entre esses dois conceitos e, através disso, com o auxílio dos fundamentos propostos pelo filósofo norte-americano, Ronald Dworkin, abordado na sequência, buscamos responder quanto a possibilidade de se estabelecer (em observância ao fato de vivermos em um Estado de Direito) uma divisão entre as expressões de humor que, em razão de seu conteúdo, merecem a proteção constitucional da liberdade de expressão, daquelas que, por essa mesma razão, não seriam merecedoras.

Lembrando que em um debate como esse é preciso tomarmos cuidado e estarmos atentos a um argumento muito importante para os estudiosos da liberdade de expressão, que é aquele segundo o qual “ao autorizarmos o Estado a intervir no conteúdo do discurso, estamos dando a

ele o poder não só de censurar aquilo que queremos, mas também aquilo que não queremos” (ASSAF, 2019, p. 277). Ou seja, se compreendemos que uma piada machista ultrapassa os limites do direito a liberdade de expressão, por que então não abrangermos também o humor praticado contra convicções religiosas? Ou alguma minoria que seja constantemente o foco dessas formas de expressão? Do que foi abordado até aqui, nos parece que o que diferencia a possibilidade de uma proibição da outra é apenas do seu conteúdo.

E o problema que reside nesta linha de pensamento, isto é, em defender um argumento nesse sentido, é que ele fere o direito de todos os cidadãos de serem tratados enquanto iguais e, com isso, fere também o princípio democrático. Uma vez que adotamos uma posição de não mais arcarmos com os ônus que são provenientes desse direito, estabelecendo que as ideias dissonantes não serão mais ouvidas, “temos que estar cientes de que a permissão para que o Estado restrinja os conteúdos expressivos também tem seu preço, sendo, nesse caso, a nossa própria autonomia” (ASSAF, 2019, p. 277). Essa é uma posição que foi adotada por vários autores, estando dentre os seus principais defensores o filósofo norte-americano Ronald Dworkin, sobre o qual agora nos debruçaremos na busca de uma resposta para o problema de pesquisa.

### **3 RONALD DWORKIN E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A PERSPECTIVA CONSTITUTIVA E O DIREITO DE NÃO SER OFENDIDO**

Em vários de seus textos sobre o direito à liberdade de expressão, Ronald Dworkin (2005; 2006; 2009; 2019) se dedicou a discutir se poderíamos falar na existência de um direito de não sermos ofendidos. Dentre eles, em artigo publicado em março de 2006 no *New York Review of Books*, ele questionou acerca dessa possibilidade especificamente a partir dos discursos humorísticos. Para esse autor, o humorismo serviria para demonstrar que ninguém, por mais poderoso que seja, possui o direito de não ser insultado ou ofendido (DWORKIN, 2006, p. 1).

Ao abordar uma situação na qual a imprensa britânica e parte da norte-americana decidiram por não republicarem alguns quadrinhos humorísticos de origem dinamarquesa (os *Danish cartoons*, de 2005), pois esses realizavam sátiras com a figura do profeta Maomé, sendo ofensivos demais para aqueles que nesse acreditam, o filósofo norte-americano

questionou sobre aquilo que chamou de “*the right to ridicule*” (direito ao ridículo). Segundo Dworkin (2006), essa situação exemplificaria uma compreensão, defendida por muitas pessoas e com a qual o autor discorda, de que o direito à liberdade de expressão possui limites em razão do seu conteúdo e que, por causa disso, a censura poderia ser justificada.

Ainda que uma atitude nesse sentido (não circulação dos quadinhos) pudesse aparentar, naquele momento, ser a decisão correta e mais benéfica, dado que esses foram considerados ofensivos para os muçulmanos e acabaram por incitar a morte de pessoas e a destruição de propriedades, a questão não lhe aparentava ser de tão simples resolução. Isso porque, para o filósofo, mesmo que a republicação deles implicasse em mais sentimentos indesejados por parte dos cidadãos que se sentiram ofendidos, a outra alternativa, censurando os materiais, lhe aparentava ser ainda mais perigosa e prejudicial (DWORKIN, 2006).

Partindo desse exemplo, entendeu que as pessoas não possuem o direito de ler ou ver apenas o que desejam, sem importar os custos e efeitos que atitudes nesse sentido possam acarretar para a vida de todos dentro de uma democracia. Pois, se as coisas fossem entendidas dessa forma, significaria então que em algumas situações (como a realização de piadas com a religião de um determinado grupo) a autocensura que os meios de comunicação se colocam é uma decisão adequada a ser tomada. Quando, na realidade, o que isso representa é a perda de importantes informações, argumentos, literatura e arte (DWORKIN, 2006).

Mesmo quando o conteúdo que se pretenda combater for visto como uma ideia contraditória, de mau gosto e, inclusive, que cause repulsa em parte da população, ela não deverá ser censurada e retirada do espaço público, dentro do qual todos aqueles que assim desejarem poderão a ele ter acesso, tão somente por essa razão. Pois quando o Estado age nesse sentido, estabelecendo o que as pessoas podem ter acesso e quais os conteúdos que estão proibidos, ele deixa, na perspectiva dworkiniana, de tratar todos os cidadãos que estão sob a sua responsabilidade como agentes morais responsáveis (isso é, como pessoas que conseguem, por elas mesmas, determinarem aquilo que consideram bom ou ruim, justo ou falso, sobre qual assunto for, e, sozinhas, decidirem qual o conteúdo que desejam consumir) (DWORKIN, 2019).

Pautado nesse entendimento, Dworkin (2019) defendeu que as preferências éticas individuais de cada um dos cidadãos fossem respeitadas por todos os outros. Não no sentido de que os demais fossem obrigados a com elas concordarem (como, por exemplo, estabelecer que

os muçulmanos não se ofendam com as piadas feitas com o nome de Maomé), pois eles não poderiam, ao menos não legitimamente, ser. Mas que, ao delas discordarem, não tentassem impor um único pensamento como dominante. Isto é, a maneira como as pessoas decidem levar as suas vidas não poderá constituir-se em uma imposição majoritária sobre a forma de vida de todos.

Ações que pretendessem alcançar um objetivo como esse constituir-se-iam uma ofensa, determinando que, supostamente, existe um modo “correto” e um modo “errado” das pessoas viverem as suas vidas. Para a teoria dworkiniana, é ilegítimo que os governos, utilizando de seu poder coercitivo, imponham uma decisão coletiva ou oficial aos cidadãos que dela discordam. Essa só pode ser considerada uma atitude legítima quando é dado aos dissidentes o poder de dela discordarem (como normas com as quais os cidadãos discordam, mas que, apesar disso, estão a ela submetidos, dado que, quando da tomada de decisão, houve o respeito pela condição de cada um dos cidadãos enquanto um membro livre e igual na comunidade) (DWORKIN, 2009, p. VII).

Com base nesse raciocínio, Dworkin (2009) criticou aqueles que, dizendo agir em nome da democracia, entendem como justo utilizarem do poder de polícia para fazer cumprir uma lei que, ainda que adotada através de processo democrático (ao menos formalmente) expressa apenas a vontade da maioria. Por isso, para ele, um Estado realmente democrático não é apenas aquele que dá a cada um dos cidadãos, competentes para tanto, o direito ao voto, mas que, igualmente, garante para cada um deles, sejam quais forem as suas ideias, um mesmo direito de voz. Decisões majoritárias só poderão ser consideradas justas se esse requisito tiver sido cumprido.

Tais argumentos vão ao encontro da posição que foi adotada pelo filósofo no que diz respeito ao direito de liberdade de expressão, referente a perspectiva constitutiva, a qual é utilizada pela presente pesquisa. Esse autor, ao se questionar acerca dos motivos para a importância que é dada para tal direito, que, dentro do contexto da Constituição norte-americana, é protegido pela Primeira Emenda, compreendeu que existem muitas justificativas para tanto. Apesar disto, todas elas podem ser enquadradas dentro de duas grandes categorias, as quais chamou de: “justificação instrumental” e “justificação constitutiva” (DWORKIN, 2019, p. 318-320).

Na primeira categoria, a liberdade de expressão “não é importante porque as pessoas têm o direito moral intrínseco de dizer o que bem entendem, mas porque a permissão de que elas o digam produzirá

efeitos benéficos para o conjunto da sociedade” (DWORKIN, 2019, p. 318-319). Ou seja, nesse caso, esse direito é protegido porque, supostamente, através dele seria possível, ou ao menos mais fácil, descobrirmos a verdade e a falsidade na política, e, com isso, optarmos por aquilo que compreendemos como sendo um bom curso de ação pública. Nota-se, portanto, que para essa categoria o discurso é importante é aquele que se refere a discussão política.

A categoria da justificação instrumental é assim chamada porque nela o direito à liberdade de expressão é visto como um instrumento que permitiria que a sociedade alcançasse um determinado fim, o qual, como dito, pode ser a descoberta da verdade dentro da política. Pode ser também a proteção do autogoverno do povo, ou para influenciar o governo em suas ações, estimulando-o a ser menos corrupto, pois não teria o direito de punir aqueles que o criticasse. Por causa disso, nessa perspectiva, tal liberdade seria como a “adoção de uma estratégia especial por parte do país, uma espécie de aposta coletiva na ideia de que, a longo prazo, a liberdade de expressão nos fará mais bem do que mal” (DWORKIN, 2019, p. 319).

Para Dworkin (2019) não seria possível que, de uma compreensão como essa, resultasse uma visão suficientemente robusta do Direito. Fato que o motivou a se posicionar e defender uma interpretação com a base na segunda justificativa para a liberdade de expressão, que é a da “justificação constitutiva”. Nessa, de acordo com o autor, haveria o respeito a dignidade individual dos cidadãos, tratando a todos como agentes morais responsáveis. Embora compreendesse os dois tipos de justificação como importantes e necessários, seria apenas nessa segunda justificativa que residiria uma interpretação da liberdade de expressão em sintonia com o princípio da democracia, característica que não encontrou na primeira, julgando-a frágil e limitada.

Na segunda categoria, essa liberdade é “importante não só pelas consequências que tem, mas porque o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial ou “constitutivo” de uma sociedade política justa” (DWORKIN, 2019, p. 319). Isso significa que quando o autor se refere às “pessoas moralmente responsáveis” são aquelas que tomam as suas próprias decisões sobre aquilo que entendem como sendo bom ou mal em suas vidas, bem como verdadeiro ou falso na justiça e na fé.

Logo, o Estado ofenderia os cidadãos e negaria a responsabilidade moral que possuem quando determinasse que existem certos conteúdos aos quais eles não podem ter acesso. Pois ações nesse sentido signifi-

cariam que “eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis” (DWORKIN, 2019, p. 319). Haveria, por meio disso, um prejuízo para a dignidade individual deles, a qual só pode ser conservada quando ninguém, nem os governantes e nem a maioria dos cidadãos, possui o direito de impor proibições sob as opiniões alheias, impedindo que os demais as ouçam, pois temem que esses não estejam aptos a ouvi-las e sobre elas ponderarem.

Isso demonstra que para esse autor um governo no qual a liberdade de expressão não esteja extensamente protegida não pode ser considerado legítimo e democrático. Pois a ideia de democracia não se resume apenas à um compromisso com o direito ao voto, isto é, um comprometimento com às eleições e o sufrágio universal. Mas, mais do que isso, que “uma extensa liberdade de expressão é pré-condição para qualquer democracia que faça jus ao nome, uma vez que, sem ela, o governo não poderia ser genuinamente participativo” (WARBURTON, 2020, p. 13).

#### **4 LIMITAÇÕES DE CONTEÚDO AO DISCURSO HUMORÍSTICO**

Como visto até aqui, Ronald Dworkin foi um autor que se preocupou em compreender as motivações que fizeram com que a liberdade de expressão adquirisse a proteção que hoje ela possui dentro do direito constitucional norte-americano (contexto dentro do qual o autor se insere e que o influenciou no desenvolvimento de sua teoria). Para tanto, dividiu essas em dois grandes grupos, em que um deles se constituiria das justificativas instrumentais e o outro daquelas que chamou de justificativas constitutivas. Essa diferenciação que é feita pelo autor, aqui já abordada, levou-o a concluir que o segundo grupo é mais compatível com a proteção do Estado de Direito, haja vista que nele há uma verdadeira preocupação com a dignidade individual de cada um e o respeito pela sua condição de agente moral responsável.

Essa forma de interpretar o exercício da liberdade de expressão deveria então valer para todos os discursos, independentemente do tema de que esses se revestem, pois, como ele procurou demonstrar, as limitações impostas a esse direito não devem ter como justificativa o seu conteúdo. Isto é, que esses sofressem restrições que estivessem baseadas tão somente nessa razão. Uma interpretação como essa demonstra ser bastante rele-

vante ao nosso objetivo, contribuindo para encontrarmos uma resposta ao problema de pesquisa levantado, posto que podemos, aqui, questionar acerca da sua aplicação e utilidade no caso dos discursos humorísticos.

Afinal, se esses forem ofensivos demais, repulsivos ou degradantes, não poderíamos dizer que uma atitude no sentido de limitá-los seria democrática? Ou seja, em observância ao fato de que vivemos em um Estado Democrático de Direito, onde todos merecem ser tratados com respeito e possuem o direito à igualdade, há a possibilidade de haver uma separação entre as manifestações de humor que, devido ao seu conteúdo, merecem a proteção constitucional da liberdade de expressão, daquelas que, supostamente, não estariam abarcadas por esse direito, mas, pelo contrário, o excederiam?

Com base na teoria dworkiniana, temos visto que não. Pois, a partir da sua filosofia, compreendemos que se realmente temos como objetivo reconhecer o valor geral do direito à livre expressão, e se nos comprometemos a levá-lo à sério, então isso significa que todos nós devemos agir contra a censura e a proibição de que determinados materiais circulem apenas por causa da temática por eles abordada. Inclusive quando esses, ainda que de modo que julgamos ser bastante discutível, se opuserem a convicções que já são socialmente estabelecidas ou difundidas. Como, exemplificou o autor, seria com a circulação dos materiais pornográficos, que servem para perpetuar a ideia de que as mulheres sejam inferiores e devam obediência aos homens (DWORKIN, 2005, p. 501-513).

Ou, se optássemos por agir de outro modo, acabaríamos por restringir a liberdade individual dos cidadãos. Dado que não seria garantida para ninguém a permissão de fazer aquilo que pudesse vir a ser julgado pelos outros como ofensivo. O que, por fim, nos levaria a um impasse, vez que se constitui em uma atitude extremamente difícil, ou até mesmo impossível, a elaboração, de modo legítimo, de uma fórmula através da qual conseguiríamos ter certeza de que, na prática, os materiais que são vistos como “lixo imprestável” (por exemplo, a pornografia, questão discutida por Dworkin e aqui já citada, mas que podemos incluir também as piadas sexistas, o humor com as religiões de matriz africana e os esquetes que satirizam e ironizam os mais variados temas ainda sensíveis em muitas partes do mundo) seriam separados das contribuições tidas como potencialmente valiosas (DWORKIN, 2005).

A partir dessa compreensão, nota-se ser possível evitar uma posição instrumental (consequencialista) da liberdade de expressão, dado que apoiados por ela poderíamos defender que proibir certos conteúdos,

por serem eles ofensivos ou degradantes demais para algumas pessoas, ou simplesmente de mau gosto, seria a decisão mais acertada dentro de uma democracia. Posto que assim, alegadamente, se atingiria um resultado socialmente considerado mais benéfico (pessoas não serem ofendidas por causa da expressão de seus concidadãos). Porém, como alertado por esse filósofo, essa é uma linha de raciocínio com a qual é preciso tomar muito cuidado, pois a sua aplicabilidade pode levar a tomada de decisões que se revelarão terrivelmente arbitrárias (MEDRADO, 2019, p. 148).

Por essa razão, é preciso que estejamos sempre alertas as tentativas de imposição da censura, nos empenhando em abandonar essa difícil tentação que muitas vezes pode se disfarçar de democrática. Para, então, procurarmos justificar a indispensabilidade do direito à liberdade de expressão em bases mais sólidas e menos casuísticas (MEDRADO, 2019, p. 148). Essa não é uma tarefa fácil, mas, para aqueles que se preocupam com a garantia dessa liberdade, ela se revela fundamental, não podendo ser ignorada. Dworkin (2005, p. 497), ao discuti-la, questionou se existiriam expressões que, por serem tão ofensivas, merecessem ser suprimidas, e, ao fazê-lo, já destacava como essa se revelava uma tarefa muito árdua e que, por causa disso, se constituía em um antigo problema a ser até hoje enfrentado pela teoria liberal.

Não obstante a dificuldade presente em uma discussão como essa, esse autor se empenhou em encontrar respostas para essas perguntas. O que, como temos visto, o levou a compreender que as limitações de conteúdos são antidemocráticas e que se o Estado estiver realmente comprometido em tratar todos os seus cidadãos de modo igual, então ele não permitirá que isso ocorra. Ainda, sobre essa questão, vale pontuarmos que na sociedade em que nos encontramos hoje “não há mais um consenso acerca do que consiste a verdade, o bom, e o belo. Também não existe mais uma autoridade legítima capaz de definir esses conceitos de maneira e irrefutável” (ASSAF, 2019, p. 120).

Muito pelo contrário, “o que temos agora são inúmeros projetos de vida, incontáveis concepções políticas, científicas e estéticas que devem concorrer, ao menos formalmente, em pé de igualdade na esfera pública” (ASSAF, 2019, p. 120-121). E é por causa disso que se o Estado provocar restrições baseadas no conteúdo dos discursos ele estará frustrando e negando aos cidadãos o igual respeito e consideração. Além de ignorar que eles são agentes morais responsáveis e, por isso, possuem capacidade de discernimento e escolha sobre aquilo que consideram bom para



as suas vidas, não sendo legítimo que o Estado intervenha para definir essas questões.

Como vem sendo demonstrado pela presente pesquisa, o nosso compromisso com o direito à “liberdade de expressão implica proteger o discurso que você não quer escutar, bem como o discurso que você quer. Esse princípio está no coração da democracia, é um direito humano básico, e sua proteção é uma característica de uma sociedade civilizada e tolerante” (WARBURTON, 2020, p. 11). Por causa disso, seja um discurso que nos agrada ou que nos é desagradável, precisamos compreender que todos eles, igualmente, merecem a proteção constitucional da liberdade de expressão.

Isso não significa que devemos concordar com eles, pois posso discordar das piadas sexistas, como a de Rafinha Bastos, ou das brincadeiras que são feitas com crenças que considero profundamente sagradas. Mas significa que, mesmo quando não concordarmos com elas, não será apenas por causa disso que defenderemos que sejam censuradas. Pois, conforme ensinado pela teoria dworkiniana, “vale a pena defender a liberdade de expressão vigorosamente ainda que você odeie o que está sendo dito” (WARBURTON, 2020, p. 11).

No caso dos discursos humorísticos, destacados pela pesquisa, e em especial como demonstrado com a situação vivida por Rafinha Bastos e Wanessa Camargo, é muito mais democrático que essas ideias possam vir a público. Isso porque é nesse cenário que será possível ocorrer um debate a seu respeito e, como no caso analisado, sobre “os limites toleráveis do humor, sendo certo que a reprovação da audiência, dos anunciantes e mesmo dos colegas de programa já seriam medidas adequadas e suficientes para o autor daquele gracejo. Afinal, a pior punição para o humorista deve ser o silêncio da plateia” (BRANDÃO, 2018, p. 132).

Isto é, existem outras maneiras, muito mais democráticas, para lidarmos com essas questões que estão diante de nós. O humor nos desafia e muitas vezes nos faz questionarmos por que proteger discursos que são capazes de diminuir e ofender tantas pessoas, levando em tom de brincadeira temas que nos são tão caros. Mas, quando estivermos diante de situações nas quais ocorram debates nesse sentido, e por mais tentados que fiquemos em concordar com outros argumentos, é preciso nos lembramos daquilo que Dworkin (2019) nos ensinou: o preço da liberdade, que por mais alto e insuportável que possa aparentar ser, deve ser sempre defendido, pois somente assim poderemos dizer que vivemos um Estado que é democrático e respeita igualmente todos os seus cidadãos, sem diferenciações.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi exposto pela presente pesquisa, com a concretização do objetivo ao qual nos propomos e testando a hipótese levantada em seu início, algumas considerações puderam ser obtidas e essas nos permitem respondermos ao problema de pesquisa que serviu como norte ao longo de toda a sua realização. Em um primeiro momento, foi descrita e analisada uma situação específica, que diz respeito ao caso envolvendo a cantora Wanessa Camargo e o apresentador e humorista Rafinha Bastos, para que por meio desse pudéssemos contextualizar o trabalho.

Através disso, observamos a utilização de discursos humorísticos enquanto um mecanismo de liberdade de expressão. Ou seja, analisou-se como o humor, uma expressão que é tão elástica, configura-se em um dos meios através dos quais o direito à liberdade de expressão pode ser exercido pelos cidadãos. Razão pela qual discutirmos sobre o estabelecimento de limites para o humor implica em uma discussão que, em essência, é sobre os limites que poderão ser, de modo legítimo, impostos a esse direito, que é tão importante para a manutenção do nosso Estado de Direito.

Na sequência, adentramos na filosofia do Direito de Ronald Dworkin, apresentando a interpretação que foi por esse autor realizada e defendida da liberdade de expressão. Para isso, focamos principalmente na sua defesa de uma perspectiva constitutiva desse direito, que, para ele, seria muito mais democrática, pois está em consonância com o fato de que todos merecem receber, ao menos de seus governos, igual respeito e consideração. O que permite que eles sejam tratados como agentes morais responsáveis, característica que, para esse filósofo, se faz indispensável em uma democracia.

Nesse momento, fomos também capazes de observar que, para a teoria dworkiniana, não é possível falarmos na existência de um alegado “direito de não ser ofendido”, posto que em um Estado Democrático de Direito algo nesse sentido não se sustentaria. Pessoas diferentes se sentem ofendidas por razões diferentes, o que é ofensivo para um, pode não o ser para o outro, e assim sucessivamente. Por causa disso, limitar os discursos e justificar tais limitações no conteúdo de que esses se revestem é uma atitude que se revela não só insuficiente, mas, principalmente, antidemocrática.

No último item que foi desenvolvido pelo presente trabalho, procuramos consubstanciar todas essas questões anteriormente apresenta-

das. Portanto, observou-se em que medida os argumentos elaborados por Ronald Dworkin nos auxiliariam a responder ao problema de pesquisa. A partir disso, testada a nossa hipótese, chegamos à conclusão de que, ainda que a liberdade de expressão não se refira a um direito absoluto (realidade tanto no Brasil, contexto em que essa pesquisa se insere, como na Constituição norte-americana, da qual Dworkin partiu no desenvolvimento de sua teoria) ele é um direito indispensável para a legitimidade de nossa democracia.

E, tendo isso em vista, não é possível falarmos na existência de um Estado Democrático quando não é dado aos cidadãos o direito para que se expressem, podendo exercê-lo de distintas maneiras, dentre as quais encontram-se as manifestações humorísticas. O humor é uma forma das pessoas se expressarem, criticarem, questionarem o poder instituído e o *status quo*, ele pode ser engraçado, irônico ou agressivo, ele pode ser, ainda, várias dessas coisas ao mesmo tempo. O humor, portanto, é liberdade de expressão e, assim o sendo, não podemos limitá-lo tão somente por causa do seu conteúdo, ao menos não se nós queremos honrar o nosso compromisso com a democracia.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSAF, Matheus. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**: por que devemos tolerar ideias odiosas? Belo Horizonte: Dialética, 2019.

BRANDÃO, Tom Alexandre. **Rir e fazer rir**: Uma abordagem jurídica dos limites do humor. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2018.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.487.089**, julgamento em 23 de junho de 2015. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201487089.pdf](http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201487089.pdf) Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo 0201838-05.2011.8.26.0100**. (10ª Câmara de Direito Privado), acórdão j. em 06.11.2012. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/processos/126215498/processo-n-0201838-0520118260100-do-tj-sp> Acesso em 20 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo nº 583.00.2011.201838-5**. 18ª Vara Cível Central da Comarca da Capital de São Paulo. 13/10/2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/marcus-buaiz-rafael-bastos-hocsman-acao.pdf> Acesso em: 20 abr. 2021.

DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme speech and democracy**. New York: Oxford University Press, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

DWORKIN, Ronald. The right to ridicule, **The New York Review of Books**, v. 53, n. 5, 23/03/2006. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/2006/03/23/the-right-to-ridicule/> Acesso em: 19 abr. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MEDRADO, Vitor Amaral. **A liberdade de expressão e a justiça brasileira**: tolerância, discurso de ódio e democracia. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Dialética, 2019.

WARBURTON, Nigel. **Liberdade de expressão**: uma breve introdução. Trad. Bárbara Batalha. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

# A EXTENSÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A PROTEÇÃO DE TODOS OS DISCURSOS COMO REQUISITO PARA A LEGITIMIDADE DA DEMOCRACIA

## THE EXTENSION OF FREE SPEECH: THE PROTECTION OF ALL DISCOURSES AS A REQUIREMENT FOR THE LEGITIMACY OF DEMOCRACY

Bianca Tito<sup>1</sup>

**RESUMO:** O direito à liberdade de expressão configura-se como um dos pilares do Estado de Direito, o que significa que é dada para todos os cidadãos, sem censuras, a possibilidade e a proteção para que manifestem as suas opiniões. No entanto, a relação que existe entre esse direito e a democracia não é concretizada tão somente porque as pessoas poderão expressar as suas opiniões quanto a assuntos que, supostamente, ajudam a melhorar o debate político. Para além disso, para que exista um Estado verdadeiramente democrático é preciso que seja dada as pessoas a possibilidade de proferirem as suas convicções acerca dos mais distintos assuntos, por mais controversos que esses sejam. Considerando isso, a presente pesquisa tem como objetivo analisar de que modo a proteção do discurso não político também é necessária para dar legitimidade ao nosso Estado Democrático de Direito. Por meio disso, a nossa intenção é trazer contribuições para os debates acerca da liberdade de expressão, sempre muito relacionados a ideia de que a sua finalidade seria exclusivamente de garantir a existência das discussões políticas. Com esse objetivo, é adotada como metodologia a da pesquisa bibliográfica, utilizando de materiais que, previamente elaborados, abordam conceitos relevantes ao desenvolvimento do trabalho, tendo como marco teórico para a sua realização especialmente os ensinamentos do filósofo norte-americano Ronald Dworkin. Diante das evidências levantadas, conclui-se que a proteção do direito à liberdade de expressão abarca todas as ideias e

---

1 Mestra em Direito, com ênfase em Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Advogada e pesquisadora. E-mail: biancaberaldo\_tito@outlook.com.

opiniões, mesmo que essas não digam respeito a manifestações que, alegadamente, ajudariam a melhorar no processo de tomada de decisões no ambiente político, pois não é possível que em uma democracia seja realizada uma divisão entre discursos que merecem maior e menor proteção.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade de expressão; Democracia; Direitos fundamentais.

**ABSTRACT:** The right to free speech is one of the pillars of our democracy, which means that it is given to all citizens, without censorship, the possibility and protection to express their opinions. However, the relationship that exists between this right and democracy is not only realized because people will be able to express their opinions on issues that, supposedly, help to improve the political debate. Furthermore, for a truly democratic state to exist, people must be given the opportunity to express their convictions on the most diverse subjects, however controversial they may be. Considering this, the present research aims to analyze how the protection of non-political discourse is also necessary to give legitimacy to our Democratic Rule of Law. Through this, our intention is to bring contributions to the debates about free speech, always closely related to the idea that its purpose would be exclusively to guarantee the existence of political discussions. With this objective, is adopted the methodology of bibliographic research, using materials that, previously elaborated, address concepts relevant to the development of the work, having as a theoretical framework for its realization especially the teachings of the American philosopher Ronald Dworkin. In view of the evidence raised, it is concluded that the protection of the right to free speech encompasses all ideas and opinions, even if these do not concern manifestations that, allegedly, would help to improve the decision-making process in the political environment, since it is not possible that in a democracy a division will be made between speeches that deserve greater and lesser protection.

**KEYWORDS:** Free speech; Democracy; Fundamental rights.

## 1 INTRODUÇÃO

Nos encontramos hoje em uma sociedade na qual diversas opiniões existem ao mesmo tempo e é preciso que todas elas possam conviver, para que, mesmo quando não houver concordância com algo, possam, ao menos, ser igualmente respeitadas pelo Estado. Nesse cenário, a liberdade de expressão é um direito fundamental assegurado para todos os cidadãos, configurando-se em um dos pilares do Estado de Direito. Todas as pessoas possuem, sem censuras, a possibilidade e a proteção para que manifestem as suas convicções e pontos de vista acerca dos mais variados assuntos.

No entanto, justamente por causa dessa pluralidade de ideias, acabam surgindo discussões acerca da sua proteção, isto é, da extensão do direito à liberdade de expressão e se todas essas posições estariam em pé de igualdade, ou se haveriam algumas que possuem maior proteção do que outras. Isso ocorre devido a existência de um argumento segundo o qual a relação entre esse direito e a democracia seria concretizada especialmente porque as pessoas poderão expressar as suas opiniões quanto a assuntos que, supostamente, ajudam a melhorar o debate político (as expressões que compõe o debate político).

O que significa que, no caso dessas, a extensão de tal liberdade deveria ser maior, dando-lhes mais proteção estatal do que para outros discursos que não contribuiriam com esse objetivo, dado que esses deveriam ser considerados mais importantes em uma democracia. Em contrapartida, um outro argumento que também surge dentro desse debate é o de que para existir um Estado verdadeiramente democrático é preciso que seja dada as pessoas a possibilidade de proferirem as suas convicções acerca dos mais distintos assuntos, por mais controversos que esses sejam e independentemente de fornecerem alguma contribuição para o cenário político.

Considerando essa oposição de argumentos, a presente pesquisa tem como objetivo analisar de que modo a proteção do discurso não político também é necessária para dar legitimidade ao nosso Estado Democrático de Direito. Para tanto, foi levantado um problema de pesquisa que, ao longo de todo o desenvolvimento do trabalho, buscamos responder, e esse encontra-se estruturado da seguinte maneira: Tendo em vista a adoção da democracia como regime político, todos os discursos devem ser protegidos sem diferenciações?

Para respondê-lo e nos atentando ao objetivo aqui proposto, é desenvolvida uma pesquisa de natureza exploratória, pois ela permite adquirir maior familiaridade com o problema. Além disso, essa possui como seu objetivo principal o aprimoramento de ideias e a descoberta de intuições, podendo haver o levantamento bibliográfico, o qual entendemos como sendo de grande relevância para esse trabalho. Por isso, no que diz respeito aos procedimentos técnicos utilizados, é adotada como metodologia a da pesquisa bibliográfica, utilizando de materiais que, já anteriormente elaborados, abordam conceitos relevantes para o seu desenvolvimento.

Tem-se como marco teórico para a sua realização especialmente os ensinamentos do filósofo norte-americano Ronald Dworkin (1931-2013), que é considerado uma referência para as discussões sobre esse direito e que ao longo de toda a sua trajetória acadêmica procurou desenvolver uma Teoria do Direito sólida a respeito dessa liberdade, não se contentando com argumentos frágeis, mas, pelo contrário, se dedicando a refutá-los. Dworkin esteve muito preocupado em discutir se seria legitimamente democrático impor diferenciações na proteção dos discursos e justificar tais medidas no conteúdo desses e, por isso, ele revela-se um autor fundamental para a nossa pesquisa.

Cumpra ainda destacar que a nossa intenção através do presente trabalho é trazer contribuições para os debates acerca do direito à liberdade de expressão, posto que o desenvolvimento de pesquisas que tenham como base esse direito é algo sempre muito necessário e atual. Havendo uma inerente importância em tais estudos. Ademais, pretende-se contribuir com uma discussão que divide posições entre aqueles que a ela se dedicam, já que quando se fala dessa liberdade surgem questionamentos acerca da ideia de que a sua finalidade seria, primeiramente, de garantir a existência das discussões políticas e que demais formas de manifestação mereceriam uma proteção menor.

O desenvolvimento da pesquisa encontra-se estruturado em dois itens, em que em um primeiro momento nos dedicamos a buscar uma compreensão da liberdade de expressão, especialmente dentro da filosofia do direito. Nesse momento, são apresentados os argumentos que justificam a tomada de um posicionamento em detrimento do outro, com particular atenção para as premissas elaboradas pela teoria dworkiniana. Posteriormente, já no item dois, partiremos desses apontamentos explanados no item um para discutirmos qual a melhor resposta para o nosso problema de pesquisa, que nos propomos a procurar responder. Por úl-



timo, nas considerações finais, são apresentadas as reflexões e resultados obtidos com a realização do trabalho.

## 2 HÁ QUE SE FALAR EM IGUAL PROTEÇÃO PARA TODOS OS DISCURSOS?

Muito se questiona sobre o que significa a liberdade de expressão e quais são os discursos que ela protege. Primeiramente, é preciso compreender que esse não é um direito somente daquele que fala (que se expressa), mas que é também o direito de ouvir as mais distintas ideias e convicções e, a partir disso, decidir o que considera bom ou ruim, justo ou errado, para a sua própria vida. Ele se concretiza não só através da fala, mas de igual modo pela escrita, na arte, na fé, pois quando os cidadãos professam a sua religião ou exercem uma atividade intelectual ou artística, por exemplo, encontra-se presente o exercício do direito à liberdade de expressão.

Nesse cenário, sendo esse um direito que é interpretado por muitos autores<sup>2</sup> como indispensável na vida de todas as pessoas (inclusive daquelas que, seja por qual razão for, preferam por não o exercer em determinadas situações) podemos nos perguntar, afinal, por qual razão ele é tão importante. E se não existiriam certas manifestações que merecem menor proteção do que outras, pois, alegadamente, não se revelariam de grande importância dentro de uma sociedade que é tão plural e que possui dentre os seus objetivos o de dar a todos um tratamento de igual respeito, caso em que algumas expressões, devido ao seu conteúdo, deveriam receber menor proteção estatal.

Essas são duas perguntas, da importância desse direito e a sua extensão, sobre as quais aqui nos debruçaremos, buscando, a partir de nossa interpretação, trazer para elas alguma resposta. Para isso, recorremos a um autor norte-americano, o professor e filósofo do direito Ro-

2 Independentemente de adorarem linhas teóricas distintas, alguns admitindo maior ou menor proteção em relação a esse direito e divergindo em relação aos seus limites, vários são os autores que, em comum, defendem ser o direito à liberdade de expressão um requisito indispensável para as democracias. A título de exemplificação, podemos citar: Ronald Dworkin, marco-teórico da presente pesquisa, C. Edwin Baker, Jeremy Waldron, Cass Sunstein, Michael Sandel, Owen Fiss, dentre outros. No cenário brasileiro, destacam-se: Vitor Amaral Medrado, Marcelo Galuppo, Daniel Sarmento, Álvaro de Vita, Ronaldo Porto Macedo, Clarissa Gross, José Emílio Medauar Ommati, e outros.

nald Dworkin, que exerceu grande influência dentro desse debate. Em sua teoria política, na qual as discussões acerca do direito à liberdade de expressão aparecem com grande frequência, ainda que tão somente com o intuito de exemplificar situações referidas pelo filósofo, uma preocupação muito grande demonstrada por Dworkin foi a de buscar explicar a intrínseca relação existente entre essa liberdade e a legitimidade da democracia como regime político (ROSA, 2014, p. 10).

Instigado por esse objetivo, o autor apontou que embora existam várias explicações para a importância e o *status* que foram adquiridos pela liberdade de expressão ao longo dos anos (tomando em consideração a trajetória constitucional norte-americana, que lhe serviu de parâmetro, e uma série de decisões tomadas pela Suprema Corte desde 1919), com a sua consolidação como direito humano universal, todas as justificativas para isso poderiam ser divididas dentro de dois grandes grupos, aos quais chamou de “justificações instrumentais” e “justificações constitutivas”. Para ele, tal distinção seria significativa por demonstrar que, a depender dos argumentos utilizados, caímos no risco de, tentando ser democráticos, agirmos em contradição àquilo que a democracia verdadeiramente significa (DWORKIN, 2019).

Antes de adentrarmos nessa distinção, ainda cabe ressaltar que para a teoria dworkiniana o direito à liberdade de expressão constitui-se em uma “condição da dignidade”, vez que, nesta, o fato de os cidadãos possuírem liberdade a algo significa que eles poderão agir de uma determinada maneira, até mesmo quando essa for considerada digna de repreensão e, logo, for desaprovada por uma maioria de pessoas. Isso porque não é papel do Estado, dentro de um regime democrático, determinar o que é bom ou ruim para todos, impondo a eles que ajam de uma forma estabelecida, independentemente de eles concordarem ou não com ela (DWORKIN, 2019).

Existindo tantas ideias diferentes umas das outras, com variadas perspectivas de vida, não se configura em uma atitude legítima que o governo se utilize do poder que detém para obrigar os demais a se adequarem a uma visão específica e os impedir de participarem e influenciarem o debate público, ainda que as suas ideias sejam tidas como controversas (DWORKIN, 2019, p. 320). Isso porque, se assim agisse, esse acabaria por ferir o princípio segundo o qual todos os cidadãos, a despeito de suas ideias e opiniões, merecem ser tratados com igual respeito e consideração, isto é, terminaria por desrespeitar a igualdade de todos. Com isso, nota-se que para Dworkin (2011, p. 514) “a liberdade de expressão também ajuda a proteger a igualdade dos cidadãos”.

Isso porque, como demonstrou o autor em sua teoria, a formação da opinião pública deveria ocorrer através da participação de todas as pessoas que compõe a sociedade e nela vivem conjuntamente, pois, para ele, os cidadãos não só podem como devem participar desta formação. E, para que isso seja possível, é o modelo de democracia em parceria (modelo esse que foi proposto e defendido pelo filósofo, como veremos adiante) o mais adequado, eis que nele há a exigência de uma contribuição da parte de todos nas decisões do governo. E seria justamente essa exigência o que tornaria essencial que o direito à livre expressão possa ser por todos exercido da maneira mais plena possível. Logo, é um direito que se configura como uma condição para que as imposições do Estado adquiram legitimidade política (FADEL, 2018).

Será possível compreendermos melhor essa ideia presente na teoria dworkiniana, de que a proteção de tal liberdade implica a proteção da igualdade, quando entendermos a diferenciação por ele realizada para as justificações que existem sobre esse direito. Isso porque, através dessas, o autor foi capaz de demonstrar que a extensão da liberdade de expressão deve ser a mais ampla possível, abarcando mesmo os discursos que mais odiamos e que acreditamos não trazer qualquer utilidade para o debate público e as discussões de caráter político<sup>3</sup>. Posto que, segundo ele, somente dessa forma seria possível haver uma genuína salvaguarda do direito à igualdade e, por consequência, da democracia (DWORKIN, 2011).

O que não significa que esse seja um direito absoluto, noção que não foi defendida pelo autor, mas apenas que o seu limite não pode residir no conteúdo de tais manifestações, pois proibições motivadas pela matéria de que as expressões se revestem são frágeis demais e, além disso, iriam ferir os princípios da igualdade, liberdade e democracia. O que fez com que Dworkin (2019), ao realizar essa distinção, explicasse que, ainda que ambas sejam muito importantes para um entendimento completo sobre o direito à liberdade de expressão e a sua importância dentro do

3 Essa ideia de proteger “as expressões que mais odiamos” é proveniente de um voto dissidente proferido pelo juiz da Suprema Corte norte-americana, em 1929, Oliver Wendell Holmes Jr., ao tratar de um caso que, embora não fosse propriamente sobre a liberdade de expressão, acabou por se tornar um, quando esse juiz trouxe a questão para a discussão. De acordo com o *Justice Holmes*, o pensamento livre revela-se no princípio de maior importância da Constituição, mas não apenas o pensamento livre com o qual nós concordamos, e sim, inclusive, a liberdade do pensamento que nós odiamos. Em: SÁ, Mariana Oliveira de. **O discurso de ódio, o silêncio e a violência**: lidando com ideias odiosas. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 44.

liberalismo e para as sociedades democráticas, apenas uma delas estaria, de fato, comprometida com o ideal da democracia.

No primeiro grande grupo, das justificativas de caráter instrumental, “a liberdade de expressão tem uma importância *instrumental*, ou seja, não é importante porque as pessoas têm o direito moral intrínseco de dizer o que bem entenderem, mas porque a permissão de que elas o digam produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade” (DWORKIN, 2019, p. 318-319). Nesta perspectiva, esse direito seria importante para auxiliar as pessoas na descoberta da verdade e da falsidade dentro da política, de modo que elas pudessem, a partir disso, optar “por bons cursos de ação pública quando a discussão política for livre e desimpedida” (DWORKIN, 2019, p. 319).

Neste sentido, essa seria uma liberdade essencial para a proteção do poder de autogoverno do povo. Mas existe ainda uma outra ideia dentro dessa perspectiva instrumental da liberdade de expressão com que, segundo Dworkin (2019, p. 318-320), precisamos tomar muito cuidado, que é aquela segundo a qual, com a garantia desse direito e a sua utilidade para os discursos que influenciam a política, o governo se tornará, por causa disso, menos corrupto. O que ocorreria porque não seria dado aos governantes o poder para punir os que viessem a criticá-lo. Ou seja, com base nisso, a importância para a proteção dessa liberdade residiria no fato de que, supostamente, ela contribui para a melhoria dos debates políticos que ocorrem nas sociedades.

Tendo isso em vista, de modo resumido, para o autor, todas essas justificativas instrumentais para a liberdade de expressão se configurariam na ideia de que há um compromisso especial entre os Estados Unidos da América (contexto em que se insere a teoria dworkiniana) e esse direito. Em que esse seria um compromisso que se basearia “na adoção de uma estratégia especial por parte do país, uma espécie de aposta coletiva na ideia de que, a longo prazo, a liberdade de expressão nos fará mais bem do que mal” (DWORKIN, 2019, p. 319).

Já dentro do segundo grupo de justificativas para a liberdade de expressão, há a suposição de que esse é um direito que se revela de extrema importância para a democracia, mas não por causa das consequências que a sua garantia traz, e sim “porque o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial ou ‘constitutivo’ de uma sociedade política justa” (DWORKIN, 2019, p. 319). Com isso, nota-se que para esse autor todas as pessoas, excluídas apenas as que não possuam capacidade, devem receber um igual tratamento por parte do Estado no que diz

respeito a manifestação de suas ideias e em suas respectivas perspectivas de vida, o que ocorre porque existe da parte desse um compromisso em tratar a todos com igual respeito e consideração.

E para que esse compromisso seja efetivamente respeitado e concretizado é preciso que as pessoas possuam a liberdade para manifestarem até mesmo aquelas ideias que, por alguma razão, repudiamos e gostaríamos que fossem reprimidas. Uma exigência nesse sentido possui duas dimensões. A primeira é a de que as pessoas moralmente responsáveis, para que assim sejam tratadas, poderão tomar as suas próprias decisões sobre tudo aquilo que compreendem como sendo bom ou ruim em suas vidas, como também sobre o bom ou o mal na justiça, na fé, na política, etc. O que faz com que uma atitude por parte do Estado que seja contrária a isso se configure em uma atitude que fere o ideal da democracia.

Por essa razão,

o Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis. Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la (DWORKIN, 2019, p. 319).

Isso significa que o Estado estará frustrando e negando a responsabilidade moral de cada um dos indivíduos se ele impedir que algumas pessoas exerçam essa liberdade, especialmente pelo fato de que agiria nesse sentido sob a alegação de que as convicções que essas pessoas possuem as desqualificam e, por isso, deveriam ser restringidas. “Na mesma medida em que o Estado exerce o domínio político sobre uma pessoa e exige dela a obediência política, não pode negar nenhum desses dois aspectos da responsabilidade moral da pessoa, por mais odiosas que sejam as opiniões que esta decida ponderar ou propagar” (DWORKIN, 2019, p. 320).

Para explicar a compreensão que adota em relação a isso, Dworkin (2019) aponta que assim como o Estado não possui qualquer direito de negar aos seus cidadãos o direito que eles possuem de votar, o mesmo ocorre em relação a garantia do direito à liberdade de expressão. Pois se dessa forma decidir por agir, então estará abrindo mão de um aspecto substancial daquilo que o torna um poder legítimo. Ou seja, a proibição de expressões não-políticas demonstra ser um mal tão grande quanto a

proibição das expressões que compõem o debate político, como os discursos explicitamente políticos.

Por causa disso, todos os cidadãos devem possuir oportunidades iguais para participarem da vida política e nela desempenharem algum papel. Mas isso não pode significar apenas que eles terão o mesmo direito ao voto, “mas também a igualdade de voz tanto nas deliberações públicas formais quanto nos intercâmbios informais. Esse é o direito assegurado, em princípio, pela Primeira Emenda” (DWORKIN, 2010, p. 190). E ele é o mínimo para que possamos falar na existência de uma democracia, dado que sem a sua garantia, por meio da qual os cidadãos poderão tomar as suas próprias decisões sem que sejam reféns daquilo que é imposto por uma maioria ou autoridade, seria inviável existir uma parceria democrática.

### 3 DISCURSO POLÍTICO X NÃO POLÍTICO

Através do que foi até aqui compreendido notamos que todas as demais formas de expressão existentes, que não só as de caráter claramente político, são também dignas de igual proteção. O que ocorre porque “assim como os cidadãos têm o direito de participar da política, também têm o direito de contribuir para a formação do clima moral ou estético” (DWORKIN, 2019, p. 320). Por isso, a Primeira Emenda, que no contexto norte-americano é a responsável por garantir, dentre outros direitos, as liberdades de expressão e de imprensa, possui uma função que podemos interpretar como igualitária. Por essa razão, ela não pode estar restrita tão somente às expressões políticas, pois a vida das pessoas, inegavelmente, é afetada por muitas outras questões que não só pelo ambiente político.

Considerando isso, ao abordar o papel igualitário desse dispositivo, o autor comentou que

Ela proíbe a censura dos pervertidos sexuais ou dos neonazistas, não porque alguém pense que as contribuições deles vão impedir a corrupção ou melhorar a qualidade do debate público, mas porque a igualdade exige que todos, por mais excêntricos ou desprezíveis que sejam, tenham a oportunidade de exercer sua influência não só nas eleições, mas na política em geral. Não se deduz daí que o Estado vá, no fim, respeitar igualmente a opinião de todos, nem que as decisões oficiais serão igualmente favoráveis a todos os grupos. O que a igualdade exige é que todas as opiniões tenham a

oportunidade de exercer sua influencia, e não que todas triunfem ou mesmo sejam representadas naquilo que o Estado efetivamente faz (DWORKIN, 2019, p. 380).

Cumpra aqui destacar, mesmo que de maneira breve, acerca do modelo de democracia conforme foi defendido por esse filósofo, pois a sua compreensão acerca desse regime político influenciou em muito o desenvolvimento da sua teoria, impactando toda a sua trajetória acadêmica. Ele foi bastante crítico a ideia de que a democracia seria um mero respeito à premissa majoritária, isso porque, entendido esse regime político como “poder do povo”, não lhe aparentava ser possível que isso significasse a simples maioria dos cidadãos votantes (VERBICARO; FADEL, 2018).

O fato de que as decisões coletivas se constituem, alegadamente, na vontade da maioria (elas seriam fruto dessa) não poderia ser tido como suficiente para dizermos que, apenas por causa disso, esse é um modelo justo de democracia, mesmo se essa maioria estiver bem informada (VERBICARO; FADEL, 2018). À vista disso, se a maioria, apoiada em uma ideia e/ou concepção de vida que julga como sendo a única correta, recusar aos seus concidadãos que tenham o direito de se expressarem, sejam quais forem as suas manifestações, e por mais que as considerem perigosas ou agressivas, então isso significará que esses deixarão de ser tratados como iguais dentro da competição argumentativa pelo poder (DWORKIN, 2011).

É para evitar que isso ocorra que nós “devemos permitir a cada cidadão, que pretendemos ter a obrigação de cumprir nossas leis, uma voz igual no processo que produz tais leis, mesmo quando justamente detestamos suas convicções, ou então perdemos o direito de lhes impor nossas leis” (DWORKIN, 2011, p. 514). Com isso, dentro da teoria dworkiniana nós podemos perceber que o direito à liberdade de expressão é indispensável, pois, ao impor tal princípio, ele é responsável por dar proteção a igualdade dos cidadãos.

Foi uma interpretação como essa que permitiu e auxiliou o filósofo norte-americano a sustentar uma concepção constitucional da democracia, em que o governo se sujeita às condições (que são chamadas de condições democráticas) de igualdade de *status* para todos os cidadãos. O que faz com que, sendo essas garantidas e respeitadas, as decisões tomadas pelas instituições majoritárias devam ser por todos aceitas, mas, caso essas condições não venham a ser garantidas e respeitadas, ou se isso

se realizar de modo insuficiente, então elas serão consideradas inconstitucionais (MOTTA, 2018, p. 85).

Nesta concepção da democracia, a qual o autor também chamou de comunitária ou em parceria, o que se observa é a existência de uma democracia que se constitui, como o seu nome diz, em uma parceria, ela é co-participativa. O que pressupõe que o povo governe a si próprio de modo a considerar cada um dos seus integrantes como um parceiro integral em um empreendimento político coletivo. Em razão disso, só será considerada democrática a decisão que foi tomada pela maioria dos cidadãos se determinadas condições forem observadas, as quais tenham como objetivo dar proteção ao *status* de igualdade e os interesses de cada um deles enquanto parceiros integrais desse procedimento (MOTTA, 2018, p. 83).

Isso significa que uma comunidade na qual os interesses de alguma minoria ou grupo específico são ignorados será, exatamente por causa disso, não democrática (MOTTA, 2018). O que pode ser exemplificado através da imposição de restrições para as manifestações que são expressas por um grupo específico, pois as ideias desses seriam, supostamente, subversivas, perigosas ou odiosas demais, ou também simplesmente por serem consideradas de mau gosto, devendo ser censuradas. Ao excluir essas pessoas do debate, restringindo o exercício do direito à liberdade de expressão delas, o Estado estará, em consequência, negando que essas possuam uma igual posição dentro da sociedade.

Pois como temos visto até aqui e “vale lembrar, uma vez mais, que para Dworkin a liberdade de expressão é uma condição indispensável para alcançar a legitimidade política e jurídica que fundamentam os regimes democráticos” (ASSAF, 2019, p. 198). E é por isso que, embora não tenha negado que, de fato, a liberdade de expressão muitas vezes tenha um alto “preço” para aqueles que são o alvo de certos discursos, como as expressões negacionistas, racistas e sexistas, ele defendeu que seria somente quando permitíssemos que esses também adentrassem o debate que poderíamos falar na existência de legitimidade da democracia, das leis e das decisões políticas (ASSAF, 2019).

A partir disso nós podemos notar que Dworkin foi um autor que entendeu que se o objetivo da liberdade de expressão residisse apenas na ideia de que essa deveria garantir o bom funcionamento da democracia, para ser um instrumento que possibilitasse as pessoas adquirirem as informações que julguem necessárias para votar e garantir que o governo não seja corrupto nem incompetente, então tal liberdade seria bem menos



importante em outras questões. Como, por exemplo, no caso de expressões artísticas ou nas decisões pessoais e sociais (DWORKIN, 2019, p. 321-322).

Isso porque se configura em um argumento muito fraco e, logo, fácil de derrubar, dizer que os cidadãos devem ter acesso a determinados conteúdos e ler certos tipos de literatura para que possam votar com inteligência nas eleições. A pornografia e a literatura que, de modo explícito, menciona o sexo, nada tem a acrescentar na forma como as pessoas votam, não contribuindo de qualquer maneira para as discussões que compõem o debate político. Ou seja, com base em um argumento nesse sentido, que adotasse essa perspectiva, se tornaria muito mais atingível a imposição de restrições aos discursos que incomodam parcela da sociedade e nos quais essa não enxerga qualquer utilidade.

E é por causa disso que esse autor veio a entender que a utilização exclusivamente da justificativa instrumental, com ênfase em uma suposta qualidade especial das expressões políticas, seria algo muito lamentável, e também perigoso, para a liberdade de expressão. Pois a adoção de posicionamento nesse sentido serviria para reforçar a ideia de que a Primeira Emenda se resume a isso e que a justificativa constitutiva seria deslocada ou mesmo desnecessária (DWORKIN, 2019, p. 324-325).

Ao refletir sobre isso e procurar respostas que estivessem bem fundamentadas para tais problemas, ele se ocupou igualmente de questionar os argumentos que sustentam a tomada de uma posição em detrimento de outra, pois, em seu entendimento, o grupo de justificações instrumentais não seria suficiente para explicar importantes decisões que, no passado, foram tomadas pela Suprema Corte norte-americana acerca da extensão da liberdade de expressão e que, assim, foram as responsáveis por aumentar o seu leque de proteção (DWORKIN, 2019, p. 324-325).

Para não deixarmos de apontar uma posição contrária, cabe o destaque para o fato de que, contrapondo os argumentos da teoria dworkiniana, o constitucionalista norte-americano Cass Sunstein (1995, p. 121-166) entendeu que, embora o Estado devesse adotar uma posição imparcial no que diz respeito ao exercício da liberdade de expressão pelos cidadãos, não interferindo no conteúdo de seus discursos, pois uma atitude nesse sentido seria arbitrária, logo, violando os ideais do republicanismo político, ainda assim advogou em favor da tese de que as expressões poderiam, e deveriam, ser divididas em dois níveis.

Em que no primeiro nível estariam os discursos que se revestem de conteúdos que possuem um alto valor político, ao passo que no segundo nível estariam as demais expressões que, diferentemente das

primeiras, possuiriam, supostamente, um baixo valor político. O autor entende que todos os discursos que pertencem ao primeiro grupo devem gozar de proteção absoluta pela Constituição, sendo ilegítimo que o Estado nelas intervenha. No entanto, para as do segundo grupo, a proteção seria reduzida, pois elas não auxiliariam no enriquecimento e fomento do debate público, razão que justificaria uma menor proteção (SUNSTEIN, 1995, p. 121-166).

Tal ideal republicano, de acordo com o qual a comunidade e as instituições deveriam se orientar para a promoção do “autogoverno dos cidadãos, atribui grande importância à deliberação pública e ao tratamento imparcial que deve ser dispensado aos atores políticos, sempre visando a garantir uma noção de cidadania que estenda a todos o direito a uma ampla participação política” (ASSAF, 2019, p. 26). Apesar de adotar um posicionamento como esse, mais restritivo que aquele presente na teoria desenvolvida por Dworkin, as teorias que foram desenvolvidas por esses dois autores possuem diversos pontos similares.

Isso pois, assim como esse último, Sunstein também entendeu que “somente será legítima a interferência do Estado no conteúdo dos discursos quando ficar demonstrado o risco concreto de danos genuínos decorrentes da manifestação expressiva” (ASSAF, 2019, p. 27). O que significa que de acordo com essa concepção “a Primeira Emenda está ligada, especificamente, à implementação de um governo autônomo e democrático” (MEDRADO, 2019, p. 96).

De maneira que a pretensão do constitucionalismo norte-americano seria a criação de condições para uma democracia deliberativa, que não simplesmente a de ter protegidos “interesses privados preexistentes ou servir a pressões particulares. Ao contrário, ele é projetado para garantir a participação de diferentes perspectivas que podem influenciar na deliberação e na construção dos rumos do governo” (MEDRADO, 2019, p. 96). Razão pela qual ele precisa englobar mais do que os discursos de cunho político, mas também as demais formas de expressão que, supostamente, não se encaixariam nesse modelo.

Nesse sentido, essa liberdade se constitui em um direito que não se encontra limitado tão somente nas deliberações democráticas, “mas também se dá como a possibilidade de outras formas de expressão. É preciso que seja assim mesmo, porque a linha divisória traçada entre os discursos que são importantes para a deliberação política e aqueles que não são é sempre de alguma forma arbitrária” (MEDRADO, 2019, p. 97). Dworkin se preocupou de modo especial com essa questão, isso porque,

para esse autor, “de todos os mandamentos igualitários da Constituição, o mais fundamental é o mandamento de igualdade em todo o processo político” (DWORKIN, 2019, p. 379).

Por esta razão que embora não lhe aparentasse ser difícil imaginarmos que algumas violações da igualdade política acabariam por ser benéficas para aqueles que pertencem a grupos desprivilegiados, como, por exemplo, se fosse negado o direito de voto aos cidadãos que se expressam através de manifestações e opiniões racistas ou sexistas, no entanto uma atitude nesse sentido seria inconstitucional, dado que há na Constituição a exigência de “que todos possam desempenhar o mesmo papel no processo formal de escolha do Presidente, do Congresso e de outros ocupantes de cargos públicos; exige que ninguém seja excluído só porque suas opiniões ou gostos são demasiado ofensivos, irracionais ou desprezíveis” (DWORKIN, 2019, p. 379).

E é a partir disso que, em síntese, nós podemos compreender que

A política não se resume às eleições. Entre os pleitos, os cidadãos continuam desempenhando o seu papel político, pois os debates e discussões públicas informais influenciam os atos dos políticos responsáveis – e também daqueles que anseiam pela reeleição. Por isso, a Primeira Emenda dá uma grande contribuição à igualdade política: assim como ninguém pode ser proibido de votar porque suas opiniões são desprezíveis, também não se pode negar a ninguém o direito de falar, escrever ou manifestar-se pelo rádio ou pela televisão pelo simples fato de as opiniões dessa pessoa serem insultuosas demais para ser levadas em consideração. Evidentemente, essa emenda também atende a outros objetivos: a liberdade de expressão colabora para que a estupidez e a corrupção do governo venham a público e faculta um debate público vigoroso que às vezes gera novas ideias e refuta ideias antigas. Porém, o papel igualitário da Primeira Emenda independe totalmente dessas outras funções (DWORKIN, 2019, p. 379-380).

Isso significa que a função igualitária contida na Primeira Emenda não está restrita às expressões políticas, pois a vida dos cidadãos não é afetada apenas pelo ambiente político, mas também por diversas outras questões e, até mesmo de um modo mais amplo, por aquilo que chamamos de ambiente moral. Sendo que esse é criado, ao menos em grande medida, pelas demais pessoas. Devido a isso, se nos comprometemos a ter uma sociedade que seja verdadeiramente igualitária, essas opiniões que entendemos como controversas “não podem ser proscritas de ante-

mão pelo direito civil ou penal: têm, antes, de ser desacreditadas pela repugnância, pela indignação e pelo desprezo das outras pessoas” (DWORKIN, 2019, p. 382).

Sejam as expressões que adentram o debate público possuídas de caráter político ou não, todas elas merecem receber do Estado a mesma proteção, pois é somente dessa forma que esse estará concedendo aos cidadãos um tratamento com igual respeito e consideração. De modo que, conseqüentemente, respeitará o fato de que esses são, para usar a terminologia dworkiniana, agentes morais responsáveis. Se não faz isso e estabelece que algumas expressões são mais dignas de proteção do que outras, como no caso dos discursos expressamente políticos, em que aqueles que assim não forem caracterizados receberão um grau menor dessa proteção, ele estará ferindo não só a ideia de que a liberdade de expressão é para todos, mas o próprio princípio da igualdade e o seu compromisso com a democracia.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa, que apresenta como seu tema central uma discussão acerca da extensão do direito à liberdade de expressão, estabeleceu como objetivo geral analisar de que modo a proteção dos discursos não políticos (discursos que não contribuam e/ou abordem de modo explícito essa discussão) também se faz necessária para dar legitimidade ao Estado Democrático de Direito. Para concretizá-lo, foram abordados os argumentos que procuram justificar que mesmo os discursos que não possuem esse caráter também seriam tão dignos de proteção estatal quanto aqueles que pertencem a tal grupo.

Isso se realizou para que pudéssemos responder ao problema de pesquisa que foi levantado em seu início, através do qual procuramos questionar se, tendo em vista a adoção da democracia como regime político, todos os discursos deveriam ser igualmente protegidos, sem quaisquer diferenciações. Respondê-lo se faz importante justamente para que possamos compreender sobre a extensão dessa liberdade e para que mais do que saber quais são os discursos que ela abarca, saibamos se a eles são dispensados um igual grau de proteção.

Como vimos, embora tanto as expressões artísticas como as políticas possuam a proteção constitucional do direito à liberdade de ex-

pressão, há uma discussão se essa proteção deveria ocorrer da mesma forma para ambas, isto é, em um mesmo grau. Isso ocorre por haver um argumento segundo o qual os discursos explicitamente políticos estão em um nível mais elevado dentro do debate democrático, o que justificaria, nesse caso, que fosse dada para eles uma maior extensão desse direito.

No entanto, conforme restou demonstrado através da filosofia de Ronald Dworkin, se constitui em uma atitude antidemocrática a separação de discursos devido ao seu conteúdo, diferenciando-os de modo a determinar que alguns são mais dignos de proteção do que outros. Uma atitude por parte do Estado que agisse nesse sentido estaria em desacordo ao princípio segundo o qual todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito e consideração, o que faz com que, independentemente de quais sejam as suas ideias, convicções e perspectivas de vida, todos eles estejam igualmente protegidos.

Por essa razão, amparados pela teoria dworkiniana, compreendemos que, em resposta ao problema de pesquisa que guiou toda a investigação, sim, todos os discursos devem estar em pé de igualdade no que diz respeito a proteção que é conferida pelo Estado. Isso não significa que todas as ideias devem triunfar e ser levadas a sério, mas que será garantido para todas elas, ao menos, a possibilidade de que venham à público, mesmo quando as considerarmos tão repulsivas que deveriam, por isso, ser restringidas. Assim, conclui-se que no que diz respeito a extensão da liberdade de expressão, deve haver a igual proteção de todos os discursos, que não só os explicitamente políticos, como um requisito para a legitimidade da democracia.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSAF, Matheus. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**: Por que devemos tolerar ideias odiosas? Belo Horizonte: Dialética, 2019.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

FADEL, Anna Laura Manesch. **O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?** Uma análise das teorias de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron a partir da herança do liberalismo de John Stuart Mill. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MEDRADO, Vitor Amaral. **A liberdade de expressão e a justiça brasileira**: tolerância, discurso de ódio e democracia. 2 ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Dialética, 2019.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

ROSA, Leonardo Gomes Pentead. **O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin**: O caso da liberdade de expressão. 2014. 254f. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SÁ, Mariana Oliveira de. **O discurso de ódio, o silêncio e a violência**: lidando com ideias odiosas. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

SUNSTEIN, Cass R. **Democracy and the Problem of Free Speech**. New York: The Free Press, 1995.

VERBICARO, Loiane Prado; FADEL, Anna Laura Manesch. O modelo de democracia à luz da teoria de Ronald Dworkin. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, Curitiba, v. 52, n. 3, p. 248-274, jul./set. 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3058/371371592> Acesso em: 10 maio. 2021.

# REFLEXÕES SOBRE OS PARADOXOS DA DEMOCRACIA NA SOCIEDADE DO RISCO: EXCLUSÃO DO POVO NA POLÍTICA E CISÃO ENTRE SER HUMANO E SOCIEDADE

## REFLECTIONS ON THE PARADOXES OF DEMOCRACY IN THE RISK SOCIETY: PEOPLE'S EXCLUSION IN POLITICS AND THE SPLIT BETWEEN HUMAN BEING AND SOCIETY

Maren Guimarães Taborda<sup>1</sup>

**RESUMO** :Trata o presente ensaio da reflexão sobre os paradoxos da democracia nas sociedades complexas (os riscos), principalmente aqueles que estão relacionados à contínua e sucessiva produção de desigualdades na cultura das redes, à exclusão do povo do discurso e da práxis democrática e à cisão entre seres humanos e sociedade (redes comunicativas). O caminho utilizado foi o histórico-jurídico, combinado com o método realista de conhecimento da realidade constitucional e aquele adotado pela teoria sistêmica. A exposição foi organizada dedutivamente, e adotou-se, como procedimento, a comparação de autodescrições feitas pela dogmática jurídica. As conclusões parciais foram sendo fixadas ao longo do texto, e as mais gerais, vêm alinhavadas ao final.

**PALAVRAS-CHAVE:** democracia; desigualdades; exclusão do povo; ser humano; redes comunicativas

---

1 Doutora e Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela *Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS*. Especialista em Gestão Tributária pela *UCLM - Universidad Castilla La Mancha*. Atualmente é Professora Titular de História do Direito, de Direito Constitucional e de Direito Administrativo da *Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul* (Graduação e programa de Mestrado), Professora de Direito Constitucional na *Escola Superior de Direito Municipal*. Procuradora do Município de Porto Alegre (inativa). Líder do Grupo de Pesquisa “*Transparência, direito fundamental de acesso e participação na gestão da coisa pública*”, da FMP-RS. Linha Tutelas à efetivação de Direitos Transindividuais, na qual se insere o presente estudo. Orcid.org/0000-0002-2947-7983. Endereço eletrônico: [tabordamaren@yahoo.com.br](mailto:tabordamaren@yahoo.com.br)

**ABSTRACT:** This paper discusses on the paradoxes of democracy in complex societies (the risks), especially those that are related to the continuous and successive production of inequality in network culture, the exclusion of the people from the speech and democratic praxis and the split between human beings and society (communication networks). The chosen path was the historical-legal approach, combined with the realistic method of knowledge of constitutional reality and adopted by the systemic theory. The presentation was organized deductively and it was adopted, as procedure, the comparison of self-descriptions made by legal dogmatics. The partial conclusions were stated throughout the text, and the most general ones, are aligned at the end of the present article.

**KEYWORDS:** Democracy, inequalities, peoples' exclusion, human being, communication nets

Será que Deus há  
nas celestiais fogueiras do universo  
se na voz dos afogados  
os halos são sempre vãos?

E nesta afiação de facas  
atada ao ranger do mar  
nos uivos que a noite gera  
nas tormentas da enseada  
de São Joaquim de Garopaba  
será que Deus há?

Ou são fantasmas de baleias  
chorando a morte das crias  
que aqui vieram se abrigar?

Ou são remorsos do homem  
a fera maior do mar?

(Wilmar Taborda, *Cantos de Garopaba*)



## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira está vivendo uma tragédia comparável - em magnitude e escala - ao genocídio indígena e à escravidão negra. O governo ataca a verdade fatural, falsifica e nega fatos mentirosamente, age contra a estabilidade institucional, e a população assiste, paralisada, o chefe de Estado praticar atos que a ciência jurídica qualifica como crimes contra a humanidade, crimes de responsabilidade e crimes comuns. A realidade tem mostrado a existência de uma multidão de invisíveis, pessoas que não têm certidão de nascimento, cpf, título eleitoral, ou tudo o que os qualifica como sujeitos de direito e isso expõe as vísceras e contradições do sistema político no País.

De fato, na política das sociedades contemporâneas, a opinião pública deixou de ser uma reserva de consenso para passar a ser tão somente o reflexo da sociedade que se representa através dos meios de comunicação de massa, que, por sua vez, constituem um sistema autônomo. Neste sistema, a seletividade se dá pela distinção informação/não-informação (LUHMANN, 2005), de modo que os temas da política estão ligados ao potencial de integração da opinião pública (instável, indeterminada e variável). Na diferenciação atual da política, os parlamentos exprimem publicamente os temas da política, “organizando as decisões de modo a produzir consenso, não obstante o dissenso sobre os princípios. Cada decisão reduz a complexidade do ambiente e incrementa a complexidade do sistema” (DE GIORGI, 1998, p. 41) e, em tal perspectiva, é democrático o sistema da política que mantém elevada a complexidade, a partir de dois pressupostos: a positivação do sistema jurídico e a universalização dos meios de comunicação de massa, porque através desses últimos a sociedade pode se representar por meio da opinião pública.

Com isso, a democracia de um sistema político estará dada “pela sua capacidade de construir estruturas processualizando causalidades e fixando sequências com relação às emergências que se manifestam simultaneamente” (DE GIORGI, 1998, p. 46). Democracia, para a teoria sistêmica, é a improvável aquisição evolutiva do sistema da política, resultado de suas operações (de si mesmo) e se tornou pressuposto e orientação para a seletividade e estabilização em seu interior. Democracia pode, então, ser entendida como o ponto de referência para a elaboração política da complexidade da sociedade.

Na descrição sistêmica, a Constituição dá a unidade entre o sistema da política e o do direito e aduz que o paradoxo mais evidente da

democracia – o risco – é precisamente a possibilidade de produzir “ampliação das diferenças – e, conseqüentemente, de produzir novas desigualdades – por meio da compensação do tratamento de outras desigualdades” (DE GIORGI, 1998, p. 46). Com o acoplamento entre o sistema do mercado (econômico) e o da política, produz-se exclusão econômica que gera a fragmentação da ordem social e jurídica entre os que não têm acesso às prestações materiais vitais, os que os têm, e os que não o têm mais em razão do empobrecimento. Com tal exclusão – social – a Constituição não mais consegue impor o código do direito ao da política: as injustiças sociais, econômicas e políticas se tornam também jurídicas, como a violência ilegal contra os pobres.

Em tal processo contínuo de exclusão/inclusão da política (plano empírico), a democracia pode ser descrita como um simulacro, em que se reconhecem direitos e se os nega, ao mesmo tempo, de forma parcial ou total e automática, em razão da instrumentalidade do direito pelo poder constituído. Na dimensão formal (organizacional), as democracias contemporâneas, como a do Brasil, toleram um grau de exclusão social num patamar elevadíssimo e isso pode significar a *eliminação* de uma democracia, pois, nela, há ausência de povo.

Finalmente, há que se considerar que, na democracia moderna, há uma diferença intransponível entre instituições sociais e seres humanos concretos, de modo que as pretensões individuais surgem “dos conflitos comunicativos e de seus resultados obtidos na política, moral, religião e direito” (TEUBNER, 2016, p. 286). Autonomizada a matriz da política, os direitos fundamentais impõem limites às suas tendências totalizantes, e passa a ser tarefa da dogmática jurídica fazer a diferenciação entre os direitos humanos latentes, “pretensões dos seres humanos de carne e osso à integridade corporal e psíquica”, reconstruídos como “direitos vivos”, (TEUBNER, 2016, p. 285), e os direitos fundamentais pessoais e institucionais. Não é mais possível traduzir os direitos humanos e os direitos fundamentais como direitos individuais ou transindividuais compactos, e por isso, se torna cada vez mais importante a reflexão sobre *instituições* que orientam normas e pessoas, pois essas se definem como feixes de normas passíveis de personalização.

Postas tais premissas, é objetivo deste estudo alinhar reflexões sobre os paradoxos do sistema democrático nas sociedades contemporâneas, principalmente no que diz respeito à contínua produção de desigualdades, à exclusão do povo na política e à cisão entre ser humano e sociedade, observada pela teoria sistêmica. Para tanto, a partir do método

histórico-jurídico (o direito é constitutivo e parte integrante dos acontecimentos), do método *realista* de conhecimento da realidade constitucional e daquele adotado pela teoria sistêmica, o ensaio inventaria, primeiro, as principais teses que explicam o principal “risco” da democracia, qual seja, a produção contínua de desigualdades na cultura das redes (1), para, depois, estabelecer um diálogo com a tese da filosofia política sobre a encriptação do poder, observando-se a exclusão do povo do discurso e da práxis democrática(2). Finalmente, o estudo relata diferenciações feitas pela teoria sistêmica, dando conta da insuficiência das descrições feitas pela dogmática tradicional dos direitos fundamentais para resolver conflitos concretos que envolvem a autonomia das redes comunicativas e a exclusão radical de seres humanos da sociedade (3). O método utilizado para a exposição foi o dedutivo (do geral para o particular), e o procedimento, comparativo de autodescrições feitas pela dogmática jurídicas. As conclusões parciais foram sendo fixadas ao longo do texto, e as mais gerais, estão alinhavadas ao final.

## 2 A PRODUÇÃO CONTÍNUA DE DESIGUALDADES DECORRENTE DA AMPLIAÇÃO SUCESSIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na teoria sistêmica, o mundo e a sociedade inteira são vistos como produto da comunicação social, como o presente de tal comunicação que produz, continuamente, a alteridade, ao representar a operação exclusão/inclusão e complexidade, que é o excesso dessa alteridade. Como diz Luhmann, “aquilo que sabemos sobre nossa sociedade ou mesmo sobre o mundo no qual vivemos, o sabemos pelos meios de comunicação” (LUHMANN, 2005, p. 15), que são as instituições da sociedade que utilizam meios técnicos de reprodução para a difusão da comunicação. Assim, os meios de comunicação é que possibilitam as condições operativas das sociedades complexas, porque tornam visível a simultaneidade das operações dos sistemas sociais (DE GIORGI, 1998, pp. 38-39), e não há, nessas condições, um sistema social que governe a sociedade inteira: cada sistema singular somente é capaz de controlar a si mesmo e desse modo reagir às irritações que provém do ambiente. A arquitetura de autodescrição da sociedade feita pelo racionalismo iluminista promoveu sedimentações de sentido importantíssimas, mas, atualmente, não conta com substitutos funcionais: pós-modernidade, neoconstitucionalismo, globalização, são conceitos que escapam às distinções bem/mal, progres-

so/conservação, e remetem a “desdobramentos produzidos na estrutura da sociedade moderna”, caracterizada pelo dualismo universalismo/particularismo (DE GIORGI, 1998, p. 38). Na busca de eliminarem-se os riscos, adotando-se a melhor técnica, a melhor alternativa, é preciso fazer seleções e escolhas. Com isso, a narrativa se desenvolve para a proteção do presente, declarando-se a sociedade moderna como ‘sociedade do risco’, ou ‘sociedade em risco’.

Ao tratarem de risco, Luhmann e De Giorgi identificam ser o mesmo, na realidade, uma construção da comunicação que descreve a possibilidade de arrepender-se, no futuro, de uma escolha que produziu o dano que se queria evitar. Dessa forma, risco está ligado ao sentido da comunicação e é relevante por este aspecto, não pelos vestígios que podem existir na consciência. Acrescentam os autores que o risco estabelece a necessidade de um cálculo do tempo, segundo condições a respeito das quais nem a racionalidade, nem o cálculo da utilidade e nem a estatística podem fornecer indicações úteis (DE GIORGI, 1998; LUHMANN, 1997). De risco só se pode falar no limite em que se atribui consequências às decisões. A decisão ocorre no presente e com os elementos conhecidos nesse presente. Por isso, produzir diferenciações, permitir especificações que vão gerar seleções para o processo de decisão é relevante.

O conceito de risco define um problema pluridimensional e complexo, que não pode ser adequadamente analisado por meios relativamente simples da clássica lógica bivalente, porque expande o potencial para as decisões, multiplica a possibilidade de escolha, racionaliza a incerteza (no sentido de que permite ativar mecanismos de sua absorção), amplia os caminhos do agir possível. As alternativas multiplicam-se e, em relação ao futuro, o ‘não-saber’ (o risco) integra incertezas (DE GIORGI, 2006). Por isso, a teoria sistêmica descreve o sistema social como diferenciado e não como linearidade de ‘causa/consequência/resultado’. As diferenciações possibilitam o conhecimento das alternativas possíveis, a partir de distinções.

O primeiro risco da democracia diz respeito à inclusão universal de todos no sistema da política, viabilizada pelo sistema de direitos fundamentais. De fato, a ampliação sucessiva dos direitos fundamentais foi obtida historicamente pelas lutas sociais por igualdade em que o *status* objetivo de uma pessoa foi alargado com novas atribuições e estendidas tais atribuições a um número sempre crescente de membros da sociedade. O direito, com isso, ganhou determinados conteúdos e as relações jurídicas, restaram universalizadas e paulatinamente adjudicadas àqueles grupos que até então estavam excluídos ou desfavorecidos (HONNETH, 2003, pp. 192;197). A ideia de Constituição Democrática é no-

tável precisamente porque inclui os conflitos sociais e econômicos na Constituição (FIORAVANTI, 2018, p. 182), ao mesmo tempo em que afirma a inviolabilidade ou intangibilidade das normas constitucionais e o equilíbrio dos poderes.

O ‘excedente’ - o ‘outro lado’ das operações de inclusão/exclusão do sistema político, é que os governos respondem seletivamente aos grupos com influência política, com interesses mais bem organizados, isto é, capazes de se defender por si mesmo. Direitos de proprietários, por exemplo, se consolidaram muito antes dos direitos dos trabalhadores; normas que asseguram as prerrogativas masculinas e a sujeição feminina foram estabelecidas muitos antes das normas que asseguram as posições das mulheres, e assim por diante. A contraposição entre incluídos e excluídos, por conseguinte, inicialmente feita a gume de espada, posteriormente é “racionalizada e se especializa na determinação de quem é quem na hierarquia da sociedade, e, partir desta ótica, a uns se faculta e outros não o acesso aos órgãos de decisão política, bem como a aptidão de praticar atos juridicamente válidos na vida civil” (TABORDA, 2010, p. 18). Só quando surge a concepção democrática de poder político é que novos segmentos sociais vão sendo incorporados.

Nestas condições, quando um número amplo de agrupamentos possui algum grau de influência política, os cidadãos comuns têm a capacidade de somar instrumentos legais aos meios extraleais que usualmente empregam para proteger os seus interesses, constituindo o que na linguagem da filosofia política se chama “pluralismo assimétrico”. Em suma, os membros dos grupos politicamente influentes recebem mais garantias que os membros dos grupos politicamente insignificantes, vide o caso dos indígenas no Brasil (TABORDA; SPAREMBERGER, 2019) e daí resulta que o poder que têm os grupos sociais não é equivalente. Na medida em que os privilégios e poder dos ricos decorrem do grau de controle que tenham sobre determinado território, estes se vêm motivados a proporcionar, para todos, incluindo os pobres, algum grau de inclusão política, certeza legal e segurança nas transferências econômicas. Assim, mesmo os poderosos precisam da cooperação para alcançar seus propósitos, de modo que, em tempos de paz, o governante outorgará aos pobres e vulneráveis procedimentos legais equitativos, participação democrática e direitos de propriedade.

Se políticas distributivas são apostas estratégicas, por meio das quais as elites políticas e econômicas asseguram hoje a cooperação de podem necessitar amanhã, quando um governo está totalmente seguro em relação à cooperação dos grupos da elite social, tranquilamente pode

reduzir as garantias legais dos grupos excluídos (HOLMES, 2008). Isso é o que está acontecendo no Brasil, pois a reação às políticas públicas inclusivas de mulheres, negros, deficientes, índios, LGBTs (todas com base na Constituição), foi despejada sobre as urnas em 2018, quando foi eleito um governo de viés totalitário.

O caso do assassinato da vereadora carioca Marielle Franco é ilustrativo a esse respeito: sendo ela mulher e negra, estava se constituindo na liderança nacional capaz de obstaculizar a opção totalitária, em razão de sua atividade, que personalizava a ação política contra o racismo, o machismo, a misoginia e a intolerância de uma sociedade viripotestal e mestiça, em que predomina a violência e ferocidade *de origem*.<sup>2</sup> A investigação policial conduzida apontou para a responsabilidade de um grupo de milicianos, donos de imóveis em bairros populares, que viram seus interesses contrariados. Milicianos esses com ligações estreitas com aqueles que chegaram ao poder central do país em 2018 (TABORDA; PRESTES, 2019). É a violência que discrimina sobre a base da inclusão universal de todos no sistema da política e não só a que é produzida pela seletividade (DE GIORGI, 1998). Em síntese, o 'outro lado' da progressiva inclusão de grupos marginalizados na esfera jurídica e da crise atual do capitalismo da sociedade de informação, é precisamente o hiperterrorismo, o fanatismo religioso, a especulação financeira, a falência das grandes empresas, a poluição e a corrupção política, principalmente em forma de corrupção urbana (FARACO DE AZEVEDO, 2018).

Desse modo, são universais os riscos da democracia, pois ela é possível em todos os sistemas da política, inclusive em suas diferenças regionais. Com isso, surgem novos problemas de determinação causal de efeitos produzidos no tempo e que implicam uma imprevisível quantidade de fatores causais concomitantes. Multiplicam-se tentativas de alcançar determinações causais aceitáveis por meio de contínuos deslocamentos e incalculáveis inversões do ônus da prova. Estendem-se previsões de justiciabilidade de interesses não claramente definíveis e constelações de riscos não precisamente determináveis. Por intermédio da jurisprudência, aumenta a capacidade de aprendizagem do sistema jurídico e, com isso, estende-se a tendência de repolitizar temas do risco que a política despe-

---

2 Em 1126, quando o 1º. Rei de Portugal, D. Afonso Henriques, prendeu a mãe em um castelo e logo proclamou-se rei por direito próprio, ele e seus cavaleiros “comportaram-se não propriamente como um exército, mas como bandidos que faziam incursões em território inimigo com o objetivo de pilhar e de raptar civis que eram transformados em escravos” (CROWLEY, 2016, pp. 18; 19-20).

jou sobre o direito. A tendência imediatamente reconhecível é aquela de uma transferência do tratamento do risco do direito para a economia. O risco monetariza-se. Como a economia pode tolerar limitadamente a externalização do risco produzida por outros sistemas sociais, ativa formas de securitização do risco, as quais, por sua vez, incrementam o risco.

No particular, a temática da monetarização/securitização do risco se insere na discussão de parte da dogmática constitucional, que, para além das formas de Estado de Direito históricas (*Rule of law*, *État Constitutionnelle* e *Rechtsstaat*), também identifica o *Estado de Direito Econômico*. Essa forma estatal é descrita como um sistema jurídico no qual os direitos de propriedade (em sentido econômico) restam garantidos por meio de normas claras, construídas a partir de critérios de eficácia e eficiência, tribunais ágeis e autônomos, livre competição econômica em todas as atividades, abertura para o exterior, etc. O direito resta visto como um instrumento da economia e, nesse processo, perde autonomia, porque seu sentido geral resta definido por economistas e para a economia. “No fim das contas”, aduz Cossio, “se reclama um espaço privilegiado para o mundo privado, e daí, a redução do espaço do público” (COSSIO, 2008, p. 104). Submetida a política e o direito à lógica do mercado, cujo código é ‘ter/não-ter’, a política passa a funcionar com inclusão/exclusão econômica, diferenciando entre os que têm acesso às prestações materiais vitais, e o que não têm. As desigualdades – injustiças – sociais e econômicas, se tornam políticas e jurídicas, com a exclusão do povo na política e a inviabilização da Constituição democrática. Cabe, então, explorar um pouco mais essa descrição.

### 3 A AUSÊNCIA DE POVO NA POLÍTICA E A EXCLUSÃO SOCIAL COMO FATORES QUE PODEM INVIABILIZAR A CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA

A constituição brasileira instituiu no país, ao menos idealmente, o “Estado Democrático de Direito”, com um conteúdo transformador da realidade, pois age “simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade” (STRECK, MORAIS, 2013, p. 113). Com isso, a questão da democracia diz respeito à solução do problema das condições materiais de existência. No ‘mundo da vida’, contudo, as coisas não são assim, pois há uma ausência de “povo” na democracia brasileira. Tal invisibilidade é explicada, pela filosofia política, com a tese da encriptação do poder, pois

esta descreve a democracia como um simulacro, em que se reconhecem direitos e se os nega, ao mesmo tempo, de forma parcial ou total e automática, em razão da instrumentalidade do direito pelo poder constituído. A democracia é simulada para privilegiar o poder econômico e político, de modo que a chamada encriptação a desarticula politicamente, reduzindo os conflitos às formas jurídicas, retirando do povo a capacidade de discutir política e juridicamente os conflitos. Há, no caso, a operacionalização das formas para a dominação e ocultação do poder popular. Restrepo indica que a tal ocultamento (encriptação) supõe, primeiro, o entrelaçamento progressivo da linguagem e da interpretação que constituem a realidade mesma; para além disso, arrebatam a realidade de sentido e saberes comuns para convertê-los em “capital exclusivo” de especialistas e, por último, produz o deslocamento das decisões dos foros politicamente abertos para foros especializados, subtraídos de responsabilidade na discussão pública, fazendo com que os atos de poder sejam visíveis, mas não inteligíveis (RESTREPO, 2014, p. 207)

Por outro lado, partindo-se de Negri, na mesma direção, é possível perceber a teoria da encriptação do poder como uma teoria do poder constituinte, e isso interessa, sobretudo, ao pensamento jurídico, uma vez que tal tese postula a separação (cisão) entre povo e democracia, de forma que o povo é encapsulado pelo poder constituído (Estado, mercado, direitos humanos, mídia) e há, sempre, o ocultamento dos interesses econômicos e políticos. Negri considera o poder constituinte tanto a fonte toda poderosa e expansiva de onde emanam as normas constitucionais da ordem jurídica, quanto a atividade de produção de uma nova ordem em si mesma considerada. Apontando uma crise de tal conceito, o autor procura compreender o conceito de poder constituinte na radicalidade de seus fundamentos e em toda a extensão de seus efeitos, isto é, procura relacionar democracia e soberania, política e Estado, potência e poder (NEGRI, 1992, p.1-2)

Tal teoria, em que pese ser uma ontologia da filosofia política, encontra eco na teoria jurídica sistêmica, principalmente no que tange à discussão sobre a relação ambivalente entre a política e o direito, e no chamado “realismo de base fenomenológica”, ou “novo realismo” (BOVERO, 1992) que combina o método empirista com o método realista no conhecimento da realidade constitucional. Para além disso, as teses do chamado pensamento decolonial, que advoga ter o capitalismo e o colonialismo imprimido “uma dinâmica histórica de dominação política e cultural submetendo à sua visão etnocêntrica o conhecimento do mundo,



do sentido da vida e das práticas sociais”, (SPAREMBERGER, 2015) também dialogam com a teoria da encriptação do poder, pois, nos dois casos discute-se, criticamente, a capacidade das constituições de assimilar o social e o político em contínuo processo de interação social.

Com efeito, na sociedade global capitalista, não há possibilidade de representação “daqueles que estão à margem ou em centros silenciados” (SPAREMBERGER, 2015, p. 196), como é o caso das populações indígenas da América e da África, que sofreram uma espécie de epistemicídio, isto é, de destruição ou inferiorização de seus saberes, com o desprezo da riqueza presente na diversidade cultural, com suas multifacetadas visões de mundo (SANTOS; MENESES, 2010, p. 49). Uma ruptura com esse modelo na práxis constitucional se deu na Bolívia, quando organizações camponesas e indígenas insculpiram na Constituição a proposta de um “Estado plurinacional” (2009), que “implica que os poderes públicos tenham representação direta dos povos e nações indígenas, originários e camponeses de acordo com suas normas e procedimentos”, argumenta Garcés (GARCÉS, 2009, p. 176).

No Brasil, a opressão sistêmica do escravismo colonial e a demanda por mão-de-obra nas minas do século XVIII gerou um país com 56% da população negra e, em razão da assimilação violenta, o constitucionalismo de base indígena não se articulou, tendo sido apenas delineado na Constituição o seu estatuto no que concerne à demarcação de suas terras e aos fundamentos institucionais de tal condição. O STF só recentemente, em 2009, julgando o caso *Raposa do Sol – Petição 3.388 Roraima*, superou os paradigmas da assimilação (integração dos indígenas na cultura branca) e o da integração (que afirma a incapacidade dos índios), assumindo o parâmetro da interação, segundo o qual a organização, língua, tradições e direitos originários sobre as terras devem ser reconhecidos e garantidos pela Constituição. Mas os indígenas do Brasil ainda são invisíveis, silentes, porque a sociedade brasileira não conseguiu assumir sua responsabilidade histórica no que diz com o processo de exploração, dominação e controle dos colonizados e segue dizimando as culturas dos indígenas em nome do universalismo.

Quanto à população afrodescendente do Brasil, em que pese não ter sido segregada, em razão da mestiçagem, foi absolutamente inferiorizada e subalternizada, de modo que o sistema social só lhe reconhece um lugar de destaque nos esportes e nas artes, como se tal população não fosse o sustentáculo da riqueza produzida nestas latitudes. O imaginário brasileiro tem dificuldade de reconhecer que o país é negro, mas em si-

tuações-limite, como a pandemia mundial em curso, é possível ver e ouvir um sofrimento que dura mais de 400 anos: o caso do menino morto, no Recife, em maio de 2020, por “descuido” da patroa branca, escancara a violência e o racismo, institucional e estrutural. A população negra e pobre das periferias das cidades brasileiras, totalmente excluída de qualquer benefício que a associação possa lhe trazer, vive um pesadelo histórico nas mãos do Estado. Em resumo, no Brasil, Estado Democrático de Direito existe só para brancos e, no máximo, para as classes médias urbanas.

Trabalhando na perspectiva clássica da Teoria da Justiça, Lopes aduz que, no Brasil dos anos 70 e 80, ocorreu o fato significativo da apropriação política e discursiva do tema ‘direitos humanos’ pelas classes populares e marginais. A característica central de tais direitos é o fato de decorrerem de conflitos de classe e grupo e conflitos entre os cidadãos e o Estado, que acabam desaguando no Judiciário como problemas de limitação e organização do poder político, ou exigências de políticas públicas, com os chamados conflitos coletivos, nos quais grupos organizados reivindicam benefícios sociais ou individuais coletivamente fruíveis (saúde, transporte, moradia, educação, etc). e, finalmente, problemas individuais visualizados em chave coletiva, em que o conflito é aparentemente individual e tradicional, mas a repetição de casos individuais semelhantes, nas sociedades de massa, indica a existência de grupos e conjuntos nos quais a solução de um caso antecipa a de outros semelhantes (LOPES, 2006, pp. 119)

No plano político propriamente dito, o sujeito popular e marginalizado, ainda que possa ser considerado o sujeito ativo da defesa da dignidade humana” (LOPES, 2006, p. 34) sofre exclusão social, de modo que acaba não havendo base social para que possa exercer os direitos políticos, isto é, constituir-se em povo ativo. Müller, em trabalho sobre democracia e exclusão social, aduz que, ao menos no plano teórico, a democracia pressupõe que o povo, “na sua totalidade possa participar do processo político” (MÜLLER, 2000, p. 21) e que isso se opõe à exclusão social, isto é, à discriminação maciça de grupos do povo, fundada na economia.

Por povo, o autor compreende 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*. Na dimensão formal (organizacional), as democracias contemporâneas, como a do Brasil, toleram um grau de exclusão social num

“*quantum* espantosamente grande”, e isso pode significar a eliminação de uma democracia (MÜLLER,2000, p. 22).

A explicação de Müller é que o declínio econômico - o desfavorecimento - mesmo parcial, produz uma “reação em cadeia de exclusão” (MÜLLER,2000, p. 27), pois os campos de batalha da economia e da política “são complementados por um campo de batalhas jurídicas” (MÜLLER,2000, p.28), em que as injustiças sociais, econômicas e políticas se tornam também jurídicas. Por conseguinte, excluídos, indefesos, pobres, índios, negros não contam com proteção jurídica eficaz, resultando em violência nas cidades, no campo e contra grupos e minorias. Tal horror institucionalizado, argumenta ele, vitima não somente as pessoas; “com elas, vitima-se também a democracia, o Estado de Direito, o Estado de Bem-Estar social, os direitos de defesa contra o Estado bem como, em termos iguais, os direitos de participação, e sobretudo a central ‘igualdade perante a lei’” (MÜLLER,2000, p. 28). 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). “O Brasil”, diz Müller,

“é estigmatizado amplamente pela exclusão primária. A própria Constituição está sob essa superestrutura, sob esse metacódigo. A práxis estatal, paraestatal e econômica abroga aos excluídos a dignidade humana e, mesmo, na atuação do aparato repressivo, a qualidade de seres humanos (...). A Constituição não integra mais eficazmente a economia e a sociedade, política e o direito; serve somente aos superintegrados.” (MÜLLER,2000, p. 29)

O sistema da política é a esfera da dominação, das ordens imperativas, decisões vinculantes e ações coordenadas, com duas finalidades gerais, a saber: a sobrevivência do grupo e a convivência pacífica dos indivíduos, cujo critério é a inclusão/exclusão. Já o sistema do direito, uma racionalidade histórica com a função de estabilização da sociedade, inventa uma realidade, (tem uma memória) estruturada em operações contínuas que descrevem e observam seus valores, estados e conceitos, a partir do símbolo “validade”, produzida por seu código direito/não-direito. A validade é a memória do sistema, que organiza as informações, e seus conceitos, além de condensar redundâncias, permitem a “elaboração de observações, ou seja, distinções sempre mais elaboradas”, afirma De Giorgi (DE

GIORGI, 2006, p. 65). Assim, com a exclusão social, a Constituição não consegue mais impor o código do direito ao da política, criando uma realidade que já não poder mais ser chamada de “Estado Constitucional” e, com isso, a Constituição perde a sua legitimidade propriamente democrática.

A exclusão social e econômica, arremata Müller, diz respeito ao povo destinatário; a ausência de efeitos políticos e a apatia está relacionada com o povo ativo; e a exclusão jurídica, como a 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*” (MÜLLER, 2000, p.50). Essa exclusão jurídica do povo é possível porque, nas sociedades modernas, há uma cisão entre o ser humano e a Sociedade, como observado pela teoria sistêmica, que advoga a tese da necessidade de a dogmática jurídica operar com novas diferenciações para dar conta da realidade. É o que se passa a fazer.

#### **4 A AUTONOMIA DAS REDES COMUNICATIVAS E A EXCLUSÃO RADICAL DE SERES HUMANOS DA SOCIEDADE: DIFERENCIAÇÕES NECESSÁRIAS À POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS**

Nos termos das teses jurídicas sobre os direitos fundamentais (distinções e diferenciações operadas pela dogmática jurídica), estes estão ligados ao conceito de pessoa e dignidade da pessoa humana: indicam, pois, suas posições jurídicas. De acordo com a terminologia fixada na doutrina constitucionalista, os direitos fundamentais são aqueles *Direitos Humanos* reconhecidos na ordem interna e no plano internacional (positivados). A explicação de Lopes, por exemplo, acima explicitada, (LOPES, 2006, p.34), pressupõe o entendimento tradicional de vinculação horizontal dos direitos fundamentais que se dá no âmbito do direito interno. Quando se pensa no âmbito transnacional, tal discussão assume dimensões diversas e dramáticas, porque falta a onipresença de ações estatais e do direito estatal, e os efeitos estruturais dos direitos fundamentais atingem poucos casos.

Por isso, considerando, com Teubner, que “atores privados transnacionais, especialmente empresas multinacionais, regulam âmbitos de vida inteiros através de regimes globais próprios,” exsurge a questão de saber como a validade de direitos fundamentais é confrontada em ordens privadas transnacionais (TEUBNER, 2016, p, 275). Em face disso, é de se questionar se ainda é possível explicar os direitos fundamentais a partir de uma concepção divisional da justiça, em que a cisão destrutiva da

sociedade, as lutas pelo poder e os conflitos antagônicos são resolvidos segundo uma lógica de equilíbrio em que o todo aloca às partes a sua fatia devida (justo distributivo) ou em que há relação justa das partes em seu relacionamento mútuo (justo corretivo /comutativo). Diante do atual estado da arte, parece que não, pois, conceber os direitos humanos como direitos subjetivos das partes contra o Estado ou direitos subjetivos das partes da sociedade contrapostas entre si (eficácia horizontal) não resolve a questão quando os direitos fundamentais (ordem interna) ou humanos (ordem internacional) tem a “sua validade exigida também em setores sociais não políticos” (TEUBNER, 2016, p. 279).

A teoria sistêmica ensaia estratégias de resposta retomando temas da alienação social provenientes da Sociologia, para afirmar a “autonomia das redes comunicativas com uma exclusão radical de seres humanos da sociedade”(TEUBNER, 2016, p. 280), e a diferença intransponível entre instituições sociais e seres humanos concretos, de modo que os direitos humanos são considerados *latentes*, isto é, “pretensões dos seres humanos de carne e osso à integridade corporal e psíquica”, reconstruídos como “direitos vivos”, (TEUBNER, 2016, p. 285) que surgem “dos conflitos comunicativos e de seus resultados obtidos na política, moral, religião e direito” (TEUBNER, 2016, p. 286). O resultado de tal descrição é que a questão dos direitos humanos dito latentes surge quando é comunicado como direito intrínseco do corpo e da psiquê em face dos perigos que a comunicação social traz para a sua integridade. Autonomizada a matriz da política, os direitos fundamentais impõem limites às suas tendências totalizantes, e a dogmática jurídica ainda não fez a diferenciação “entre esses direitos ‘latentes’ dos direitos fundamentais pessoais e institucionais, mas, ao invés disso, os traduziu em direito individuais compactos” (TEUBNER, 2016, p. 288).

O cerne da construção é a identificação de ser humano (consciência, corpo) com pessoa, uma criação do direito, em que não restam suficientemente diferenciadas garantias de liberdade comunicativas, de um lado, e integridade físico-psíquica, de outro. A fragmentação da sociedade em várias matrizes comunicativas (mercado, direito, medicina, tecnologia) torna esse modelo cada vez mais insuficiente, porque o Estado já não é o “centro” da vida social e nem mesmo da vida política: o perigo à integridade corporal e espiritual vem dessas matrizes comunicativas autônomas e não só da política. Advém daí, que as violações de direitos fundamentais e de direitos humanos podem estar ligadas às tendências totalizantes de racionalidades (sistemas) sociais diferentes. Mesmo os direitos humanos políticos não podem mais ser visualizados como relações

entre os cidadãos e o Estado (relação pessoa a pessoa), mas, sobretudo, como “processos anônimos de poder, de um lado, e de corpos torturados e almas feridas, de outro” (TEUBNER, 2016, p. 294).

Outra diferenciação importante para a descrição do tema é a consideração da ascensão da cultura das redes, que transformou a sociedade moderna “em uma superfície na qual seus membros, tais como o público de uma grande cidade, vivem em meio a relações barulhentas” (VESTING, 2016, p. 230), que põe em xeque o modo de operar do positivismo jurídico, de entender os direitos fundamentais como relações com o Estado que qualifica os indivíduos. Tal cultura, que trata primária e necessariamente de formas de construção de ordens para além de uma centralidade social no Estado, afirma que os direitos fundamentais devem ser pensados como formas jurídicas de vinculação num mundo de relações dispersas, no qual cada âmbito institucionalizado de ação tem “sua própria ordem experimental intrínseca que não deve ser unificada nem por lei estatal, nem por ponderação judicial”, sustenta Vesting (VESTING, 2016, p. 237). Essa visão encontra seu fundamento na fenomenologia, segundo a qual o sujeito que conhece não é mais solitário – feito de sua plenitude de poder – e sim “uma experiência estruturada por relações intersubjetivas em campos de sentido diverso” (VESTING, 2016, p. 242).

Trabalhando na perspectiva do componente institucional das liberdades dos meios de comunicação, a teoria jurídica ensaia uma resposta à descentralização do sujeito clássico, entendendo que, no mundo contemporâneo, a posição central do sujeito passa a “ser dependente de um mundo constituído de relações barulhentas que, por seu turno, é determinado pelos grupos políticos e sociais mais significativos da sociedade como um todo” (VESTING, 2016, p. 257). No caso da Pandemia por COVID-19 em curso, por exemplo, pode ser observada a complexidade dos processos anônimos de poder (entrelaçamento da política, mídia e mercado) contrapostos, em grande medida, aos corpos doentes. Tal conflito é descrito pela teoria sistêmica como conflito sistema/ambiente, ou entre processos comunicativos anônimos de um lado, e indivíduos de outro, e não como um conflito intersubjetivo entre possuidores de direitos. Segundo isso, não faz mais sentido compreender os direitos fundamentais em seus efeitos horizontais como se fossem somente relações entre pessoas privadas cujos direitos devam ser ponderados uns contra os outros. Aqui, o *x* da questão: o sistema jurídico foi construído com base na categoria pessoa, que é o ser humano individual, o Estado, a empresa. Essa distinção, todavia, não pode ser mais utilizada, porque pessoas

existem num mundo de relações complexas. Daí, se torna cada vez mais importante a reflexão sobre *instituições* que orientam normas e pessoas, pois essas se definem como feixes de normas passíveis de personalização.

Isso não é absolutamente novo, pois os constitucionalistas franceses do século XIX e alemães do século XX já haviam fixado a compreensão do Estado como instituição (HAURIOU, 2002; DUGUIT, 1928; SCHMITT, s/d; LOEWESTEIN, 1985; HESSE, 1998; LASSALE, 1987). Por conseguinte, a cultura coletiva e a consciência social fazem parte da Constituição e, assim, parece pouco adequado ponderar, nos processos decisórios políticos que dizem respeito ao enfrentamento da COVID-19, o direito à vida e de acesso ao sistema de saúde e os direitos individuais dos agentes do mercado, ou, como no caso de Mariana-MG, o direito à vida, à moradia, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado dos afetados pelo rompimento da barragem e o direito individual da empresa causadora do dano. Nos dois casos, a colisão seria entre as normas de racionalidade econômica e as normas constituídas pelo direito internacional ou mesmo pelo direito constitucional no plano interno de cada país (COVID-19) ou as normas constituídas pelo direito ambiental e constitucional (Mariana)

O modelo argumentativo da ponderação não pode ser aí utilizado para a solução de problemas complexos, uma vez que o referido modelo concebe as contradições sociais reais “a partir de uma semântica de valores e princípios, alienando-as a tal ponto, que elas se tornam irreconhecíveis de modo que, no final das contas, o direito decide ao largo dos problemas sociais estruturais” (FISCHER-LESCANO, 2016, p. 37). Por conseguinte, não se pode mais enxergar as contradições sociais como colisão de princípios universais, porque são âmbitos da autonomia social que estão em colisão, e por que não é a positivação de bens jurídicos constitucionalmente protegidos que realiza a harmonização de tais contradições, que são reais (FISCHER-LESCANO, 2016).

Em tais condições, advoga Teubner, é necessário equacionar os direitos fundamentais e os direitos humanos em novas dimensões, a saber: *os direitos fundamentais institucionais*, que são “garantia de autonomia de processos sociais”, de condições de funcionamento das instituições contra as tendências totalizantes da ciência, da mídia ou da economia; *os pessoais*, âmbitos de autonomia atribuído à pessoas; *os direitos humanos* como restrições negativas da comunicação social e *os direitos ecológicos*, que “protegem a integridade de processos naturais contra perigos sociais” (TEUBNER, 2016, p. 296). Do ponto de vista do direito humano à saúde e

ao acesso aos sistemas de saúde, a crise sanitária mundial expõe a contradição de que atores privados (a indústria farmacêutica e dos cuidados de saúde) anônimos estão na condição de violar tais direitos e, por isso, mais do que nunca, é preciso assegurar que a “garantia de cuidados de saúde universais e de alta qualidade se torne uma política tanto externa quanto interna” (DAVIS, 2020, p. 12). O que a racionalidade jurídica pode distinguir é que saúde é um bem público, e, por isso, não pode ficar submetido à lógica do mercado: é coisa que não têm preço, só valor.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A filosofia política explica a ausência e a ocultação do povo na democracia com a tese da encriptação do poder, entendendo o regime democrático como um simulacro, na medida em que é utilizado para assegurar as desigualdades sociais, econômicas e políticas. O Estado Democrático de Direito reconhece paulatinamente direitos aos que são excluídos conforme o código da política e, ao mesmo tempo, os nega na atuação do poder constituído. Com isso, a democracia, que não considera indivíduos culturalmente situados, reduz os conflitos políticos às formas jurídicas, retirando do povo, como instância de atribuição - e como povo ativo -, a capacidade de discutir política e juridicamente os conflitos.

Na perspectiva da dogmática jurídica, a teoria sistêmica explica a ausência do povo observando a cisão interna da sociedade, feita a partir da política (inclusão/exclusão) e que gera injustiça como desigualdade entre seres humanos como um fenômeno secundário, pois o significado primário da diferenciação interna é o resultado das irritações das redes comunicativas autônomas com seus ambientes. Daí, tem-se, de um lado indivíduos (consciência e corpo, processos orgânicos e psíquicos, independentes e autossustentáveis) e, de outro, Sociedade, que produzem comunicação. Em tal direção, há que se compreender que nos corpos/consciência pulsam direitos latentes intrínsecos, pré-jurídicos que podem ser perturbados destrutivamente pela comunicação, são, pois, direitos de integridade psíquica e física em face de processos comunicativos irritam a comunicação da sociedade e desencadeiam novas diferenciações. As diferenciações ocorridas na Bolívia, em 2009, por exemplo, ao trazerem para dentro da Constituição dos valores indígenas, fez com que se articulasse, na teoria jurídica, o chamado constitucionalismo intercultural, que



postulou, para o âmbito da América Latina, a criação de estados plurinacionais, em que vigora o pluralismo jurídico de base igualitária.

No Brasil, a pandemia por COVID-19 tornou visível uma multidão de silenciados, invisíveis e excluídos da Constituição material, ainda que existentes no plano formal. É o caso dos indígenas, que tiveram suas línguas, tradições e direitos originários sobre as terras reconhecidos e garantidos pela Constituição, mas ainda estão sem voz, sem representação. Os meios de comunicação do país estão mostrando aos brasileiros, em rede nacional e em horário nobre, que a guerra aos índios ainda está em curso: além da destruição contínua de sua cultura e habitat, a doença está matando seus corpos e torturando suas almas mais uma vez. Na mesma situação, está a população negra (a maioria), que, pobre, está obrigada a trabalhar e a se contaminar, enquanto uma minoria mais rica pode trabalhar em casa, fazer isolamento social, etc. Quando os conflitos de classe e grupo e conflitos entre os cidadãos e o Estado desaguam no Judiciário, este não os consegue resolver adequadamente, porque pensa o exercício dos direitos em um ambiente estável de proteção, mas não dentro de um sistema cultural que já se encontra em movimento, e que tem seus campos de sentido guiados por um horizonte aberto que gera novas experiências e acontecimentos.

Em síntese, é possível afirmar que a democracia brasileira está longe de ser “real”: o povo é personagem ausente da história brasileira, pelo menos até 1984, quando o país foi sacudido pela campanha das *Diretas Já*. Talvez este tenha sido o único momento que o poder constituinte originário do povo brasileiro tenha se manifestado. Isso é assim porque, na realidade, as exclusões são geradas como diferença funcional.

A civilização brasileira e seus valores estão em crise e essa crise é mais visível do que nunca, pois se políticas distributivas foram apostas estratégicas nos anos 2000, atualmente, estando os governantes totalmente seguros quanto à cooperação da elite social, acabaram reduzidas, escancaradamente, as garantias legais dos excluídos. Os corpos dos brasileiros estão torturados pela doença, e suas almas, feridas, porque destituídas de qualquer dignidade frente aos processos de poder, uma vez que o enfraquecimento da autoestima e a falta de reconhecimento conduz à paralisia dos seres humanos afetados enquanto seres políticos, atingindo o coração do ideal democrático, de igualdade perante a lei. E isso já é uma tragédia de proporções globais.

Porto Alegre, Outono de 2021.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOVERO, Michelangelo. Ética e política entre o maquiavelismo e o kantismo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 25 abr. 1992. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451992000100007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451992000100007) Acesso em: 27 jul. 2017

COSSIO, José Ramon. Transparencia y Estado de Derecho. In: ACKERMAN, John M (Coord). **Más allá de laccesso a la información**. Transparencia, redición de cuentas y Estado de Derecho. México: Siglo XXI, 2008.

CROWLEY, Roger. **Conquistadores. Como Portugal forjou o primeiro império global**. São Paulo: Planeta, 2016

DAVIS, Mike. A crise do Coronavírus é um monstro alimentado pelo capitalismo. In: DAVIS, Mike et al: **Coronavírus e a luta de classes**. Terra sem Amos: Brasil, 2020.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**. Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antnio Fabris, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006

DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. 3. ed. t.2. Paris: E. de Boccard, 1928. Disponível em: <[www.gallica.bnf.fr](http://www.gallica.bnf.fr)>, acesso em 03mai.2019.

FARACO DE AZEVEDO, Plauto. **Neoliberalismo. Desmonte do Estado Social**. Porto Alegre: Libretos, 2018.

FIORAVANTI, Maurizio. **La Costituzione Democratica**. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimosecolo. 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, p.37-61.

GARCÉS, Fernando. Os esforços de construção descolonizada de uma Estado Plurinacional na Bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com um novo paletó. In: VERDUM, Ricardo (Org.) **Povos Indígenas**. Constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009, pp. 167-192.

HAURIUO, Maurice. **Précis de droit Administratif et de droit public**. Revue et mise à jour par André Hauriou. Réédition présentée par Pierre Devolvé et Frank Moderne. 12. ed. Paris: Dalloz, 2002.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

HOLMES, Stephen. Linajes del Estado de Derecho. In: ACKERMAN, John M (Coord). **Más allá del acceso a la información**. Transparencia, redición de cuentas y Estado de Derecho. México: Siglo XXI, 2008.

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

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição política**. São Paulo: Global Editora, 1987.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1986

LOPES, José Reinaldo. **Direitos Sociais**. Teoria e prática. São Paulo: Editora Método, 2006.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação de massas**. São Paulo: Paulus, 2005.

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.

NEGRI, Antonio. **Le pouvoir constituan. Essai sur les alternatives de la modernité**. Paris: Presse Universitaire de France – PUF, 1992.

RESTREPO, Ricardo Sainz. **Teoria Crítica Constitucional: la democracia em la enésima potencia**. 1ª. Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

SANTOS, Boaventura Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, [s.d].

## ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FILOSOFIA DO DIREITO E SOCIOLOGIA DO DIREITO

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana. O conhecimento jurídico colonial e o subalterno silenciado: um olhar para o pluralismo jurídico. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes (orgs). **Constitucionalismo, decolonización y pluralismo jurídico en America Latina**. Aguascalientes: CENEJUS/Florianópolis. USFC-NEPE, 2015, pp; 195 a 216. Disponível in: [http://www.ppgdireito.ufc.br/public\\_html/images/Renato/Constitucionalismo%20descolonizacin.pdf](http://www.ppgdireito.ufc.br/public_html/images/Renato/Constitucionalismo%20descolonizacin.pdf), acessado em 02jun2020.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. Estado Democrático de Direito. Comentário ao artigo 1º. In: CANOTILHO, J.J.Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedida, 2013, pp.113-116.

TABORDA, Wilmar. **Poder Político e Direito de Família**. (O sujeito de direito no âmbito da família. Uma visão histórico-política). Porto Alegre: Editora Age Ltda, 2010.

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, p.271- 311

VESTING, Thomas. Vizinhança – Direitos Fundamentais e a suateoriana cultura das redes. In: CAMPOS, Ricardo (Org.) **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016, p.225-270.

# ARMADILHA IDENTITÁRIA: A INVISIBILIDADE TRANSGÊNERO NA SOCIEDADE DE RISCO

Gisleule Maria Menezes Souto<sup>1</sup>  
Luana Mathias Souto<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo visa dissertar sobre a invisibilidade transgênero na sociedade de risco a partir da exclusão da diferença. Para tanto utiliza-se a teoria sobre o corpo fenomenal desenvolvida por Merleau-Ponty com o objetivo de compreender como as manifestações corporais se desenvolvem e qual a importância de garantir liberdade às diversas manifestações do ser. Assim, diante de uma sociedade de risco que relega a determinados extratos sociais maior parcela sobre as adversidades proporcionadas pela era pós-industrial, pessoas trans sobrevivem permeadas por invisibilidades e sentem nos seus corpos as diversas armadilhas impostas por uma sociedade ainda binária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Transgênero. Sociedade de Risco. Identidade.

**ABSTRACT:** This article aims to write about transgender invisibility in a risk society based on the exclusion of difference. For this purpose, the theory about the phenomenal body developed by Merleau-Ponty is used to understand how bodily manifestations are developed and how it's important to guarantee freedom to the different manifestations of being. Thus, in the face of a risk society that relegates to certain social strata a greater share of the adversities provided by the post-industrial era, trans people survive permeated by invisibilities and feel in their bodies the various traps imposed by a still binary society.

**KEYWORDS:** Transgender. Identity. Risk Society.

- 1 Mestre em Filosofia pela PUC SP. Doutoranda em Teoria do Direito e da Justiça pela PUC Minas. Professora. O presente trabalho foi realizado com o apoio do Programa Permanente de Capacitação de Docentes da PUC Minas. E-mail: leulemenezes@gmail.com
- 2 Mestre e Doutoranda em Direito Público pela PUC Minas. Bolsista CAPES PROEX/ taxa. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001. E-mail: luana.mathias.souto@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa dissertar sobre a invisibilidade transgênero<sup>3</sup> na sociedade de risco a partir da exclusão da diferença. Analisar o processo de exclusão contra determinado “grupo” é percorrer caminho que perpassa o preconceito. É metaforizar sobre diferenças e particularidades da realidade de quem, inclusive, não se reconhece no corpo vivido e a noção de corpo é construída a partir das significações, das representações, dos imaginários e dos limites. Desta forma, o mesmo corpo que possibilita ao ser-no-mundo as sensações da vida quando o coloca em conexão com o que, o circunda é também aquele que lhe permite sentir (literal e figurativo) as dores dessa vida, socialmente, vivida. (MERLEAU-PONTY, 1994). Através do corpo o ser-no-mundo pode vivenciar experimentações de toda ordem, seja física, emocional, afetiva, sexual, mística, virtual, de modo a dar passagem para diferentes afetos que disparam sobre si e, efetuam novos modos de existência e, a cada momento o corpo exprime as modalidades da existência.

Assim, não se trata apenas da compreensão masculino/feminino enraizada no corpo-objetivo aqui compreendido como um conjunto de órgãos que desvela o sujeito, pois esse desvelamento ocorre a partir da significação que se dá ao corpo entre um corpo que é vivido e um corpo que é sonhado e, neste paradigma existência/corporeidade que o transgênero aparece, frequenta e desaparece do mundo.

O corpo é, portanto, o resultado dos acontecimentos e, como tal, é atravessado por valores, sentidos e discursos que se materializam e determinam o seu modo de relação e funcionamento, de acordo com as leis, contratos e instituições que regem o contexto pelo qual o mesmo é produzido.

Sobre os corpos ainda se incidem outras dimensões de padrões estéticos, de maneirismos e de posições de corpos (posições de identidades) que são estabelecidas pelas diferenças entre os sexos (homem/macho – mulher/fêmea) e pelas expressões dos gêneros (masculino/feminino), responsáveis pela cristalização de algumas identidades sexuais e expressões de gêneros que são produzidas pelos modos de subjetivação

---

3 “Conceito ‘guarda-chuva’ que abrange o grupo diversificado de pessoas que não se identificam, em graus diferentes, com comportamentos e/ou papéis esperados do gênero que lhes foi determinado quando de seu nascimento.” (JESUS, 2012, p. 14). Conceito este que será adotado durante este estudo, por apresentar concepção mais abrangente.

normatizador, que se colocam como modelos de perfeição, saúde e verdade absoluta, se achando no direito de se sentirem superiores diante de expressões diferentes da ordem heteronormativa.

O não reconhecimento do transgênero pelos membros da coletividade como uma pessoa de direito significa adotar em relação ao diferente uma atitude negativa e, os danos vindos desta exclusão são perceptíveis em uma sociedade que a todo instante coloca em risco não somente a identidade, mas a própria existência desses sujeitos. O paradigma da identidade reduz a política a quem você é, pautada na questão binária no lugar de ser baseada no reconhecimento da identidade vinculada ao corpo vivido no seu pertencimento a uma coletividade e na luta contra uma estrutura social opressora.

Mais que vivenciar uma identidade de gênero, ser transgênero corresponde a representar uma identidade política, pautada pela desconstrução da crença em papéis de gênero considerados - naturais, construídos biologicamente; e pela visibilização de identidades particulares historicamente estigmatizadas. Nesse contínuo flutuar de um não-saber sobre o mundo, que se renova pela inclusão e exclusão, permanecem excluídos os indivíduos que são constrangidos a sentir e a viver a própria individualidade através da experiência da própria diferença (SOUTO; SOUTO, 2020).

Se ontologicamente a sociedade se tornou mais complexa com a inserção de riscos, como identificar a problemática do corpo transgênero nesse contexto? Pois, enquanto na “sociedade moderna [...] Os autovalores produzidos têm a forma da contingência, ou seja, uma forma modal da substitutibilidade, daquilo que poderia ser outro e daquilo que poderia ter sido diferente de como é ou foi” (DE GIORGI, 2006, p. 229), o corpo transgênero vivencia suas próprias inquietações, sua invisibilidade e ao tentar buscar seu lugar, numa potencial inclusão percebe o seu não incluir em uma sociedade que há muito tempo se digladiava entre inclusão e exclusão para assegurar a sua própria manutenção (BECK, 2010). Diante disso, a construção identitária transgênero perde foro de debate na sociedade de risco que mantém a noção de que para se ter direitos é necessário se “transvestir” em masculino ou feminino enquanto inúmeras possibilidades existem (BUTLER, 2017).

No tocante a inclusão dos transgêneros podemos observar que no Brasil a mesma é permeada pelo preconceito, haja vista que segundo a Associação Nacional de travestis e transexuais (Antra) no ano de 2020 175 transgêneros foram assassinados, entretanto a entidade chama a atenção pelo fato de que 80% das pessoas trans assassinadas são pretas

e pardas. Ainda na esteira da exclusão estima-se que cerca de 60% trans não conseguiram ter acesso ao auxílio emergencial concedido pelo governo federal ou benefício semelhante. Com a pandemia de COVID-19 o poder de morte sobre essas vidas se naturalizou ainda mais, num processo seletivo de políticas públicas que escolhem quais vidas deverão ser preservadas e quais podem ser deixadas para morrer (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020).

Nessa inclusão/exclusão a sociedade de risco ainda mantém a noção de que para se ter direitos apenas se formos “transvestidas” de masculino/feminino e, permanece a exclusão, dentro de uma sociedade que se diz incluir; o direito não diz que mulheres, trans, gays e lésbicas são proibidos de existir, contudo, nada ou pouco faz para que determinados sujeitos tenham voz. Se hoje a democracia é participativa, se para construir políticas públicas, se para administrar o Estado é preciso efetiva participação, então não se pode dizer que o transgênero exista, pois sobre gays, lésbicas e trans o IBGE não apresenta dados.

## 2 O CORPO NO LIMAR DA SUBJETIVIDADE: DESVELANDO CATEGORIAS

O corpo como lugar privilegiado da ação tem um papel fundamental na construção da existência do ser-no-mundo<sup>4</sup>, uma vez que carrega um conjunto de *categorias* que o permite nunca sair de cena.

É uma realidade mutante [...] as imagens que o definem e dão sentido a sua extensão invisível, os sistemas de conhecimento que procuram elucidar-lhe a natureza, os ritos e símbolos que o colocam socialmente em cena, as proezas que pode realizar, as resistências que oferece ao mundo, são incrivelmente variados (LE BRETON, 2019, p. 28).

E, portanto, a noção de corpo é construída a partir das significações, das representações dos imaginários e dos limites e, constituído pela linguagem, sobre determinado ser, pelo inconsciente, pela sexualidade, pela sociedade como produto de valores e crenças sociais, “ a corporização manifesta claramente um conjunto de estratégias da existência” (BENTO, 2017, p.94) e, o corpo possibilita, portanto, ao ser-no-mundo

---

4 “ O termo designa a existência própria do homem” (ABBAGNANO, 1982, p. 856).



desempenhar os vários papéis que lhe são apresentados, proliferando novas imagens de subjetividade.

A subjetividade, confere ao corpo *categorias*, pois, “esta impõe aos termos que ela reúne uma significação que lhes é exterior” (MERLEAU-PONTY, 1994, p. 180). A primeira categoria por nós elencada é o *hábito* haja vista que é por seu intermédio que construímos nosso mundo, que aprendemos a viver, a reagir diante das mazelas, uma vez que não é pela ideia que nos movemos, mas através da intenção do próprio movimento e, no dizer de Merleau-Ponty (1994) o hábito é por nós apreendido na medida em que o corpo executa um determinado movimento e este jamais o esquece, é o caso, por exemplo, de andar de bicicleta. O corpo apreende o movimento e, ao ser colocado em ação, simplesmente executa o que aprendeu.

No tocante a execução dos movimentos, outra categoria se apresenta e, aqui é por nós denominada de *estilo*, síntese que o corpo realiza entre o espaço do falado e do não falado, revelando a existência do que somos e como pensamos.

Conforme mencionado anteriormente, o corpo possibilita ao ser-no-mundo construir a sua existência, uma vez que expressa e anuncia o sentido de estar no mundo, portanto, nada mais é do que uma categoria existencial; o lugar de nascimento de todas as outras categorias como, por exemplo, o corpo como *visível e vidente*. “Seria melhor dizer que o corpo sentido e o corpo que sente são como o direito e o avesso, ou ainda como dois segmentos de um mesmo percurso circular [...]” (MERLEAU-PONTY, 1984, p. 134).

Diante do exposto, poder-se-á afirmar que a experiência originária de estar no mundo se constitui a partir do corpo e para Merleau-Ponty o corpo faz parte do mundo e, “meu corpo é da mesma carne que o mundo: há recíproco entrelaçamento entre um e outro. Meu corpo como coisa visível está contido no grande espetáculo. Mas meu corpo vidente sub-tende esse corpo visível e todos os visíveis com ele” (MERLEAU-PONTY, 1984, p. 135).

Poder-se-á afirmar que é por intermédio da quarta categoria: *experiência perceptiva*<sup>5</sup> que o ser-no-mundo apreende o mundo. Merleau-Ponty evidencia que a relação do ser-no-mundo com o mundo se realiza

5 “A experiência é um dos nomes do ‘fenômeno originário’ da abertura do mundo, o contato inocente com o mundo” (DUPOND, 2010, p. 27).

pela percepção<sup>6</sup>, em uma relação direta corpo-mundo, pois não tocamos com uma mão-ideia, com uma pedra-ideia; tocamos o mundo com o nosso corpo, “só falo do meu corpo em ideia, do universo em ideia, da ideia de espaço e da ideia de tempo” (MERLEAU-PONTY, 1994, p.109). Assim, nossa percepção do mundo se dá pela experiência perceptiva e esta se realiza a partir do corpo; “as coisas estão aí diante de nós que a sentimos e as tocamos” (COELHO, 1991, p. 63).

Por estar no mundo o corpo é “um modo de ser, modo de se manifestar no mundo” (MACIEL, 1997, p.111); e, portanto, pode ser categorizado como uma **obra de arte**<sup>7</sup>, e, segundo Merleau-Ponty (1994, p. 208), “não é ao objeto físico que o corpo pode ser comparado, mas antes à obra de arte”; pois irradia opacidade e silêncio, não é coisa muito menos ideia, é movimento, sensibilidade, criação e, é “ao mesmo tempo lugar de produção e de representação [...]” (JEUDY, 2002, p. 29).

Ao compararmos o corpo a uma obra de arte este torna-se um espaço vivo de expressão exprime e desperta intenções e, neste sentido o corpo é “[...] um elo entre o homem e o mundo, converte-se em nossa própria realização, condição de possibilidade de todas as operações expressivas e de todas as descobertas e ocultações do mundo” (RIBEIRO; SOUTO, 2020, p. 221).

Estar no mundo possibilita perceber o corpo como um “lugar” privilegiado de sentidos. “Só posso compreender a função do corpo vivo realizando-a eu mesmo e na medida em que sou um corpo que se levanta em direção ao mundo.”<sup>8</sup> (MERLEAU-PONTY, 1994, p. 114). Daí que, a relação do homem com o mundo se processa em atribuir sentido às coisas que o rodeiam, sejam elas corpóreas ou incorpóreas, uma vez que, segundo Hannah Arendt (2009, p. 17), “estar vivo significa viver em um mundo que precedeu a nossa própria chegada e sobreviverá à nossa partida.” Estar vivo significa viver um ciclo entre o nascer e o morrer, entretanto a existência do círculo só é possível porque “o homem está no

6 “A percepção é um elemento significativo para compreender a operação do corpo” (NÓBREGA, 2000, p. 106).

7 “A metáfora da obra de arte que, diz respeito à configuração plástica, móvel e poética do corpo, realça a procura por novas formas de compreender o mundo” (NÓBREGA, 2010, p. 105).

8 “Merleau-Ponty distingue mundo e universo, o universo que a ciência constrói é uma totalidade acabada, explícita onde as relações sejam de determinação recíproca, ao passo que o mundo de nossa vida, meio de experiência de nossa ação, é uma multiplicidade aberta e indefinida onde as relações são de uma implicação recíproca, não um objeto sem fissuras e sem lacuna; o estilo universal de toda percepção possível” (DUPOND, 2010, p. 54).

mundo, e é no mundo que ele se conhece” (MERLEAU-PONTY, 1994, p. 6). Entretanto, é o corpo que “abre” o sujeito em direção ao mundo e, “pelo corpo o homem está presente no mundo” (VAZ, 1998, p. 176).

É um corpo que é sujeito de seus atos, que possui uma intencionalidade e que se encontra sempre aberto para o mundo. O **corpo fenomenal** nomeado por Merleau-Ponty como antagônico ao **corpo objetivo**<sup>9</sup> possui a capacidade de expressar-se na alegria, na dor, no gesto, pois a cada momento anuncia o projeto, o sentido e o significado da existência. “O corpo é um visível que se vê, um tocado que se toca, um sentido que se sente” (CHAUÍ, 1980, p. IX).

E este corpo que se vê vendo, se toca tocando, sente e é sentido, também é um corpo que diz o (in)dizível.

O corpo enquanto superfície de “inscrição” de acontecimentos é por nós entendido como um ser de linguagem, pois anuncia o tempo todo suas intenções e desejos e, portanto, não é uma simples acomodação ou adaptação, mas, transformação e, ao mesmo tempo, se encontra em um estado constante de devir.

Refletir sobre o corpo em constante mutação é assumir a crença de que nada está assentado e nada é definitivo, mas provisório e parcial, bem como, analisar como diferentes discursos materializam-se em determinadas práticas sociais uma vez que, a nossa relação corpórea com o mundo é carregada de sentidos e saberes e, portanto, o corpo também é um eterno poder-ser e o “corpo é um texto socialmente construído [...]” (BENTO, 2017, p. 84).

O mesmo corpo que possibilita ao ser-no-mundo as sensações da vida quando o coloca em conexão com o que o circunda é também aquele que lhe permite sentir (literal e figurativo) as dores dessa vida, socialmente, vivida, pois ao “guardar” histórias e anunciar o sentido da existência o corpo marca história, constrói história, porém recordar-se de algo vivenciado é recordar a forma como o corpo “experenciou” os momentos bons, as decepções, as dores e as mazelas existenciais.

Através do corpo o ser-no-mundo pode vivenciar experimentações de toda ordem, seja física, emocional, afetiva, sexual, mística, virtual, de modo a dar passagem para diferentes afetos que disparam sobre si e efetuam novos modos de existência e “a cada momento o corpo ex-

9 O corpo objetivo é entendido como um organismo fisiológico, aquele de que a anatomia e a fisiologia nos falam e do qual aqui neste contexto nos distanciamos. A guisa de explicação faz-se necessário apresentar o que Merleau-Ponty, concebe corpo objetivo, pois segundo ele não “nunca o nosso corpo objetivo que movemos, mas nosso corpo fenomenal” (MERLEAU-PONTY, 1994, p.153).

prime as modalidades da existência” (MERLEAU-PONTY, 1994, p. 222). Sobre os corpos ainda se incidem outras dimensões de padrões estéticos, de maneirismos, de posições e de identidades que são estabelecidas pelas diferenças entre os sexos (homem/macho – mulher/fêmea) e pelas expressões dos gêneros (masculino/feminino), responsáveis pela cristalização de algumas identidades sexuais e expressão de gêneros que são produzidas pelos modos de subjetivação normatizador, que se colocam como modelos de perfeição, saúde e verdade absoluta, se achando no direito de se sentirem superiores diante de expressões diferentes da ordem heteronormativa.

### 3 NAS ENTRELINHAS DO CORPO VIVIDO AO CORPO SONHADO

A imanência apresentada por Merleau-Ponty (1994) permite compreender o corpo a partir de uma relação dualística entre sua imaterialidade e corporeidade. Entre um corpo que é vivido e um corpo que é sonhado e, é neste paradigma existencial/corporal, que vivem as pessoas transgêneros.

Mais que vivenciar uma identidade de gênero, ser transgênero corresponde a representar uma identidade política, pautada pela desconstrução da crença em papéis de gênero considerados - naturais, construídos biologicamente; e pela visibilização de identidades particulares historicamente estigmatizadas, tornadas invisíveis em determinados espaços sociais considerados normais, pois como ocorre com qualquer ser-no-mundo com características pessoais ou sociais associadas a um estigma corporal, psicológico ou de caráter, acredita-se que alguém com um estigma não seja completamente humano (GOFFMAN, 1988). Desta forma, aquilo que já é intimamente um desafio para qualquer um; compreender a dimensão de seu corpo sobre si mesmo, potencializa-se quando se trata de pessoas transgênero, que encontram para além de seu querer um duplo obstáculo: atender ao desejo social de ser aquilo que desejam que o seu corpo seja.

Todas essas inquietações remetem à preocupação excessiva da sociedade no controle sobre a corporeidade e, neste contexto há uma desvalorização do corpo transgênero, por que existencialmente ao estar preso em um corpo que não é o desejado, não há uma vivência de identidade que o permita constatar que ele é o seu corpo e que anuncia a todo tempo a sua existência; ao contrário de um amontoado de órgãos submetidos a um regime de poder.

Ao focalizar suas investigações no contexto das singularidades próprias da corporeidade Merleau-Ponty passa a revelar como história, os eventos e marcas dessa corporeidade os quais se faz presente na passagem do corpo vivido ao corpo sonhado.

Ao buscar a construção de uma identidade por intermédio de um corpo sonhado, o transgênero ao abandonar o corpo vivido:

[...] se desprende do aqui e agora das circunstâncias, das imposições do meio ou das urgências vitais e produz, projeta o que não estava aí. É aquele, portanto, que estabelece com o seu corpo não uma simples relação de acomodação ou adaptação, mas de transformação. Deste modo, não é o corpo nu ou natural que estabelece a mediação ou a fronteira entre o homem e o mundo, mas um corpo atravessado, modulado pela técnica, não é por acaso que esta também se define como mediação. Mas isto *não* deve conduzir à suposição de que a técnica seja um mero prolongamento das funções do corpo, pois ao disseminar suas funções no espaço externo, nem o corpo nem o mundo permanecem os mesmos, o interior e o exterior, bem como, mediação entre eles, ganham novos contornos (BRUNO, 1999, p.102).

A ideia de tomar o corpo como dispositivo permite cartografar as diversas linhas que participam de sua constituição, mapeando os jogos de saberes e poderes que como forças duelam entre si e favorecem a emergência de seu conteúdo e expressão.

Para além de sua composição biológica e seu funcionamento fisiológico, o corpo abriga dimensões sociais, antropológicas e históricas que dialogam com novas tecnologias e diversas linguagens que interagem com novas expressões sexuais e de gênero que surgem como sujeitos de direitos.

No entanto, a modificação do corpo vivido para o corpo sonhado “desajusta” padrões definidos socialmente, fazendo com que o “diferente” seja tratado como uma “figura estranha”, pois a sociedade acostumou a olhar somente para o sexo biológico replicando comportamentos criados para a mulher e o homem, fazendo com que o gênero seja baseado apenas nessa construção imposta pela sociedade. E como ressalta Michel Foucault (1999), a não identificação com o corpo vivido, todavia, traz a tona as mazelas vivenciadas pelo “diferente” e no anseio de vivenciar o corpo sonhado, o transgênero busca ultrapassar seus limites a fim de expressar o seu eu no mundo, onde a invisibilidade existencial se faz presente.

#### 4 DIZER O (IN)DIZÍVEL EM UMA SOCIEDADE DE RISCO

Luhmann (1992), buscando conceituar “risco” tem como ponto de partida a observação de segunda ordem e, de acordo com o autor, o surgimento de situações que são caracterizadas pela expressão “risco” representa a criação de um conceito, ou seja, diversas distinções são agrupadas enquanto uma unidade e, portanto, o “diferente” denominado de transgênero se encaixa neste quesito.

Ademais, Luhmann adverte que o risco aparece como uma medida em cálculos de probabilidade (1992). O cálculo de risco baseia-se na distinção entre risco e perigo, fala-se de risco quando o dano provável é consequência da ação e está pressuposto na consciência deste dano. Perigo é denominado quando o dano é atribuído a causas externas que fogem ao controle. A partir dessas conceituações poder-se-á afirmar que o transgênero ao “frequentar” o mundo se vê à mercê das duas situações: o risco e o dano, que convivem lado a lado com a angústia da inclusão em detrimento da exclusão.

O querer viver com o corpo sonhado faz com que o dano e o risco desta escolha se apresentem a todo instante. Para Sampaio e Coelho (2013) a não aceitação do sexo biológico faz com que “o diferente” não seja socialmente incluído e “[...] a incongruência entre o gênero de nascimento com aquele que é percebido e manifestado pelo comportamento do indivíduo vem acompanhado por angústias [...]” (ATHAYDE, 2001, p. 04) e incertezas que se materializam na exclusão/inclusão.

A exclusão/inclusão procura evidenciar que existem fatos independentes do “observador e do observado”, uma vez que os olhares são diferentes e muitas vezes levados em consideração para incluir ou excluir determinadas características e, mesmo em uma sociedade pautada pelo dano e pelo risco:

Todo ser-no-mundo é livre para se expressar e se realizar autenticamente no mundo, e a imagem corporal é determinante para que o mesmo se construa enquanto sujeito de existência, ao estabelecer relações com o mundo, com outrem e consigo mesmo, o corpo assume o papel de veículo do ser-no-mundo que possui uma intencionalidade e está sempre aberto a criação de novas trajetórias (SOUTO; SOUTO, 2020, p. 207).

Ademais, tais trajetórias encontram-se circunscritas em uma sociedade que determina a exclusão e a inclusão e, nesta sociedade de risco

o transgênero “se vê numa encruzilhada entre assumir papéis preestabelecidos socialmente ou assumir papéis de acordo com sua transformação” (SOUTO; SOUTO, 2020, p. 210).

Esta preocupação de certa forma possui uma estreita ligação com o futuro não sendo possível racionalmente calcular o risco e, o futuro encontra-se sempre aberto para o surgimento de consequências desejadas ou indesejadas. Daí que o risco interessa à temporalidade e na contemporaneidade existem condições estruturais que permitem ver que o futuro depende de decisões tomadas no presente.

O futuro é considerado a partir de “requisitos” de preocupação e de medo e, neste contexto, a questão da inclusão dos transgêneros se encaixa. A relevância dos problemas futuros é constituída mediante decisões e por intermédio de mecanismos instituídos pela sociedade e pelo Estado. Porém, o transgênero ao almejar o futuro transforma os perigos em riscos e, é neste cenário de incertezas, inóspito e cheios de (in)compreensões de si e “do mundo sobre seus corpos que os transgêneros precisam transpor difíceis barreiras” (SOUTO; SOUTO, 2020, p. 214), das quais se pode inferir que diante do exposto o futuro que se apresenta impõem aos “diferentes” transporem as difíceis barreiras em parte relegadas pelo *status quo* que deseja inviabilizar formatações corporais diversas das tradicionais, condicionando-as a vida nua de direitos (AGAMBEN, 2007).

Esses desafios apresentados pelo risco fazem com que o futuro seja apresentado para os transgêneros como “[...] mais ou menos provável ou mais ou menos improvável” (LUHMANN, 1996, p. 68).

Mas, como o transgênero “transita” nesta sociedade de risco em que o futuro é provável e improvável e o presente se apresenta como um risco? Segundo, De Giorgi (1988, p. 197) “o risco [...] é uma modalidade da relação com o futuro é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença probabilidade/improbabilidade”.

A inclusão ou exclusão do transgênero na sociedade “carrega” conceitos e formas de agir que determinam como tratar o diferente e, quais decisões ou ações devem ser praticadas visando incluir ou excluir pois, o “risco, a um só tempo pressupõe liberar decisões” (BECK, 1977, p. 21).

À luz da sociologia do risco, urge, destarte, à sociedade repensar dilemas dos diferentes, com vistas a compreender a dimensão que o corpo sonhado carrega. Assim, a ideia de tomar o corpo como dispositivo permite cartografar as diversas linhas que participam de sua constituição, mapeando os jogos de saberes e poderes que como forças duelam entre si e favorecem a emergência de seu conteúdo e expressão. Para além de

sua composição biológica e seu funcionamento fisiológico, o corpo nesta sociedade de risco abriga dimensões sociais, antropológicas e históricas que dialogam com novas tecnologias e diversas linguagens no presente, assim como as novas expressões sexuais e de gêneros que surgem como possibilidade futura de serem sujeitos de direitos, em uma invisibilidade que se transforma em visibilidade.

## 5 A (IN)EXISTÊNCIA DO DIFERENTE EM UMA SOCIEDADE EXCLUDENTE

A verdade é que uma sociedade que há muito não inclui pouco tem a oferecer àqueles que já vivenciam essa experiência fora da lógica corpórea aceita. Com isso, mais armadilhas do que certezas são postas. Idealizar uma experiência corpórea de um corpo sonhado que tenda para um lado ou outro dentro da noção binária de mundo do corpo vivido é permanecer não vivenciando a própria identidade. A perspectiva de um futuro mais ou menos possível/impossível (LUHMANN, 1996) que se coloca como realidade para todos na sociedade de risco impede que a facticidade sobre as várias experiências identitárias tenha foro adequado de debate, ainda que a pretensão seja incluir.

A imposição de outras urgências e emergências; danos e riscos faz com que no limiar de uma sociedade que pouco pode oferecer aos seus, nasçam conflitos (identitários) dentro dos já existentes. Pois, nem quando se vive o corpo sonhado se é isso ou aquilo. Se é o que se é!

Assim, tratam-se demandas e expectativas específicas de determinados corpos como se fossem, após sua “transformação”, inaugurados em antigas categorias. Dessa forma, não se trata apropriadamente de seus desejos e intenções e novos e diversos abismos são, portanto, criados.

Aos dois anos de idade, a pequena Shiloh Jolie-Pitt apresentou aos pais famosos Angelina Jolie e Brad Pitt, que a primeira filha biológica do casal preferia ser chamada por John (CARVALHO, 2020). O casal considerado exemplar no mundo das celebridades, expôs sua opção identitária com aceitação, amor e respeito. Além da mudança de nome, John passou a adotar corte de cabelo curto e a se vestir com roupas masculinas. Aos onze anos de idade, John haveria, pois as informações provêm de tabloides estrangeiros e não de informações oficiais, iniciado tratamento que permitiria sua transição de gênero (OBSERVATÓRIO G, 2018).

Recentemente, a nova aparência de John tornou-se pauta ao ser fotografado com cabelos mais longos, brincos e shorts curtos, trazendo



novamente a discussão sobre qual identidade de gênero a criança nascida Shiloh Jolie-Pitt estaria adotando?

Esse exemplo, ainda que distante de qualquer reflexão complexa e elaborada sobre os contornos que apresenta, serve metaforicamente para demonstrar o quão incompreendidas são as identidades que os corpos vivenciam. Shiloh Jolie-Pitt por preferir se chamar John e adotar estereótipos masculinos não seria necessariamente um menino, a partir da lógica heterossexual de mundo. Tampouco, John Jolie-Pitt ao usar cabelos longos e brincos não é, necessariamente, uma menina ou tenha “desistido” de ser John. A imposição binária a um corpo que deseja viver o corpo sonhado ao vivido é uma armadilha que se impõe a quem não precisaria ter que “decidir” ser um ou outro e sim, encontrar no ambiente social a liberdade de apenas ser.

Judith Butler (2017) ao analisar a célebre frase de Simone de Beauvoir “ninguém nasce mulher: torna-se mulher” esclarece que:

A controvérsia sobre o significado de *construção* parece basear-se na polaridade filosófica convencional entre livre-arbitrio e determinismo. Em consequência, seria razoável suspeitar que algumas restrições linguísticas comuns ao pensamento tanto formam como limitam os termos do debate. Nos limites desses termos, “o corpo” aparece como um meio passivo sobre o qual se inscrevem significados culturais, ou então como o instrumento pelo qual uma vontade de apropriação ou interpretação determina o significado cultural por si mesma. Em ambos os casos, o corpo é representado como um mero *instrumento* ou *meio* com o qual um conjunto de significados culturais é apenas externamente relacionado. Mas o “corpo” é em si mesmo uma construção, assim como o é a miríade de “corpos” que constitui o domínio dos sujeitos com marcas de gênero (BUTLER, 2017, p. 29-30).

Entretanto, enquanto tais debates não são apropriadamente realizados, diante de outras urgências e riscos, o privilégio concedido à família Jolie-Pitt está longe da realidade de quem vivencia sua experiência transgênero e a perpassa por meio de inúmeros outros desafios (mais reais e difíceis).

Dados estatísticos sobre a população demonstram uma não absorção da identidade trans, que inviabiliza o seu reconhecimento como sujeito de direito. Apesar de introduzido desde 2016, por meio do Decreto nº 8727/16, que viabiliza o reconhecimento da identidade de gênero

e uso de nome social pelas pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional (BRASIL, 2016), diante da recente pandemia de coronavírus, sua não observância acarreta que quase “60% da população Trans não t[ivesse] garantido o acesso a renda básica emergencial do governo federal, ou qualquer outro benefício na esfera governamental.” (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020, p. 06). Relatos indicam que o baixo acesso ao benefício emergencial concedido pelo governo brasileiro decorre da não adoção do nome social nos cadastros públicos, o que exige a utilização do nome de registro. Ou até mesmo a vinculação de dois nomes ao mesmo CPF, inviabilizando a liberação bancária do valor referente ao benefício (OLIVA, 2020).

Pessoas transgênero são em sua maioria trabalhadores autônomos e informais, já que a extensa carga de preconceito ainda inviabiliza o emprego formal. Com isso a percepção do auxílio emergencial seria a única fonte de renda que poderiam ter diante da imposição de restrições sanitárias que exigem o isolamento social e inviabilizam o exercício de diversas atividades laborais dentre elas, a prostituição:

[...] a estimativa é que apenas 4% da população Trans feminina se encontra em empregos formais, com possibilidade de promoção e progressão de carreira de acordo com dados levantados pela ANTRA. De igual modo, vemos que apenas 6% estão em atividades informais e subempregos. Mantém-se aquele que é o dado mais preocupante: 90% da população de Travestis e Mulheres Transexuais utilizam a prostituição como fonte de renda. 80% das travestis e mulheres transexuais profissionais do sexo, relataram perda de até 100% em seus ganhos (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020, p. 06).

A precarização das condições de trabalho, a ausência de cumprimento regular pelo Estado da legislação que reconhece as diversas formatações de identidade e a deficiência na criação de políticas públicas que reconheçam a realidade transgênero e busque medidas adequadas para garantir sua condição de sujeitos de direitos aumentam os índices de mortalidade, depressão e violência contra corpos que buscam a liberdade de serem quem são.

Assim, os corpos que abrigam sonhos, experiências e vivências que fogem à convencionalidade do que é considerado “normal” recebem parcela maior na distribuição dos riscos, ainda que, no caso do coronavírus, todos estejam sujeitos à contaminação e mortalidade.

Contextos de maior imprevisibilidade sobre as condições econômicas, sociais, políticas e sanitárias, como é a pandemia de coronavírus, todavia, contribuem também para o aumento do número de ocorrências de imposições violentas a esses corpos, demonstrando que a medida que o risco geral da sociedade aumenta, aumenta-se a intolerância e o uso de instrumentos que buscam eliminar as diferenças:

No segundo bimestre [de 2020], enquanto o Brasil enfrentava o início da pandemia do coronavírus, o número de casos [de assassinatos de pessoas trans] para o ano apresentou um aumento assustador de 68%, quando foi de 38 para 64 registros. E seguindo a mesma tendência de aumento, o terceiro bimestre foi de 64 para 89 casos, representando 39% de aumento em relação ao bimestre anterior (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020, p. 03).

Dessa forma, a carga de efeitos inerentes à gestão dos riscos e distribuição de suas adversidades é maior para aqueles que já viviam sob o jugo de escolhas biológicas, sociais e culturais opressoras, revelando que, apesar de significativos avanços obtidos nos últimos anos em prol do reconhecimento de compreensões identitárias mais fluidas e livres, pode ser que os anos futuros indiquem severos retrocessos.

## 6 CONCLUSÃO

O corpo é o lócus por excelência onde todas as identidades ganham forma. É onde a criança sente o mundo e o adulto expressa sua individualidade. É onde se interage (com os outros), se comunica e reivindica (direitos).

Ter o direito de viver o corpo sonhado suprido é amedrontador, opressivo e sufocante. Não encontrar dentro das estruturas sociais, políticas e econômicas qualquer espaço para manifestação de seu eu mais íntimo é perceber a violação de si.

Numa sociedade de risco, a distribuição das riquezas fruto do processo industrial e dos malefícios advindos daí é desigual. Sempre foi. E para aqueles que buscando pela liberdade do seu ser desafiam a ordem vigente, sua parcela é paga com o próprio corpo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. 2 ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ARENDT, Hannah: **A Vida do Espírito**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009

ATHAYDE, V.L. **Transexualidade masculino**. Arquivos Brasileiros de Endocrinologia e Metabologia, São Paulo, v. 45, n.4, p. 407-414, 2001.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP, 1997.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Editora 34, 2010.

BENEVIDES, Bruna; NOGUEIRA, Sayonara. **Boletim n. 03/2020: assassinatos contra travestis e transexuais - 2020**. ANTRA, 2020. Disponível em: <https://antrabrazil.files.wordpress.com/2020/06/boletim-3-2020-assassinatos-antra.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BENTO, Berenice. **A Reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. 3ª ed. Salvador: Editora Devires, 2017.

BRASIL. **Decreto nº 8727, de 28 de abril de 2016**. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da União, Brasília, 28 Abr. 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8727.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8727.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRUNO, Fernanda. **Membranas e Interfaces**. Rio de Janeiro: Mauad, 1999.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Trad. De Renato Aguiar. 15 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CARVALHO, Ketryn. Filho transexual? Angelina Jolie surge em foto atual com o jovem. **Observatório G, 2020**. Disponível em: <https://observatoriog.bol.uol>.

com.br/noticias/filho-transexual-angelina-jolie-surge-em-foto-atual-com-o-jovem. Acesso em: 15 abr. 2021.

CHAUI, Marilena. **Merleau-Ponty**. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1980.

COELHO, Nelson, CARMO, Paulo Sérgio do. **Merleau-Ponty: filosofia como corpo e existência**. São Paulo: Escuta, 1991

DUPOND, Pascal. **Vocabulário de Merleau-Ponty**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. **O Direito na Sociedade de Risco**. In: GIORGI, Raffaele De. *Direito Tempo e Memória*. Trad. de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. 6.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

GOFFMAN, E. **Estigma: notas de uma identidade deteriorada**. 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

JEUDY, Henri Pierre. **O corpo como obra de arte**. São Paulo: Editora Liberdade, 2002.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre a população transgênero: conceito e termos**. Brasília: Autor, 2012. Disponível em: [https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES\\_POPULA%C3%87%C3%83O\\_TRANS.pdf?1334065989](https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989). Acesso em: 08 set. 2020.

LE BRETON, David. **A Sociologia do corpo**. Trad. Sonia Fuhrmann. 6.ed. Petrópolis: Editora Vozes.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1996.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Guadalajara: Walter de Gruyter Co., 1992.

MACIEL, Sonia Maria. **Corpo Invisível: uma nova leitura na filosofia de Merleau-Ponty**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FILOSOFIA DO DIREITO E SOCIOLOGIA DO DIREITO

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção**. Trad. Carlos Ribeiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

NÓBREGA, Terezinha Petrucia. **Uma fenomenologia do corpo**. São Paulo: Editora Livro da Física, 2010.

OBSERVATÓRIO G. Filho trans de Angelina Jolie e Brad Pitt inicia processo de transição de gênero, diz tablóide. 2018. Disponível em: <https://observatoriogbol.uol.com.br/noticias/filho-trans-de-angelina-jolie-e-brad-pitt-inicia-proceso-de-transicao-de-genero-diz-tabloide>. Acesso em: 15 abr. 2021.

OLIVA, Gabriela. Auxílio emergencial: transgêneros relatam problemas para receber suporte de R\$ 600 do governo usando o nome social. **O Globo**, 25 mai. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/auxilio-emergencial-transgeneros-relatam-problemas-para-receber-suporte-de-600-do-governo-usando-nome-social-24439275>. Acesso em: 23 abr. 2021.

RIBEIRO, Fernando Armando; SOUTO, Gisleule Maria Menezes. **A prosa do mundo: Sentimentos e Significados “próximos” e “longínquos”**. In: André Rubião; Fernando Armando Ribeiro; Luciana Pimenta; Nelson Camata Moreira. (Org.) *Direito e Literatura: O sentimento do Mundo*. Belo Horizonte: Dialética Editora, 2020.

SAMPAIO, Liliana Lopes Pedral; COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. **A transexualidade na atualidade: Discurso científico, político e histórias de vida**. In: *Anais do III Seminário Internacional Enlaçando Sexualidades*. Salvador: UNEB, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15770/1/A%20TRANSEXUALIDADE%20NA%20ATUALIDADE.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2021.

SOUTO, Gisleule Maria Menezes; SOUTO, Luana Mathias. **Transgênero e mercado de trabalho: ressignificando o corpo**. In: Luana Mathias Souto; Clarice Piva Moraes; Lívia Maria Cruz Gonçalves de Souza. (Org.). *Vieses constitucionais: reflexões à luz do constitucionalismo democrático*. 1 ed. Curitiba: CRV, 2020, v. 1, p. 207-226.

VAZ, Lima Henrique Cláudio de. **Antropologia Filosófica**. Vol. I. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

# A (RE)CONSTRUÇÃO DO SENTIDO MULHER NA PERIFERIA DO DIREITO

THE (RE)CONSTRUCTION OF THE SENSE OF WOMEN IN THE PERIPHERY OF THE LAW

Ana Paula Lemes de Souza<sup>1</sup>

**RESUMO:** Esta pesquisa busca compreender, a partir da correlação entre diversos conceitos da teoria dos sistemas, de Niklas Luhmann, com a ideia de *episteme*, de Michel Foucault, a permanência do patriarcado no direito, enquanto um molde de oposição hierárquica entre homem/mulher. Os dados coletados e utilizados neste trabalho são as cartilhas, objetivos, fundamentos, planos de ação, dentre outros, enquanto comunicações emitidas por sistemas de organização periféricos do direito, que se propõem a combater, nos espaços de sua produção, o uso da oposição hierárquica.

**PALAVRAS-CHAVES:** Patriarcado. Feminismo. Sistemas de organização do direito. *Episteme*.

**ABSTRACT:** This research seeks to understand, from the correlation between several concepts of the systems theory, by Niklas Luhmann, with the idea of *episteme*, by Michel Foucault, the permanence of patriarchy in law, while a hierarchical opposition mold between man/woman. The data collected and used in this work are the booklets, objectives, fundamentals, action plans, among others, as communications issued by peripheral systems of law, which aim to combat, in the spaces of its production, the use of hierarchical opposition.

**KEY WORDS:** Patriarchate. Feminism. Systems of organization of law. *Episteme*.

---

1 Doutoranda em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Mestra em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). CV Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/3219750773136952>>. E-mail: <[ana.souza@professor.unis.edu.br](mailto:ana.souza@professor.unis.edu.br)>.

## 1 A SEMÂNTICA DO PATRIARCADO NA CONTEMPORANEIDADE

Esta pesquisa faz parte de um trabalho mais amplo, que visa a compreender, segundo evidências empíricas, a permanência da semântica do patriarcado nos sistemas sociais, notadamente, no sistema jurídico, a partir do manejo entre a concepção de *episteme*, de Michel Foucault, e diversos outros conceitos da teoria dos sistemas, de Niklas Luhmann, em especial, quanto aos sistemas de organização.

Compreende-se o patriarcado como a delimitação simbólica dos âmbitos da feminilidade e masculinidade em um molde de oposição hierárquica, com o uso da distinção homem/mulher em um sentido socialmente opositivo, em que um elemento engloba o seu contrário, conforme Louis Dumont (2008, p. 370). Nessa perspectiva, apesar de não ser mais determinante das operações sistêmicas sociais, o modelo patriarcal continua exercendo notória influência no processo de atribuição do sentido. Ele se aplica à distinção entre homem e mulher, na qual o sentido mulher se configura como o pressuposto do sentido do homem, que funciona como o representante da ordem. O neutro masculino representa, dessa maneira, uma decisão na história sobre qual seria o tipo de relação ideal entre homem e mulher, através da fixação do sexo na linguagem, correlata ao poder. Ao delimitar os espaços, os modos de vivência e, igualmente, a forma de organização, constantemente edita a história e recalca a feminilidade, pois a mulher é construída semanticamente como “o outro”.

Após a modernidade, o patriarcado deixa de compor, ao lado da estrutura de classes, a própria dinâmica do sistema social, que passa a se diferenciar funcionalmente. Com a experimentação da diferenciação funcional pela sociedade pré-moderna, segmentária e estratificada, ela se complexifica e substitui a violência por direito, que se constitui como um sistema parcial e autopoietico, evolutivamente diferenciado (LUHMANN, 2006, p. 848). O patriarcado, com essa mudança, torna-se uma semântica, um argumento residual, e deve ser abandonado pelos sistemas, que precisam fazer uso de seus próprios códigos funcionais.

No entanto, percebeu-se que, paradoxalmente, mesmo na contemporaneidade, o modelo de oposição hierárquica continua vigente, orientando e pré-selecionando os sentidos daquilo que constrói o campo simbólico do sentido mulher – portanto, a diferenciação entre homem e mulher, em muitos aspectos, continua fazendo diferença.



Essa distinção opositiva, longe de se manter no terreno da neutralidade, continua sendo invocada como absoluta e universal, mas, enquanto regime de poder, é epocal, relativa e mitificada, um modo de configuração de sentido que se esboça em disputas por campos simbólicos, com a perpetuação de guerras epistêmicas pelo aprisionamento dos sentidos em relação à sexualidade. A mulher continua sendo produzida pelos homens, aprisionada em um local marcado que determina e delimita os seus comportamentos, espaços, trajetórias, por meio de construções discursivas heterogêneas, perpetuando a cultura esses processos de violências semânticas.

No direito, a disputa diz respeito ao campo simbólico do que é ser mulher – e o que isso implica para as operações sistêmicas. Pode-se perceber, nessa batalha, a guerra semântica pelo seu significado e a existência do neutro masculino como pressuposto decisório para o órgão julgador na forma de se caracterizar legalmente a mulher. Isso se demonstra na resolução, por meio de lei, da vivência compulsória da maternidade, ao ser determinado, por exemplo, que a licença natalidade com maior duração não pode ser vivenciada pelo sexo masculino, mas apenas pelo sexo feminino, como se o cuidado com os filhos, mesmo em casos em que não há o aleitamento, deva ser engessado e circunscrito ao sexo biológico – nem mesmo ele tão estável<sup>2</sup> – e, portanto, impossível de ser decidido. Ao casal, não cabe decidir, em mútuo acordo, sobre o que é mais favorável, porque a lei, considerando o homem como o neutro, coloca a maternidade como uma desvantagem à mulher. A questão avança até patamares ainda mais incoerentes, como a permanência da criminalização do aborto, apesar da descriminalização recomendada por diversos organismos internacionais. Observa-se, nos procedimentos judiciais e em algumas figuras jurídicas, muitos lugares onde ser mulher continua fazendo a diferença. A sexualidade é naturalizada, inscrita no âmbito do indecível, porque já estava decidida antes, de uma forma violenta na história. Então, a pergunta é: como a mulher pode deixar de ser mulher, sair desse lugar marcado e velado que a recalca no direito?

Percebe-se, nessa arena, a disputa por significados, sobre aquilo que seria o sentido mulher, o que poderia ser melhor depurado a partir de uma cartografia dessas disputas pelo seu sentido que se estabelecem nos sistemas de organização. Para tornar possível o esboço de tal cartografia, buscou-se, em um primeiro momento, selecionar as comunicações

2 Para um aprofundamento sobre o tema, ver estudos sobre os interssexos (MARTINS, 2004, p. 25).

usuais dos sistemas de organização que foram, nesta pesquisa, os objetivos, as cartilhas de ações e os fundamentos epistemológicos das instituições que se criam com o objetivo específico de irritar o sistema do direito – especificamente, os seus sistemas de organização de centro, que detêm a *episteme* para dizer o que é e o que não é o direito. O foco dessas organizações periféricas é derrubar o uso da oposição hierárquica no sistema do direito, com o englobamento do sentido mulher pelo homem. O material que serviu de suporte para esta pesquisa pôde ser obtido nos portais das referidas entidades, em seus estatutos e outros documentos, de um modo geral, nas comunicações oficiais, nas quais se observa disputas por posições hierárquicas entre os grupos, com o manejo da oposição mulher/homem.

Como primeiro critério, foram listadas as organizações feministas que se propõe a promover irritações diretamente ao sistema do direito, sendo excluídas aquelas que produzem irritações a diversos sistemas de modo simultâneo, com particular foco no político – porque elas seriam inadequadas para a análise da perpetuação da semântica do patriarcado no sistema jurídico. Quanto às comunicações selecionadas, elas visam a delinear o objetivo comunicativo de uma determinada informação pelos sistemas de organização que atuam diretamente contra o modelo patriarcal. Imaginou-se que, ao analisar os nortes e a própria forma de organização dessas organizações, delimitar-se-ia com mais clareza os campos de manejo da oposição hierárquica e, ainda, as formas pelas quais se utilizam as organizações de periferia de um sistema para romper com as organizações de centro, com o fim de dificultar ou tornar improvável a comunicação do patriarcado nos moldes de oposição hierárquica.

A hipótese aqui articulada diz respeito ao fato de que, apesar do abandono do modelo de oposição hierárquica pelos sistemas sociais, a mentalidade igualitária continua dominante nos sistemas de organização, e, ainda, constitui-se como parte fundamental da ideologia moderna e iluminista que orienta os programas, que ainda não superou ainda a diferença entre igualdade e identidade. Esse era o pressuposto que poderia demonstrar que o direito, mesmo fazendo uso de seu próprio código direito/não direito, ainda continua nos espaços de produção de *epistemes* a se orientar por uma ideologia do patriarcado.

A coleta de dados empíricos se deu, especificamente, nas organizações periféricas do direito, que se dedicam a pensar os direitos das mulheres, que se trata de uma observação de segunda ordem que o di-

reito faz utilizando como diferença diretriz homem/mulher (ou mulher/homem?), em detrimento de seu próprio código, direito/não direito.

A grande questão a ser respondida nesse trabalho é: como explicar a força e a permanência do patriarcado no sistema jurídico da atualidade?

Para se responder essa questão, precisa-se: explicitar o método da coleta de dados empíricos; identificar o patriarcado como uma semântica e, enquanto uma semântica, a sua relação com os programas; analisar as estratégias usualmente adotadas pelos sistemas de organização da periferia e; por fim, propor um novo método de abordagem a ser adotado pelos sistemas de organização.

Partiu-se das seguintes hipóteses: a) o patriarcado se trata de semântica, um argumento residual do sistema social e, conseqüentemente, do sistema parcial do direito; b) sendo o patriarcado uma semântica, ele exerce maior influência nos programas, portanto, nos textos e comunicações que um determinado sistema produz; c) os sistemas de organização de centro sempre mantiveram uma supremacia de homens, que, por meio do poder, continuaram mantendo seus feudos epistêmicos sobre o sentido mulher, com a promoção do seu recalçamento; logo, d) as organizações de periferia pouco exerceram influência na construção do sentido mulher, especialmente, porque ainda trabalham com um conceito de igualdade e estão localizadas em um patamar iluminista do feminismo, não tendo evoluído em termos conceituais, pois se utilizam, igualmente, do molde de oposição hierárquica.

## 2 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

A construção da mulher está no lugar não marcado da construção do homem – que se estabelece por via de negação daquele espaço. Pode-se dizer, de modo precípuo, que o patriarcado é via de mão dupla, que, enquanto constrói simbolicamente o feminino, demarca o masculino por repulsa àqueles valores. Isso acontece através de modelos de individuação que provocam irritação ao corpo e, por meio da exclusão do terceiro valor, ignoram ou suprimem as identidades sexuais polivalentes, criando endereços para as operações sistêmicas (LEMES DE SOUZA, 2018).

A diferenciação centro/periferia, na teoria dos sistemas, apesar de tipicamente pré-moderna (LUHMANN, 2016, p. 445), pode ser manejada quando se considera o caráter hierárquico da produção dos chamados paradigmas em cada um dos sistemas, através dos sistemas

de organização. Em outros termos, a diferenciação entre centro e periferia, em Niklas Luhmann, torna-se particularmente importante quando se considera a decisão: as organizações de centro são aquelas que decidem, enquanto as organizações de periferia são aquelas que não decidem (LUHMANN, 2016, p. 419), e que, de uma forma geral, possuem maior liberdade para estabelecer conexões com outros sistemas funcionais da sociedade. No caso do sistema jurídico, são os tribunais que estão no centro, porque são eles que devem decidir. Essa divisão entre centro e periferia se torna caracteristicamente atraente para os sistemas, porque favorece a sua ordenação e confere maior liberdade às organizações de periferia. Os sistemas de organização que estão no centro detêm a *episteme* do direito, deste modo, estabelecem onde está a positividade do direito, ou, conforme o interesse dessa pesquisa, possuem o poder necessário para definir o que é e o que não é ser mulher – e o que isso significa para as operações sistêmicas.

Michel Foucault caracteriza a *episteme* como um conjunto de relações que, em uma época ou contexto, pode reunir sob certo signo as práticas discursivas que dão origem às epistemologias de sistemas formalizados, apresentando certo grau de regularidade (FOUCAULT, 2014, p. 231). São possibilidades para se entender as coações que se impõe aos discursos por práticas históricas específicas, que podem fornecer descrições arqueológicas de certos discursos – como é o caso da sexualidade (FOUCAULT, 2014, p. 233), que pode ser interrogada pelo seu conjunto de conceitos, enunciações – inclusive jurídicas – em um sistema de valores, proscições e impedimentos, como um domínio do saber. Assim, as enunciações jurídicas, como a conceituação da mulher, são enunciações discursivas do dispositivo da sexualidade, que são utilizadas no molde de oposição hierárquica pelo sistema do direito em suas práticas e discursos.

Desse modo, mesmo o direito operando pelo código direito/não-direito, os sistemas de organização que o integram se utilizam do molde de oposição hierárquica e, ainda, detêm a *episteme* do direito para fazer, com regularidade, a utilização das enunciações do dispositivo da sexualidade (FOUCAULT, 1988).

Com o fim de empreender esforços na compreensão do atual panorama da disputa do sentido mulher no sistema do direito, foram analisadas as comunicações produzidas pelas organizações da periferia do direito, que possuem maior grau de liberdade para questionarem a produção da mulher. Entendeu-se que os tribunais, como organizações de centro do sistema do direito, trabalham para manter o uso da oposição

hierárquica, pois selecionam o que deve ser conservado e se esforçam em manter o patriarcado, enquanto uma memória coletiva acumulada na história social. Lembra-se, ainda, que essa forma de organização do arquivo, que é uma construção temporal, relaciona-se ao poder. Como a narrativa construída pela memória é altamente seletiva, detém verdadeiramente o poder de dizer o que é e o que não é direito quem impõe a sua própria construção do tempo, com sujeição dos demais (OST, 2005, p. 24-25). Isso ocorreu no direito com a especialização dos tribunais que passaram, pela cláusula do *non liquet*, a ter a obrigação de decidir (LUHMANN, 2016, p. 410).

Quanto ao sistema de centro, não se discute o uso da oposição hierárquica, onde está clara a subrepresentação das mulheres e a sua subjugação<sup>3</sup>, o que gerou a criação dos sistemas de organização periféricos que atacam essa questão. Portanto, o primeiro foco do trabalho foi traçar, dentre as organizações periféricas que atuam quanto aos direitos das mulheres, aquelas que, em seu escopo, produzem as irritações diretamente ao sistema do direito. Nesse primeiro momento, foram excluídas as organizações que atuam de modo a produzir irritações com maior notoriedade no sistema político, que representam a maior parte das organizações – como o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), o Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA), e Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (Cepia). Os órgãos e comunicações científicas também foram excluídas da análise, por conta do código do sistema da ciência e a alta especificidade de suas comunicações (Luhmann, 1996), o que também se aplicou às organizações feministas cujo principal objetivo seja a pesquisa, mesmo quando envolva intervenção social, como é o caso da Anis – Instituto de Bioética. Os meios de comunicação de massa também foram ignorados, porquanto não se buscava analisar as disputas pelos espaços de poder entre os grupos periféricos do direito de um modo geral, mas, especialmente, tratava-se de analisar o modo de atuação específico dos sistemas de organização da periferia que trabalham com a questão da mulher no sistema judiciário. Por se tratar de uma análise mais sistemática e conectada com a contemporaneidade, as iniciativas individuais de membros esparsos que não representam algu-

3 Aponta o último censo que, segundo as magistradas, ainda há muita desigualdade entre os sexos. Elas já vivenciaram situações negativas por serem mulheres, enfrentam maiores dificuldades nos processos de remoção e promoção e, ainda, percebem suas vidas mais afetadas pelo exercício da magistratura, experimentando mais dificuldades que os homens. (BRASIL, 2014, p. 85 e seguintes).

ma coletividade também foram suprimidas, porque se interessou pelas comunicações radicalmente antihumanistas (Luhmann, 2006:20), portanto, sociais. Por fim, os órgãos que poderiam se duplicar em atividade, como, por exemplo, Ministério Público Federal e Ministérios Públicos estaduais, como se trata exatamente da mesma organização de periferia, foram decotados, sendo escolhida aquela entidade que apresenta a pauta mais destacada para o sistema do direito na questão da mulher: no caso citado, o Ministério Público Federal foi o escolhido para análise.

Para isso, foram selecionadas as seguintes entidades: a Comissão Especial da Mulher Advogada – CNMA, a Associação Brasileira das Mulheres de Carreiras Jurídicas (ABMCJ), a Rede Feminista de Juristas (DEFEMde), a associação Gênero, Justiça e Direitos Humanos (THEMIS), a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (Ministério Público Federal – PFDC), o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM Brasil) e a Associação Internacional de Mulheres Juízas (AIMJ). O recorte temporal para essa análise se deu de 2013 a 2017, porque o interesse era a compreensão atual e não pretérita da atuação de tais sistemas de organização, de forma a contorná-las com o máximo de precisão possível para o cenário recente.

Quanto à Comissão Especial da Mulher Advogada – CNMA, trata-se de entidade vinculada à advocacia privada, portanto, à Ordem dos Advogados do Brasil. É integrada ao Conselho Federal e visa a atuar em situações que envolvam a questão da mulher advogada. A OAB Nacional criou este órgão em 08 de março de 2013, para facilitar e fortalecer a atuação da mulher no exercício da Advocacia, sendo seu objetivo geral propor mecanismos que facilitem o dia-a-dia da profissão da mulher advogada. Contudo, em seu portal, faltam atividades, artigos, enfim, uma atuação bem definida quanto aos objetos. Aliás, desde 2014 não há atualizações de atividades ou artigos, com ausência de um escopo definido e de uma atuação organizada e publicizada, sendo que, conforme o próprio órgão, o portal eletrônico se propunha a ser um permanente canal de comunicação das advogadas com a CNMA<sup>4</sup>, o que não está acontecendo de modo eficiente ou satisfatório. Atualmente, foi lançado um censo, para se

4 Segundo seu próprio portal, suas estratégias são: condições de trabalho da mulher advogada; advogada gestante e lactante; Caixa de Assistência e o apoio à mulher advogada; a mulher e a política de classe; honorários reduzidos para a mulher; Comissão da Mulher nas Seccionais; a mulher e a violência doméstica; cárceres femininos; comunidades indígenas – a condição da mulher; Conferência Nacional da Mulher Advogada. Disponível em: <<https://www1.oab.org.br/cnma/>>. Acesso em 19 de outubro de 2017.

saber as principais demandas das mulheres advogadas e focalizar a atuação da CNMA, mas este ainda não apresentou os resultados. A Comissão é composta exclusivamente por mulheres.

Quanto à Associação Brasileira das Mulheres de Carreiras Jurídicas (ABMCJ), ela é uma organização não governamental composta por mulheres juristas e seu escopo é lutar contra todas as formas de discriminação sofridas pelo público feminino na carreira jurídica. É integrante da *Fédération Internationale des Femmes Carrières Juridiques* – FIFCJ, que faz parte do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, Unesco, Unicef e é inscrita no Registro Especial de OIT. Com fundação em 1985 em Minas Gerais, em Belo Horizonte, está presente em muitos estados brasileiros. Não possui um canal de comunicação oficial que propicie o conhecimento de sua atuação nacional, desse modo, não foi possível conhecer o tipo de comunicação própria a essa entidade, além de seu estatuto. Sua diretoria é composta exclusivamente por mulheres.

Quanto à Rede Feminista de Juristas (DeFEMde), esta busca concretizar uma maior participação de mulheres feministas nas carreiras, cargos e academia, com vistas a diminuir a desigualdade de poder entre homens e mulheres, entendendo-a como estrutural na sociedade. Criada em 2016, ainda não possui um *site* específico, sendo sua forma de comunicação exclusiva no *Facebook*, onde se lançou um manifesto que determina o tipo de atuação da organização, que buscará o avanço normativo e judicial das garantias dos direitos das mulheres junto ao poder legislativo, por meio de ações próprias ou na disputa pela interpretação das leis em decisões junto aos tribunais. O foco, portanto, é representar pautas em ações coletivas em defesa das mulheres, promover assistência jurídica, técnica, psicológica, ou outra, e atuar como *amicus curiae* em processos estratégicos. Recentemente, lançaram um “manifesto”<sup>5</sup> contra as mudanças da reforma trabalhista, com proposta de atuação em controle de constitucionalidade. Alguns membros da Rede lançaram publicações em outros sítios jurídicos, como Justificando, Jota, etc., mas não possui uma organização de comunicações próprias da entidade. A rede é composta por advogadas voluntárias, que não estão constituídas no formato de uma organização não-governamental, com CNPJ ou financiamento, sendo o movimento ainda embrionário. Apenas mulheres ou homens trans integram a DeFEMde.

5 Disponível em: <[https://drive.google.com/file/d/0B1bO8C6eP\\_gcelBtV2lxLWFHa3c/view](https://drive.google.com/file/d/0B1bO8C6eP_gcelBtV2lxLWFHa3c/view)>. Acesso em 19 de outubro de 2017.

Quanto à ONG Gênero, Justiça e Direitos Humanos (THEMIS), trata-se de uma organização fundada em 1993, composta por advogadas e cientistas sociais feministas, que buscam enfrentar, no sistema jurídico, a discriminação contra mulheres, com a ampliação do acesso à justiça. Com sede em Porto Alegre (RS), a ONG é premiada e possui parcerias e apoiadores. Tem foco em três principais estratégias: o Programa de Formação de Promotoras Legais Populares (PLPs), que capacita lideranças comunitárias femininas em Direitos Humanos e Direitos das Mulheres, e explica o funcionamento básico de organização dos sistemas Justiça e do Estado; dialogar com pessoas que atuam no direito sobre mecanismos que reproduzem a discriminação contra as mulheres, através de debates, fóruns, *workshops*, publicações, dentre outros e; advocacia estratégica, em esfera nacional ou internacional, para promover os direitos das mulheres. Esta organização integra o CLADEM, mas foi mantida para os fins dessa pesquisa por ter um protagonismo de atuação e por sua pauta ultrapassar o CLADEM. O comitê gestor é formado somente por mulheres.

Na Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (Ministério Público Federal), um dos temas de atuação diz respeito aos direitos das mulheres, direitos sexuais e reprodutivos, dentre outros, com atuação extrajudicial e judicial. Não busca inovar, mas garantir o cumprimento, nos Tribunais, dos direitos das mulheres, com enfoque no combate à discriminação, repúdio à violência e equidade de gênero. Na atuação extrajudicial, busca monitorar e avaliar políticas públicas que digam respeito às mulheres, em âmbito governamental e não governamental. Atua, ainda, diretamente em demandas judiciais, nos temas administrativos (como controle da não-discriminação em concursos públicos), sistema prisional e educacional, reforma agrária, violência de gênero, imigrantes, dentre outros, além de temas transversais, como o tráfico de pessoas e questões raciais. Outra forma de atuação que cabe ser mencionada é a sua proposta de interagir com as organizações que atuam no tema, órgãos públicos e organismos internacionais, com apoio de suas ações. A lista não é exaustiva, a própria organização não limita seu rol de estratégias. Possui comunicação bem organizada e facilitada, com a disponibilização de planos de trabalho anuais. Contudo, o plano de trabalho está parado desde 2015, não tendo ainda disponibilizado o relatório relacionado à atuação do referido ano. Interessante ponto da atuação do Ministério Público Federal é a proposta objetiva de parceria com o movimento das mulheres, o que demonstra uma possibilidade dialógica. As relatoras nos temas das mulheres são sempre mulheres, mas o órgão é de composição mista.



O Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM Brasil) foi fundado em 1994 e hoje é composto por três organizações feministas em consórcio de ONGs: Themis, Instituto Antígona e Instituto para a Promoção da Equidade (IPE), mais 18 (dezoito) mulheres individualmente participantes. Sua atuação é para garantir vigência dos direitos das mulheres na América Latina e Caribe, utilizando o sistema jurídico como instrumento. Atua em litígio estratégico, como foi com a internacionalização do litígio de Maria da Penha, (caso 12.051), que foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA) e resultou na aprovação da lei sobre violência doméstica, além de *amicus curiae*. O CLADEM também atua no acompanhamento da aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, em especial, a Convenção da Mulher, monitorado pelo Comitê CEDAW. Apesar da extensa atuação do CLADEM, foi considerada nessa pesquisa a atuação somente do CLADEM Brasil. Sua coordenação brasileira é composta por mulheres.

Quanto à Associação Internacional de Mulheres Juízas (AIMJ), ela foi fundada em 1991, com o objetivo de agregar juízas comprometidas com questões das mulheres ao redor do mundo. A unidade brasileira foi criada em 2009 e, apesar da importância da iniciativa, porque se conectaria diretamente aos sistemas de organização de centro, não foi possível encontrar informações ou fontes quanto à atuação da mesma organização.

Em suma, foi observado no Brasil um protagonismo da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (Ministério Público Federal) no tema direitos das mulheres, com uma grande abertura dialógica. Percebeu-se, ainda, uma enorme timidez na atuação dos órgãos da advocacia privada e da Magistratura.

Por fim, cabível destacar que a academia, apesar de suas comunicações usuais científicas não serem o foco desta pesquisa, faz-se presente na maior parte das organizações, compostas, muitas vezes, por professoras e pesquisadoras de diversas organizações, sendo notada, igualmente, uma tendência de crescimento de atuações desse setor.

### 3 A SEMÂNTICA DO PATRIARCADO

Na modernidade, o sistema social se diferenciou funcionalmente, deixando o patriarcado de corresponder, conjuntamente à sociedade

estratificada, à própria dinâmica do sistema social, abandonando o homem o seu papel de representante do sistema no sistema. O patriarcado era a lógica integrativa do próprio sistema social, e com ele se relacionava através de uma estrutura de oposição hierárquica. Conseqüentemente, a diferença entre homem e mulher deixa de fazer diferença em muitos aspectos, devendo o observador de segunda ordem compreender quando, como e por que essa diferença faz diferença. Somente quando não faz diferença ser homem ou mulher é que essa diferenciação faz diferença e passa a ser problematizada pelos movimentos de protesto (LUHMANN, 1988).

Elas são produzidas por uma história, por uma estrutura. São efeitos produzidos que possuem certa estabilidade no tempo. Assim foi a diferenciação entre homem e mulher, repleta de seleções e edições, onde a mulher foi construída semanticamente como “a outra”. Essa construção semântica não é metafórica, pois a mulher, de fato, veio a ocupar na modernidade o outro lado da forma, quando a diferenciação homem/outro é substituída pela diferenciação homem/mulher (LEMES DE SOUZA, 2018). Isso possibilitou o surgimento do movimento feminista, que, em primeiro momento, surge herdeiro da semântica que o criou, assim sendo, da oposição hierárquica e da ideia iluminista de igualdade, o que é muito claro ao se observar os primeiros movimentos feministas, orientados pelo prisma da castração.

A sexualidade se fixa na linguagem enquanto uma decisão comunicada, construindo uma relação assimétrica. O homem ocupa o lugar do neutro, com a respectiva neutralização da mulher. Essa neutralização ocorreu em um dado momento histórico que, possivelmente, selecionou a sua capacidade reprodutora como estratégica (LUHMANN, 1988, p. 500), quando se mudou o modo de configuração familiar, que saiu de um modelo matrilinear para um patrilinear, quando a sociedade valoriza a segurança e se desloca do mundo natural, com a diferenciação entre natureza/cultura (LEMES DE SOUZA, 2018). Trata-se de uma divisão de espaços e, igualmente, uma linguagem do poder.

Esse tipo de configuração familiar – a patrilinear, é o que pode ser chamado de patriarcado, um modo de construção do que é ser mulher e, respectivamente, do que é ser homem, como pares opositivos e hierárquicos. O patriarcado é a produção pelos homens daquilo que se chama mulher e, por outro lado, a construção da masculinidade como o oposto da feminilidade, lembrando, ainda, que quando se fala em feminilidade, não são somente as mulheres que sofreram este recalque, mas todos aqueles que transitam nesses espaços marcados pelos homens,

no qual houve um aprisionamento da construção mulher (LEMES DE SOUZA, 2018) – portanto, todos que têm algum nexos com a esfera da feminilidade, como os travestis, os transsexuais, os *queers* de um modo geral. Nesse sentido, o movimento feminista, com todas as suas reivindicações, pode ser compreendido como uma questão de espaços: uma tentativa da mulher de fuga desse lugar marcado e aprisionado no qual ela é encarcerada. Além dos movimentos de protesto, as organizações periféricas do direito que se propõe a (re)construir esse sentido mulher também se mostram como questões de espaço: uma tentativa de fuga ou movimento de resistência à *episteme* sobre ser mulher que detém os sistemas de organização de centro.

Esse modelo patriarcal se trata de uma oposição hierárquica, um tipo de divisão sistêmica e simbólica do espaço social pré-moderno. Com a modernidade, quando os sistemas sociais se tornam funcionalmente diferenciados, há um abandono desse modelo de oposição hierárquica, que se torna uma semântica, portanto, uma pré-determinação de sentido, que visa a conservar as construções de sentido obsoletas, abandonadas. O patriarcado, enquanto uma semântica que é comunicada, pode se resumir, em termos ontológicos, à apropriação e uso do molde de oposição hierárquica entre homem e mulher.

No Brasil, as ordenações filipinas impunham castigos físicos às mulheres, o que só teve fim em 1890 com o decreto 181 do regime republicano. O Código Civil de 1916 ainda impunha o pátrio poder, que mantinha o homem como o chefe da família, fixando na lei a patrilinidade da prole, pois ele, como representante da ordem, era o chefe da sociedade conjugal, limitando a capacidade da mulher, que só podia atuar, de modo bastante limitado, com a morte do pai<sup>6</sup>, o seu consorte. Com o pai vivo, sempre prevaleceria a vontade deste, se houvesse discordância entre os cônjuges (art. 186), gozando a mulher de uma capacidade civil relativa. Com o Código Civil de 2002, apesar de avanços, ainda há muitos dispositivos patriarcais, como, por exemplo, o artigo 1.736, inciso I, e, mesmo quando eles não existem, é notória nas decisões a utilização da oposição hierárquica.

Especialmente na esfera penal, tais discursos ressoam tão fortes, que até 2009 o estupro era crime contra os costumes o que, discursivamente, não poderia atingir a mulher, mas sim a honra e a moral de um *pater*, seja seu pai ou marido. Aliás, quanto ao estupro, este se relaciona

6 A morte do pai também é uma figura que pode ser utilizada para ilustrar a passagem da antiguidade para a modernidade, com a ascensão de um regime fraternal, mas ainda ligado à voz do homem no poder, desta vez, a voz do irmão, a escritura autorizada pela voz paternal que fala (Pateman, 1993:137).

a questões muito próximas ao patriarcado, porque se conecta à construção simbólica da gramática da apropriação (LEMES DE SOUZA, 2018; MATURANA; VERDEN-ZÖLLER, 2011), portanto, uma relação de poder histórico-cultural que estabelece assimetrias e binariza os espaços. Inclusive, até 2005, o casamento era causa extintiva de punibilidade para os crimes sexuais e, até 1980, era dominante a jurisprudência da legítima defesa da honra para o caso de mulheres assassinadas por companheiros. Diante desse cenário, não há surpresa na permanência da criminalização do estupro, apesar de recomendação ao Estado Brasileiro pela ONU, CEDAW<sup>7</sup> e outros organismos internacionais.

As semânticas são as autodeterminações de um sistema de comunicação (Luhmann, 2016:168), um conjunto conceitual da sociedade, que pré-seleciona o sentido, tornando-o disponível para as operações comunicativas, uma fórmula latente que foi considerada digna de permanência no sistema social, que deseja manter essa memória intacta (LEMES DE SOUZA, 2018). São os significados condensados e reutilizáveis que se colocam como disponíveis para o ato de emissão de uma informação (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 73-74 e 143-145), que altera e causa o erro de comunicação do sentido mulher (LEMES DE SOUZA, 2018).

Em suma, nas sociedades pré-modernas havia uma estrutura patriarcal, estratificada e segmentária, e que, com a evolução proporcionada pela modernidade, causada por uma complexificação do sistema social, gerou-se novas descrições. Essa estrutura patriarcal se alterou na passagem para a modernidade, mas em contrapartida, a semântica e o sistema de discursividade – a *episteme* dos sistemas de centro – mantiveram-se, por meio de distribuição desigual de expectativas de comportamentos entre homem e mulheres, pelo discurso da sexualidade, que controla a sexualidade e, após, ressurge no seu discurso como causa e não como efeitos dos chamados dispositivos do sexo, com a sua essencialização e naturalização (LEMES DE SOUZA, 2018).

Essa oposição hierárquica se trata, portanto: de uma semântica – autodeterminações dos sistemas sociais, presente em todos eles, em maior ou menor grau. Por isso, pode-se observar, mesmo com a passagem para a modernidade, o uso ultraforte da oposição hierárquica nos sistemas de organização de centro da religião, porque o sistema de discursividade das

7 Conforme documento nomeado *Observações Finais do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres*. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/assuntos/conselho/atas-das-reunioes/recomendacoes-vii-relatorio-cedaw-brasil>>. Acesso em 24 de outubro de 2017.

religiões contribuiu para a manutenção do discurso patriarcal – no sentido de Foucault – aquilo que, em Luhmann, é o acoplamento estrutural entre sistema social e psíquico. As mulheres, tratadas de modo secundário pelas religiões monoteístas, foram consideradas acessórios, objeto de dominação, lembrando que elas não podiam e, em algumas instituições, ainda não podem, exercer qualquer protagonismo nos sistemas de organização de centro da religião. No caso do direito, apesar da possibilidade de protagonismo, há fortes entraves, podendo-se falar em um uso forte da oposição hierárquica.

Importante mencionar, também, que o uso da semântica patriarcal, justamente por ser uma semântica, exerce maior influência nos programas de cada sistema. O código cria os programas, que são os suplementos dessa codificação (LUHMANN, 2016, p. 253 e 255). Isso ocorre pois a semântica tem como função orientar os programas, com a redução de suas possibilidades operativas e, para isso, esses programas criam fronteiriças por delimitação de critérios de inclusão e correção, reduzindo a complexidade estruturada. A semântica do patriarcado, por essa razão, gera referências pessoais para a divisão de espaços e lugares, além de expectativas de comportamento por generalização.

Pode-se dizer, portanto, que são nos programas que a semântica residual exerce um maior grau influência, já que são eles que criam a possibilidade a certo grupo de pessoas de quase monopolizarem o acesso às estruturas de determinado sistema, como é o caso do Brasil, onde a semântica do patriarcado faz com que o acesso aos cargos políticos seja marcado com dominância pelos homens, com uso da oposição hierárquica ultraforte (LEMES DE SOUZA, 2018). Em suma, a semântica do patriarcado, sem gerar contradição aos sistemas funcionais, que já se diferenciaram funcionalmente e abandonaram o uso da oposição hierárquica, permite que os sistemas de organização, por meio dos programas – premissas de decisão – reintroduzam um valor externo, desparadoxando as operações sistêmicas.

Desse modo, tem-se que, na contemporaneidade, a semântica do patriarcado, no molde de oposição hierárquica pela estrutura binária homem/mulher, é um argumento residual do sistema social, mas que ainda é determinante na política, na religião, na economia, na ciência e, o que mais interessa ao trabalho, no sistema do direito. Ele, enquanto semântica residual que é comunicada, afeta e influencia, ou melhor, *irrita* os sistemas sociais funcionalmente diferenciados, que se apropriam desse sistema de discursividade pelos sistemas de centro, que detém a *episteme*

para dizer o que é e o que não é ser mulher, e de que forma isso importa para cada um desses sistemas.

O que ocorre é que a sociedade cria a ideia de cultura para designar a sua própria memória (LEMES DE SOUZA, 2018), a forma, portanto, pela qual um sistema de discursividade cria e recria a sua própria história. Por conseguinte, os sistemas de centro criam a própria história – com o uso da oposição hierárquica homem/mulher, e os sistemas de periferia recriam essa mesma história, desta vez, com o uso da oposição mulher/homem.

#### **4 RESULTADO: O USO DA OPOSIÇÃO HIERÁRQUICA NAS ORGANIZAÇÕES**

Em um primeiro momento, como se verá, a linguagem usual do feminismo utiliza a própria linguagem que o recalca, portanto, baseia-se no modelo castrado do homem.

Isso acontece na modernidade, quando eclode de modo mais delineado o próprio movimento feminista, com influência do iluminismo (WOLLSTONECRAFT, 2009) e a mulher substitui a forma que era antes ocupada por homem/outro, e passa a ser observada pelo sistema social, na forma agora representada como homem/mulher. Do mesmo jeito que a escritura foi primeiramente interpretada como uma segunda forma da fala (LEMES DE SOUZA, 2018), a mulher foi interpretada como um tipo de homem castrado – nesse sentido, o famoso livro de Simone de Beauvoir, que inspirou a segunda onda do feminismo (BEAUVOIR, 1980a; 1980b).

O movimento de protesto feminista eclode herdeiro da semântica do patriarcado que o gerou, reafirmando a sua lógica delineada pela ideia de natureza/cultura. Gera-se, a partir disso, nos movimentos de protesto, um paradoxo, que é quando se faz o cruzamento entre seu código – homem/mulher – e seu programa – a igualdade. Seu programa engole a sua base, que é a própria diferença diretriz, ignorando que a sua própria condição de existência está na diferença (LUHMANN, 1988, p. 64).

Viu-se, portanto, que o foco dos sistemas de organização da periferia do direito é irritar os sistemas de centro, que consideram a irritação provocada. A questão é que esses sistemas de organização, ao se utilizarem da bandeira da igualdade, acabam se colocando contra a diferenciação funcional, o que faz com que o sistema parcial do direito reaja com a reafirmação de suas operações.

A partir dessa reação – a reafirmação da semântica do patriarcado – pelo sistema do direito, algumas conclusões podem ser operadas pelas comunicações produzidas pelos referidos sistemas periféricos ao (re)construírem o sentido mulher.

A primeira conclusão é sobre a forma problemática com que esses sistemas lidam com a autorreferência. Isso porque ao invés de problematizarem a criação do sentido mulher, com inspiração na terceira onda feminista, provocada por reflexões pós estruturalistas (BUTLER, 2015), esses movimentos não apenas (re)afirmam esse sentido, mesmo que por nova polarização, mas o reconstróem em um modelo de diferença de liderança, isto é, a maior parte dos movimentos periféricos, ao questionaram o uso da oposição hierárquica, acabam por criar uma nova repolarização, o que, em níveis sistêmicos, é bastante delicado. Ao invés de (re)construírem o sentido mulher longe dos moldes da oposição hierárquica, esse sentido é reconstruído por nova polaridade, um novo uso da oposição hierárquica, que se apóia no sujeito fixo criado pelos próprios sistemas de centro – o sujeito mulher. E, ainda, nesse sujeito mulher, a utilização da categoria gênero, amplamente problematizada pela teoria feminista mais contemporânea.

A segunda conclusão é o alto grau de uso da também problemática ideia da igualdade, o que colocaria os sistemas periféricos do direito em um nível de autorreflexão equivalente ao que é chamado, pela teoria feminista, de primeira onda, um patamar ainda iluminista, pois a igualdade funciona como um valor de alta aceitação ideológica, pois uma igualdade sempre gera novas desigualdades – um valor irreal que, mesmo na improvável hipótese de alcance, geraria novas diferenciações.

Contemporaneamente, é a família o sistema típico que se codifica pela distinção entre homem e mulher (Luhmann, 1988:65). Outros sistemas que usam essa mesma diferenciação são os movimentos de protesto feministas, que universalizam o seu próprio código (mulher/homem), difundindo sua distinção como um tipo de forma sem forma; nessa sua forma, o feminismo evoca a igualdade, mas ignora que a própria igualdade engole a sua forma de base, que a torna possível, que é a distinção. Igualdade, além de pressupor o neutro masculino, é invocada como algo possível, mas que, de fato, trata-se de um padrão ideológico comumente aceito (LUHMANN, 1988, p. 67).

Contudo, se por um lado, cada vez menos o sistema da família (LUHMANN, 1990, p. 222) se baseie em uma forma de oposição hierárquica, com a sua pluralidade, sendo notável o enfraquecimento ou

abandono dessa diferença diretriz, os movimentos feministas continuam sendo os únicos sistemas que se baseiam, enquanto código, na diferença entre homem e mulher, e cada vez mais essa distinção se fortalece. Esse uso da distinção assimétrica homem/mulher como código do movimento feminista é extremamente ambíguo e problemático, porque gera hierarquias e subordinações já abandonadas pelos sistemas sociais, o que favorece o homem, que, enquanto neutro, representa a ordem social e se designa primeiro (LUHMANN, 1988, p. 68).

A primeira grande questão a ser resolvida pelo feminismo é, de fato, buscar equivalentes funcionais e abandonar, em definitivo, os seus paradoxos, focando em coisas diferentes da igualdade, com adequação de seu programa. Outra questão é a utilização de outro código mais adequado, que permita e favoreça a sua flexibilidade e evolução, assumindo, de uma vez por todas, o postulado do sexo como um construto político.

O movimento feminista está aprendendo, com a descentralização do conceito de gênero – já apontado como a grande camisa de força também do feminismo, uso altamente problemático (SAFFIOTI, 2004), pois repete a matriz natureza/cultura que é tão massivamente usada pelo patriarcado (LEMES DE SOUZA, 2018), reconhecendo o aspecto do sexo como uma categoria socialmente construída do poder (FOUCAULT, 1988; BUTLER, 2015, p. 197; LEMES DE SOUZA, 2018).

Mas essas questões ainda não foram apreendidas pela maior parte dos sistemas de organização periféricos do direito, porque, em suas comunicações: a) utilizam o molde de oposição hierárquica – o mesmo que reprimem, com a diferença de ser repolarizado; b) estão em um patamar comunicativo próprio do iluminismo, obcecados pela igualdade.

## 5 CONCLUSÕES

Apesar dos esforços dos movimentos de protesto, pode-se observar que as mulheres sempre estiveram em desvantagem em relação às batalhas pela *episteme* do direito, assim como nos demais sistemas. Isso porque a semântica patriarcal exerce maior influência nos programas, ou seja, nos textos e comunicações que um determinado sistema possui. Ademais, as organizações, especialmente, as de centro, sempre mantiveram uma supremacia de homens em relação às organizações de periferia, podendo-se dizer, ainda, que as mulheres pouco exercem influência



mesmo na periferia do direito, primeiro, por uma falha na comunicação e segundo por uma comunicação baseada em pressupostos equivocados.

Retoma-se, agora, as hipóteses da pesquisa, que geraram as seguintes conclusões: a) a semântica do patriarcado, enquanto um argumento residual do sistema social, diz respeito às memórias sistêmicas, portanto, às formas de construção do sentido mulher, por meio de um sistema de discursividade, uma *episteme*, que é detida pelos sistemas de centro; um argumento residual do sistema social e, conseqüentemente, do sistema parcial do direito; b) por ser uma semântica, o patriarcado exerce grande influência nos programas, por conseguinte, nas formas de desparadoxação do código direito/não direito; c) os sistemas de organização de centro, por meio da *episteme*, sempre mantiveram uma autorização da fala sobre o sentido mulher, o que a recalcou; portanto, d) as organizações periféricas do direito pouco exercem influência na (re)construção do sentido mulher, especialmente, porque se baseiam na igualdade iluminista, pois se utilizam, ainda, do molde de oposição hierárquica.

Os sistemas de organização estão e não estão no sistema. De modo mais claro, pode-se dizer que os sistemas de organização do centro são aqueles que detém a *episteme* para, através do programa, dizer o que é mulher, e qual o seu significado para as operações sistêmicas.

A partir dessa ideia, novas possibilidades se articulam como alternativas aos sistemas de organização da periferia do direito, na reconstrução do sentido mulher.

Primeiramente, as organizações de periferia podem observar como o direito observa a distinção entre homem e mulher, e qual a função que essa distinção exerce na autodescrição do direito.

O segundo passo tem relação com os próprios fundamentos epistemológicos: pensar na relação que os sistemas de organização periféricos estabelecem com a autorreferência e, a partir dela, refletir sobre uma possível adequação de código e programa. Uma ideia é a substituição da distinção homem/mulher pela distinção entre observação interna/externa, com a grande pergunta sobre como, onde e por que a diferença entre homem e mulher pode fazer diferença. As organizações feministas, com a pergunta dos *porquês*, pode possibilitar a incorporação de um novo feminismo, que problematize o próprio uso da oposição hierárquica, e não que a incorpore. Ao invés de se apoiar na diferenciação entre homem/mulher, pode multiplicar o binário, diversificando-o, a ponto de fazê-lo perder o sentido (LEMES DE SOUZA, 2018).

A terceira possibilidade é, com a adaptação do código e dos programas, pensar em formas mais efetivas de provocar a irritação dos sistemas de centro, promovendo a autoimunização dos seus sistemas de sentido, com a correção de desvios. O programa deve ser adequado, podendo ser substituído pela própria problematização do uso dessa diferença por sistemas diferenciados funcionalmente, que há muito abandonaram esse tipo de operação. Ao invés dos sistemas de organização focarem na resolução de objetivos específicos, que fogem da sua esfera de atuação, devem apontar a corrupção sistêmica e promover a autoimunização dos sistemas de sentido com a correção de seus desvios, quando cabíveis (MAGALHÃES, 2001, p. 80).

Por fim, mas não menos importante, a comunicação é uma operação bastante complexa. Essas organizações ou são muito pouco atuantes ou, quando são muito atuantes, ainda não possuem uma rede organizada de informações. A questão da comunicação é que as próprias organizações de periferia normalmente não comunicam corretamente a norma, gerando um problema comunicativo. Destaca-se que foi percebida uma grave falha comunicativa na maior parte das organizações que se propõe a atuar nesse tema. Ou seja, além da comunicação ser uma operação social altamente improvável, porque envolve informação, emissão, entendimento (LUHMANN, 2006, p. 145) e, por fim, a aceitação, a comunicação sequer é emitida pela maior parte das organizações periféricas do direito. Lembra-se, ainda, que a comunicação, para ser compreendida, pode se utilizar da linguagem; para que ela atinja o seu destinatário, existem os meios de difusão; e, por fim, para que ela seja aceita, existem os meios de comunicação simbolicamente generalizados. Essas são as soluções para o problema da improbabilidade da comunicação, que deveriam ser adotadas pelas organizações periféricas do direito. Contudo, antes disso, devem se focar em produzir comunicações, de forma ordenada e estratégica.

A periferia do direito não está preocupada necessariamente com a (re)construção do sentido mulher e assim também do sentido do homem, porque, além de reafirmarem a categoria de sentido do patriarcado – a própria categoria *mulher*, ela a copia e aprofunda – essa é uma potencial explicação para a força e permanência do patriarcado – um molde de oposição hierárquica – no sistema do direito, já que duplamente utilizado: tanto pelo sistema de centro, quanto pelos sistemas periféricos.

Pode-se dizer que o protagonismo do Ministério Público Federal é algo bastante promissor, pois, sendo a única organização que não se baseia no molde de oposição hierárquica, existem menos correções au-

torreflexivas a serem aplicadas. Contudo, por outro lado, todos os outros desvios devem ser corrigidos, porque ele próprio não assume um protagonismo, já que: quer garantir o mero cumprimento da lei, ao invés de reconhecer a relação aberta às teorias de interpretação e decisão jurídica, além do controle de referentes jurídicos; escora-se na possibilidade dialógica, ao invés de inovar a sua própria abordagem, com adoção de novos signos: todas organizações, enfim, baseiam-se no signo direito das mulheres, o que representa uma corrupção sistêmica do direito que deveria ser previamente contestada.

Esse deveria ser o foco a ser tomado pelas organizações periféricas, que somente com a negação de seus fundamentos epistemológicos podem se reinventar, e, reinventando-se, então sim (re)construírem os sentidos da mulher, mesmo que por sua negação.

Afinal, quando não se sabe exatamente onde se quer chegar, nenhuma comunicação será suficiente boa para alcançá-lo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo I: fatos e mitos.** Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1980a. 309p.

\_\_\_\_\_. **O segundo sexo II: a experiência vivida.** Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1980b. 500p.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Censo do Poder Judiciário: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário: Vetores iniciais e dados estatísticos.** Brasília: CNJ, 2014. 212p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/dpj/CensoJudiciario.final.pdf>>. Acesso em: 19 outubro 2017.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade.** 8.ed. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. 287p.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **GLU: glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann.** Tradução de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos e Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996. 190p.

DUMONT, Louis. **Homo Hierarchicus: O sistema de castas e suas implicações.** Tradução de Carlos Alberto da Fonseca. 2. ed. 1. reimpressão. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008. 412p.

FOUCAULT, Michel. **A Arqueologia do Saber.** Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. 254p.

\_\_\_\_\_. **História da sexualidade I: A vontade de saber.** Tradução de Maria The-reza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988. 152p.

LEMES DE SOUZA, Ana Paula. **As tranças de Lilith: feminismo, direito e democracia.** Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. 812p.

\_\_\_\_\_. **La sociedad de la sociedad.** Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Herder e Universidad Iberoamericana, 2006. 955p.

\_\_\_\_\_. **La Ciencia de la Sociedad**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura, sob a coordenação de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996. 516p.

\_\_\_\_\_. Glück und Unglück der Kommunikation in Familien: Zur Genese von Pathologien. In: \_\_\_\_\_. **Soziologische Aufklärung 5**: Konstruktivistische Perspektiven. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1990. p. 218-227. 228p.

\_\_\_\_\_. Frauen, Männer und George Spencer Brown. In: **Zeitschrift für Soziologie**, Jg. 17, Heft 1, Februar 1988. p. 47-71.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Women and Human Rights. In: 19th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, 1999, New York. **Human Rights, Minority Rights, Women's Rights** - ARSP. Stuttgart: Franz Steiner Verlag Stuttgart, 2001. v. 78. p. 78-82.

MARTINS, Ana Paula Vosne. **Visões do feminino**: a medicina da mulher nos séculos XIX e XX [online]. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2004. 287p. História e Saúde collection. ISBN 978-85-7541-451-4. Available from SciELO Books <<http://bookes.scielo.or>>.

MATURANA, Humberto Romesín; VERDEN-ZÖLLER, Gerda. **Amar e Brincar**: Fundamentos esquecidos do humano do patriarcado à democracia. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. 3. ed. São Paulo: Palas Athena, 2011. 264p.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005. 410p.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. 347p.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004. 151p.

WOLLSTONECRAFT, Mary. **A Vindication of the Rights of Woman**. New York: Oxford University Press, 2009. 464p.



# CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO E A EROÇÃO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DAS TENTATIVAS DE SUBVERSÃO DA IMUNIDADE PARLAMENTAR

## ABUSIVE CONSTITUTIONALISM AND THE EROSION OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: AN ANALYSIS OF ATTEMPTS TO SUBVERT PARLIAMENTARY IMMUNITY

Tháísa Haber Faleiros<sup>1</sup>  
Lucas Ferreira Mazete Lima<sup>2</sup>

**RESUMO:** A hipótese central do presente trabalho é a de que o constitucionalismo brasileiro vem padecendo do que se denomina “constitucionalismo abusivo”, prática que se apresenta com o uso, pela classe política, de procedimentos constitucionais para tornar a Constituição menos democrática. Para demonstrar essa realidade, o trabalho faz um percurso sobre a evolução do constitucionalismo como movimento político-jurídico de limitação do poder do Estado, desde seu advento, com as primeiras Constituições escritas, até o presente momento no cenário brasileiro. No atual contexto, de polarização política e do alijamento da participação popular na tomada de decisões políticas, abriu-se oportunidade para que avanços autoritários, a pretexto de se promover mudanças necessárias na Constituição, vem se constituindo, na verdade, em retrocessos democrático. O presente trabalho vale-se do exemplo da erosão da democracia

1 Graduada, Mestre e Doutora em Direito. Professora da Universidade de Uberaba - UNIUBE. É líder do NEPEDILL - Núcleo de Estudos em Direito e Literatura *Legis Litterae* (Dgp/Cnpq). É membro da Abedi (Associação Brasileira do Ensino do Direito), do Conpedi (Conselho Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Direito). É membro honorário e secretária executiva da atual gestão da RDL (Rede Brasileira de Direito e Literatura). Faz parte do Conselho de Pareceristas da ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura.

2 Pós graduando em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba (UNIUBE). Membro associado e do Comitê Acadêmico (Biênio 2021/2022) da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Coordenador de Eventos do NEPEDILL - Núcleo de Estudos em Direito e Literatura *Legis Litterae* (Dgp/Cnpq). Advogado. (OAB MG 208.095)

constitucional, a partir da análise de tentativas de subversão da imunidade parlamentar pela Proposta de Emenda à Constituição n. 03 de 2021.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismos. Constitucionalismo Abusivo. Reforma Constitucional. Força Normativa da Constituição.

**ABSTRACT:** The central hypothesis of the present work is that Brazilian constitutionalism has been suffering from what is called “abusive constitutionalism”, a practice that is presented with the use, by the political class, of constitutional procedures to make the Constitution less democratic. To demonstrate this reality, the work takes a look at the evolution of constitutionalism as a political-legal movement to limit the power of the State, since its advent, with the first written Constitutions, until the present moment in the Brazilian scenario. In the current context, of political polarization and the denial of popular participation in political decision-making, an opportunity has opened up so that authoritarian advances, under the pretext of promoting necessary changes in the Constitution, have in fact been constituting democratic setbacks. The present work uses the example of the erosion of constitutional democracy, based on the analysis of attempts to subvert the parliamentary immunity by the Proposed Amendment to Constitution no. 03 of 2021.

**KEYWORDS:** Constitutionalisms. Abusive Constitutionalism. Constitutional Reform. Normative Strength of the Constitution.

*“Quando se reuniu a Constituinte da República da Bruzundanga, houve no país uma grande esperança. O país tinha, até aí, sido governado por uma lei básica que datava de cerca de um século e todos os jovens julgavam-na avelhentada e já caduca. Os militares do Exército, iniciados nas sete ciências do Pitágoras de Montpellier, — criticavam-na da seguinte forma: ‘Qual! Esta constituição não presta! Os que a fizeram não sabiam nem aritmética; como podiam decidir em sociologia?’ Escusado é dizer que isto não era verdade, mas o critério histórico deles e o seu orgulho escolar pediam fosse”*  
(Lima Barreto em “Os bruzundangas”)



## 1 INTRODUÇÃO

Entende-se por *constitucionalismo* o movimento *político-jurídico* de limitação do poder do Estado por meio de uma Constituição, cujo aparecimento data do final do século XVIII<sup>3</sup>, como “reação à diferenciação entre direito e política”, ou como “consequente necessidade de uma religação entre eles” (LUHMANN, 1996, p. 4).

Entretanto, como a evolução do constitucionalismo no tempo e no espaço não se deu de forma idêntica, havendo quem, por esse motivo, denomine o movimento de *constitucionalismos*, no plural<sup>4</sup>, pode-se inferir que ele não se reduz a esse conjunto de normas destinadas a dar forma ao Estado. Portanto, concebe-se o constitucionalismo também como “fenômeno *histórico-cultural*: ele existe na dimensão do imaginário social, conformando a compreensão, interpretação e aplicação destas mesmas normas” (TRINDADE; ALCÂNTARA, 2020, p. 20)

O presente trabalho vale-se das duas dimensões, político-jurídica e histórico-cultural para tratar de seu tema central: a manifestação do *constitucionalismo abusivo* a partir da proposta de alteração do instituto da imunidade parlamentar e dos mecanismos de contenção desse fenômeno no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2 CONSTITUCIONALISMOS

Quanto ao aspecto político-jurídico do constitucionalismo, pode-se perceber que, no desenrolar dos dois séculos subsequentes ao seu aparecimento, esse modelo se consolidou e a maioria dos países do mundo passou a adotar a Constituição escrita como documento limitador do poder político.

---

3 Sem desconsiderar a existência de movimentos políticos anteriores, que tinham o escopo de organizar a sociedade e limitar o poder, entende-se o constitucionalismo o movimento que se faz eclodir a partir das Revoluções Burguesas (Americana e Francesa) que promoveram o advento das primeiras Constituições escritas de que se tem notícia. Como precursores desses acontecimentos, não se pode descurar de mencionar o constitucionalismo inglês e seus documentos jurídicos, nem a Constituição da Córsega de 1755.

4 “[...] em termos mais rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos [...]” (CANOTILHO, 2012, p. 51)

Após a segunda grande guerra, parece surgir uma nova etapa do constitucionalismo, tendo como escopo a “força normativa da Constituição” e como objetivo a garantia da efetivação das normas constitucionais, especialmente daquelas garantidoras dos direitos fundamentais. Essa nova fase, por alguns denominada de “neoconstitucionalismo”, caracteriza-se pela afirmação da Constituição não somente como documento político e com normas programáticas, mas também com caráter vinculante e obrigatório, dotado de supremacia sobre as demais normas do ordenamento jurídico, irradiando efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares nas relações privadas e possibilitando a tutela jurisdicional em relação ao legislador, na tarefa de interpretar a Constituição..

A Lei Fundamental de Bonn, como precursora desse novo modelo, representa o declínio do positivismo jurídico e o advento do pós positivismo, como reação ao marco filosófico de consequências trágicas<sup>5</sup>. Na esteira desse importante documento, vieram outros, em diversos países do mundo, com textos que recorriam a “fórmulas normativas genéricas e flexíveis (notadamente princípios e conceitos jurídicos indeterminados) que permitam comportar a diversidade como novo parâmetro de relação social” (FRANCISCO, 2012, p. 60), cuja complexidade, impede que o legislador constitucional preveja todas as contingências.

O deslocamento do paradigma constitucional no pós segunda guerra, cuja mudança privilegiou o texto Constitucional e sua força normativa, surtiu, portanto, diversas consequências, como o reconhecimento da eficácia dos princípios fundamentais, a expansão da jurisdição constitucional, o surgimento de uma hermenêutica constitucional, maior eficácia das normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais.

Entretanto, essas consequências não apareceram de forma homogênea em todos os países do mundo, tampouco na América Latina.<sup>6</sup>

5 “Um dos exemplos mais tristes da História dos riscos do positivismo jurídico foi a edição das ‘Leis de Nuremberg’ de 1935, na Alemanha. O governo nazista buscou criar um critério objetivo de definição de quem seria judeu e quem teria ‘sangue puto alemão’. Para isso estabeleceu critérios objetivos quanto aos quatro avós de um indivíduo (seria alemão apenas se nenhum dos avós fosse judeu). Com base nesses critérios, foram colocados na lei critérios de segregação racial, considerando ilícita as relações sexuais entre judeus e alemães, vedando o exercício do comércio por parte de judeus, etc.” (MARTINS, Flávio, 2019, p. 66).

6 A compreensão de que não se pode falar em um constitucionalismo, mas de vários movimentos constitucionais, já foi mencionada acima.

Especificamente, no Brasil, embora a Constituição Federal de 1988 tenha representado uma ruptura com um período ditatorial, instalou-se um Estado eivado de obstáculos à consecução da legitimidade democrática (não houve Assembléia Nacional Constituinte exclusiva e  $\frac{1}{3}$  dos senadores tinham sido eleitos sob a égide do regime anterior; ela não admite reforma constitucional por iniciativa popular; a convocação de plebiscito e referendo são de competência exclusiva do Congresso Nacional; ela não admite *recall* do gestor público. Caracterizada como indireta ou representativa (que não pode se resumir a poder votar e ser votado), nossa cidadania vem sendo constantemente usurpada por parlamentares que exercem o poder legislativo e o poder constituinte derivado reformador com desvio de finalidade, consubstanciando o que veio a ser denominado de *constitucionalismo abusivo*.

### 3 O FENÔMENO DO CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

“Constitucionalismo abusivo” termo cunhado pelo professor norte-americano David Landau<sup>7</sup>, serve para designar o uso de instrumentos de alteração constitucional a fim de neutralizar significativamente a democracia. Segundo o mesmo autor, o constitucionalismo abusivo manifestar-se-ia através de reformas que parecem democráticas à distância, mas que na realidade revelam mudanças substanciais à ordem democrática.

Landau (2020, p.17), enquanto métodos tradicionais de derrubada da democracia, como o golpe militar, estão em declínio há décadas, o uso de ferramentas constitucionais para criar regimes autoritários e semiautoritários é cada vez mais prevalente. Presidentes poderosos e partidos poderosos podem engenhar uma mudança constitucional, para

7 “A expressão não é uníssona. Muitos autores se utilizam de uma nomenclatura similar para se referir ao mesmo fenômeno. Mark Tushnet dá o nome de Constitucionalismo Autoritário (authoritarian Constitutionalism) e Ozan Varol dá o nome de Furtividade Autoritária (Stealth Authoritarianism), por exemplo. Malgrado a nomenclatura seja distinta, o fenômeno é similar: a elaboração ou a reforma de uma Constituição pelos grupos detentores do poder, com o claro propósito de nele se perpetuarem, reduzindo a oposição, enfraquecendo as instituições e, por consequência, minando a democracia” (MARTINS, 2019, p. 29). Além disso, Kim Lane Schepelle denomina o movimento de Legalismo Autocrático (Autocratic Legalism).

tornarem-se muito mais estáveis, a fim de neutralizar instituições como tribunais, que teriam a função de verificar o exercício do poder:

As constituições resultantes ainda parecem democráticas a distância e contêm muitos elementos que não diferentes daqueles encontrados nas constituições democráticas liberais, mas, de perto, elas foram substancialmente retrabalhadas para minar a ordem democrática. (LANDAU, 2020, p. 17).

As Constituições latino americanas, de um modo geral, servem de exemplo desse fenômeno, já que possuem uma longa história de manipulações em proveito de determinados atores.

Entretanto, ainda que mais presente em Estados onde as desigualdades sociais são ameaças reais à cidadania, o constitucionalismo abusivo não deixa imune, outrossim, países de maior calibre em termos de acesso à direitos como a Hungria, por exemplo. De fato, é crescente a instituição de regimes autoritários ou semiautoritários por meio do uso de mudanças constitucionais de forma a torná-los muito difíceis de substituir ou de fiscalizar em diversos países que se proclamam democráticos.

Landau (2020, p. 23) nos chama atenção para o fato de que as subversões às ordens democráticas a partir de golpe tem caído drasticamente desde o seu auge na década de 1960, já que o autoritarismo às escâncaras pode acarretar sanções de atores internacionais. Dessa forma, busca-se a manutenção e perpetuação de grupos no poder a partir de uma construção de um regime que é democrático nas aparências mas na realidade não o é, já que dificulta-se as “fiscalizações verticais e horizontais dos líderes eleitos e a proteção de direitos para grupos fora do poder” (LANDAU, 2020, p. 25).

Assim, a partir da Colômbia, o autor demonstra a prática do Constitucionalismo Abusivo por emendas. Naquele país, depois de vencer as eleições de 2002, Alvaro Uribe Velez se valeu de sua popularidade para promover mudanças constitucionais que possibilitassem sua reeleição à aquele cargo. A Corte foi provocada a analisar a constitucionalidade da medida e respondeu positivamente, mas alertou para o fato de que as vantagens eleitorais aumentariam na medida que as fiscalizações horizontais de seu poder se impossibilitariam. Quatro anos depois, a Corte teve de enfrentar uma segunda proposta de emenda que permitiria um terceiro mandato. Contudo, decidiu que a reeleição de Uribe iria permiti-lo ter influências na seleção de funcionários do governo que deveriam fiscalizá-lo, o que alteraria os desenhos institucionais inaugurados com a Assembleia Constituinte,

concluindo que à medida que presidência se fortificava, as instituições democráticas se tornavam mais fracas. (LANDAU, 2020, 27).

Quanto à Hungria, depois de vencer as eleições de 2010, o Partido Fidesz trabalhou na reforma radical da Constituição para promulgar emendas que alteraram substancialmente o texto original, as quais buscaram fragilizar as instituições fiscalizatórias do Parlamento, retirando o alcance da jurisdição da Corte em questões fiscais e orçamentárias. No entanto, a Corte não declarou a inconstitucionalidade dessa medida sob o argumento de que só seria possível a revisão de medidas por problemas procedimentais. (LANDAU, 2020, 31-32).

Além dessas medidas de reforma por meio de Emendas, políticos da Hungria também se valeram da reforma constitucional para enfraquecer o poder fiscalizatório das instituições e possibilitar a permanência de Fidesz no governo.

No mesmo sentido de Landau, Levitsky e Ziblatt, em sua obra “Como as democracias morrem” alertam para o fato de que “democracias ainda morrem, mas por meios diferentes”. Assim, “medidas são levadas a cabo gradativamente e com aparência de legalidade, à deriva para o autoritarismo nem sempre as sirenes de alarme”. (LEVITSKY, ZIBLATT, 2018, p. 94).

Além desses autores, a filósofa Kim Lane Scheppele também denuncia a tentativa de “legalizar” medidas autoritárias por meio do Direito, o que denomina de *Legalism Autocratic*. Assim, ela observa que algumas democracias constitucionais têm sido deliberadamente sequestradas por autocratas (eleitos pelo voto popular) e que, sob o manto da legalidade e da legitimidade de suas gestões, com atuação que aparenta estar “dentro das regras do jogo”, usam do pretenso discurso democrático para destruir a própria democracia. (SCHEPPELE, 2018, p. 547).

Portanto, eles não apenas se beneficiam da crise de confiança do povo nas instituições; eles também atacam os princípios basilares do constitucionalismo liberal e democrático porque pretendem consolidar e se manterem no poder, bem como toda a sua rede de apoiadores que comungam desses ideais não liberais. (SCHEPPELE, 2018, p. 547). É nesse sentido que, para a autora, o fenômeno do legalismo autocrático seria a junção de mandatos eleitorais e mudanças constitucionais e legais usadas a serviço de uma agenda anti liberal.

Assim, o ataque das bases de ordens constitucionais por meio do uso de métodos constantes da própria Constituição é realizado por anti liberais que, à primeira vista, podem servir às massas que anseiam por mu-

dança, mas que também são impedidas de removê-los do poder a partir do momento em que destroem o sistema constitucional que reforça o *accountability* democrático ao longo do tempo. (SCHEPPELE, 2018, p. 548).

Scheppele (2018, p. 548) chama atenção para o fato de que se está analisando um fenômeno em desenvolvimento. Isto é, enquanto assistimos à instituição dessas medidas, não sabemos como tais experimentos podem terminar. No entanto, o que ocorre é que chega-se ao poder através das eleições e utiliza de métodos para retirar o caráter liberal da Constituição.

Ao colocar a democracia contra o constitucionalismo e em detrimento do liberalismo, os legisladores autocráticos se valem de uma ideia simplista de democracia que colocam os desejos de seus eleitores contra os constrangimentos constitucionais. (SCHEPELLE, 2018, p. 557). Ideia essa que parte da equivocada premissa - comumente usada por líderes populistas - de que a democracia seria o governo da maioria em detrimento das minorias.

O Constitucionalismo Liberal e Democrático coloca as eleições democráticas a custo de seu próprio destino, com poder político que possa ser controlado e investigado, de modo que garanta o contínuo respeito pelos indivíduos e suas ideias de auto-governo. (SCHEPELLE, 2018, p. 560). De modo contrário à esses princípios, legalistas autocráticos reescrevem as Constituições e invocam sua legitimidade eleitoral a fim de criar um Estado iliberal. Assim, desenvolvem um processo de criação e alteração constitucional que é justificado em nome da maioria, sem que as visões das minorias sejam incluídas.

É nesse sentido que, quando as regras do jogo são elas próprias o objeto do jogo, o Constitucionalismo Liberal é colocado em perigo: a democracia sem os constrangimentos do constitucionalismo pode rapidamente se degenerar em puro majoritarismo, em que os direitos das minorias não são reconhecidos e as majorias transitórias se tornam autorização para governar. (SCHEPELLE, 2018, p. 571).

Portanto, imperioso se torna a análise desse fenômeno atual para que seja possibilitada discussão em torno da busca de meios de se opor a essas medidas, sobretudo no cenário político mais recente.

#### 4 CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO NO BRASIL

Conforme dito nos tópicos anteriores, há exemplos de constitucionalismo abusivo em diferentes partes do mundo. Entretanto, a Amé-

rica Latina parece ser, por conta de suas democracias estéreis e débeis, o local apropriado para seu desenvolvimento.

O Brasil, mesmo após as importantes conquistas democráticas obtidas em 1988 e de um certo período de estabilidade democrática, mostrou-se não imune a tal fenômeno<sup>8</sup>.

Segundo Flávio Martins (2019, p. 34),

Tal recuo encontra justificativa nas ideias de muitos pensadores e estudiosos que defendem a existência, na política, de movimentos cíclicos de tipo pendular. Dentre eles, podemos destacar os historiadores norte-americanos Arthur Meier Schlesinger e seu filho Arthur Meier Schlesinger Jr., esse último autor do livro *The Cycles of American History*, obra na qual ele especula que fases extremamente liberais envolvem grandes esforços de reforma, que podem ser exaustivas, ensejando um retrocesso conservador.

Esse movimento de lenta erosão do sistema democrático, com ações políticas que o minam de dentro para fora, a partir de instrumentos dotados de aparente legalidade, vem se manifestando no Brasil.

A título de exemplo podemos citar o fato de que em 2018, os ventos em prol da convocação de uma nova Assembleia Constituinte começaram a soprar como um prelúdio do que viria a ser uma ameaça democrática, ao que parece, profetizando as palavras de Lima Barreto que introduzem o presente capítulo.<sup>9</sup> Os dois candidatos que disputaram o

8 “Desde as jornadas de junho de 2013, o Brasil - que passava por um período de estabilidade democrática e constitucionalização sem precedentes - assiste a uma vertiginosa degradação da crença nas suas instituições, acompanhada da relativização dos preceitos constitucionais. O ‘golpeachment’ de Dilma Rousseff, os desmandos da Operação Lava-jato, a postura iluminista ou vanguardista do supremo Tribunal Federal, a eleição presidencial de Jair Bolsonaro em 2018, a instabilidade e contradições do governo e das instituições jurídico-políticas em 2019, bem como a ascensão de correntes de pensamento reacionárias, são indícios de que o nosso processo de constitucionalização pode novamente assumir o modelo de uma modernização autoritária que nos é, infelizmente, familiar. Mais uma vez, juristas e intelectuais ressentidos podem tentar fazer suas vinganças se passarem por atos jurídicos, com consequências devastadoras.” (TRINDADE; ALCÂNTARA, 2020, p. 31-32)

9 A crítica irônica da epígrafe é proposital e serve de metáfora para demonstrar que, aparentemente, os entraves para o desenvolvimento nacional seria o próprio texto constitucional. Por óbvio que a busca por mudança é legítima, entretanto as propostas não podem se constituir em ameaças ao regime democrático instaurado em 1988. “Estudando a Literatura, o intérprete afina a sua sensibilidade na leitura da realidade, da vida, dos aspectos particulares da existência, dos valores envolvidos

segundo turno das eleições presidenciais no Brasil publicamente cogitaram a substituição da atual Constituição um deles, inclusive, sugerindo que a Assembleia fosse composta por um grupo de notáveis, escolhidos não por eleição direta.

Entretanto, acontecimento bastante recente chama mais a atenção em relação à fragilidade daquilo que se denomina limitação ao poder de reforma da Constituição. Na semana do dia 23 de fevereiro de 2021 passou a tramitar na Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 3/2021, que amplia a imunidade parlamentar. O objetivo do texto é reformar o artigo 53 da Constituição Federal, para impedir ou dificultar a prisão e a persecução penal de membros do Congresso Nacional. De acordo com o texto da PEC, deputados e senadores presos em flagrante devem ficar custodiados no edifício do Congresso Nacional, não podem ser processados criminal ou civilmente por palavra e, nesse caso, responderão somente perante a Casa Legislativa. O texto estabelece, ainda, que diligências de busca e apreensão envolvendo os membros do Congresso Nacional só podem ser feitas com autorização do Supremo Tribunal Federal e que medidas desfavoráveis aos parlamentares têm de ser tomadas por decisão colegiada da Corte. Com a alteração constitucional, uma eventual lesão a direito cometida por um parlamentar não poderá ser levada à apreciação do Poder Judiciário. Ou seja, um cidadão não teria como se defender de um deputado ou senador que ataque a sua honra, e a consequência máxima para a agressão seria a cassação do mandato pela Câmara ou pelo Senado.

Como se não bastasse a violação de normas materialmente constitucionais, ao determinar que medidas contra membro do Congresso Nacional somente possam ser tomadas por deliberação colegiada do STF, o que violaria o princípio da separação dos Poderes (cláusula pétrea) e a competência do Supremo para dispor, por seu regimento, das atribuições do Tribunal, a PEC ainda deu entrada na Câmara sem o número mínimo de assinaturas necessário para a fase de iniciativa, portanto, eivada de vício formal também. Esse episódio demonstra uma clara tentativa de se valer dos instrumentos de reforma constitucional para esvaziar o sentido da própria Constituição.

Como se sabe, as imunidades parlamentares surgiram a partir de um contexto em que parlamentares eram presos arbitrariamente e o

---

nos acontecimentos humanos [...]” (VESPAZIANI, 2015, p. 81-82 In: TRINDADE; ALCÂNTARA, 2020, p. 21)



Congresso tomado por militares. Desse modo, originalmente, a sua razão de ser é a proteção do mandato, não da pessoa que o ocupa.

Assim, a modificação pretendida na PEC citada contribui para uma grave crise de legitimidade, já que o povo não se vê representado em atitudes que visam a manutenção e alargamento do que denominam “privilégios”.

Já em 2002, em um estudo a respeito da crise política e a crise do instituto da imunidade, KRIEGER (2002, p. 77) denunciava que:

O instituto da imunidade, em determinado momento histórico, era uma ferramenta constitucional a serviço da defesa dos interesses dos cidadãos, na medida em que protegia a liberdade de expressão e autonomia dos seus representantes. O que agora se questiona é se esta proteção não deixou de ser necessária para se tomar abusiva, posto que se denuncia uma série de impunidades acolhidas sob o manto da imunidade. Este é um dos focos do que ousamos chamar de crise jurídica do instituto.

Mais adiante, quanto ao surgimento e evolução histórica da imunidade, esclarece que está é

fundamentada na idéia de preservação da independência e da autonomia do Legislativo, livrando-o de todo e qualquer arbítrio, das ameaças e das perseguições comprometedoras de sua atuação, teve seu apogeu histórico no final do século 18, na Revolução Francesa, como exigência da soberania do Parlamento moderno, que deveria refletir a própria soberania popular. Assim, a imunidade parlamentar processual só se justifica como garantia da instituição e como prerrogativa que objetiva garantir o exercício pleno da função parlamentar, jamais para acobertar seja qual tipo de delito for. (KRIEGER, 2002, p. 106).

Verifica-se então que o instituto da imunidade parlamentar surge para proteger o exercício do mandato representativo e não o indivíduo em si. Isto é, a função pública é que é objeto de proteção, não a pessoa de seu representante - como pretendem com a mencionada PEC 03/2021.

Em 2018, a proposta de ambas as chapas já fazia antever e a PEC mencionada concretiza a tese de que a investida do constitucionalismo abusivo pousou em terras brasileiras.

Às vésperas de completar trinta e dois anos, o “texto já não é o texto. Foi jurisprudencializado em demasia (assim como o restante do

Direito), por vezes substituído pela voz das ruas ou por superinterpretações. Ou simplesmente por juízos morais.” (STRECK, 2018).

Diante desse quadro, mecanismos que impeçam uma nova Constituição ou alterações constitucionais casuísticas, que produzam retrocessos, precisam ser pensados.

#### 4.1 Propostas para conter o constitucionalismo abusivo

dentre as propostas citadas pelos estudiosos do assunto, tais como a adoção de “cláusulas de substituição”, a legitimação do Tribunal Constitucional como chancelador de uma nova Constituição, ou a criação, por tratados internacionais de um Tribunal Constitucional Internacional que tivesse o poder de declarar abusivas, inválidas, alterações ou substituições constitucionais que visassem enfraquecer a democracia, a terceira hipótese é a que parece mais viável.

Isso porque, a utilização das cláusulas de substituição ou da legitimação de uma Corte constitucional para referendar um eventual novo texto constitucional esbarrariam na teoria do Poder Constituinte Originário que não encontra limites na Constituição anterior.

Porém, a terceira via também seria motivo de críticas por parte dos constitucionalistas mais conservadores que diriam que essa saída seria uma afronta à soberania dos países.

Desta maneira, pode-se dizer que a única forma de se combater o constitucionalismo abusivo seria fortalecer a cada dia “a vontade de Constituição”, respeitando-a.

A expressão, usada por Konrad Hesse na obra “Força Normativa da Constituição”<sup>10</sup>, marco teórico do neoconstitucionalismo, baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido.

Para Hesse,

A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo, a pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não

10 Escrita em 1959, *Die Normative Kraft der Verfassung*, a princípio foi uma reação à Teoria de Ferdinand Lassale de que a Constituição escrita é apenas uma folha de papel e que o real sentido da Constituição seriam os fatores reais de poder presentes na sociedade.

configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social (HESSE, 1991, p. 24)

O autor alerta que “a frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando sua força normativa” (1991, p. 22). Para que isso seja evitado, a Constituição deve ser redigida de modo contingente e não casuisticamente, de modo que seja estável ao longo dos anos, pois “a constitucionalização de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional com a inevitável desvalorização da forma normativa da Constituição” (1991, p.21)

Nesse sentido, tanto as propostas por um novo texto constitucional, assim como a PEC mencionada, mostram-se ausentes de “vontade de Constituição”, no sentido denominado por Hesse, já que elegem seus interesses particulares como mais importantes e esvaziam a própria noção de República e Estado Democrático de Direito:

Aquilo que é identificado como *vontade de Constituição* ‘deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático’. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, ‘malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado’

Em obra mais recente, denominada “Autocratic Legalism”, após expor a problemática do legalismo autocrático para o Constitucionalismo Democrático, Kim Lane Schepelle aponta o que há de ser feito para conter o constitucionalismo abusivo.

Em primeiro lugar, ela defende que é necessário aprender a reconhecer os sinais de perigo, o que significa documentar os casos emblemáticos para que se possa aprender a partir dos mesmos. Isto é, deve-se construir novas formas de análise da atuação dos poderes a fim de desvelar as medidas autocráticas que vierem a ser tomadas em detrimento do texto constitucional, já que, como mencionado anteriormente, estas, à primeira vista, mostram-se plenamente constitucionais. (SCHEPELLE, 2018, p. 583).

A partir daí, incorpora-se a categoria da educação nesse processo de combate ao autoritarismo mascarado. A justificativa para tanto é a de que o Direito é muito importante para ficar apenas nas “mãos dos advogados”. Assim, os cidadãos precisam ser educados como constitucionalistas, para que se possa entender sua importância e a reconhecer as ameaças à democracia, defendendo os valores liberais. Na sua concepção, esse é um importante rumo ao abandono da concepção que as Constituições são auto-defensáveis. (SCHEPELLE, 2018, p.583).

Por fim, ela lembra que, nas épocas em que ditadores chegavam ao poder pela força militar, a resistência se fazia pelo uso de armas. Todavia, em tempos de alterações “sutis”, as “armas” devem ser outras: os cidadãos precisam ser empoderados pelo Direito para que possam identificar os sinais de alerta e efetivamente defender a força da Constituição. (SCHEPELLE, 2018, p. 583).

Como apontado acima, enquanto fenômeno histórico-cultural e, portanto, presente no imaginário social<sup>11</sup>, o constitucionalismo diz respeito também “aos modos pelos quais as pessoas imaginam sua existência social, como se engajam uns com os outros, que expectativas surgem e quais noções normativas e imagens pressupõem tais expectativas” (TRINDADE; ALCÂNTARA, 2020, p. 20)

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, ao combater a promiscuidade das mudanças constitucionais, não pretende defender a sua imutabilidade. A diferença entre o remédio e o veneno é o tamanho da dose. Na verdade, o que chama atenção é a subversão e enfraquecimento de sua força normativa. As Emendas à Constituição podem e devem servir de instrumento para incluir novas lutas por reconhecimento de grupos minoritários e silenciados que, embora legítimas, não foram audíveis quando da Constituinte.

A Constituição precisa ser mudada para atender às novas exigências sociais, sob pena de se tornar anacrônica. Entretanto, a pretexto desse tipo de modificações, aproveita-se para “passar” textos que minam

---

11 “Segundo Taylor, o imaginário social não é um padrão de ideias, mas sim o que possibilita as práticas sociais, ao conferir sentido a elas. Trata-se de uma dimensão situada entre o factuais e o normativo, um complexo de sentidos comuns que nos possibilita as práticas coletivas que constituem a vida social

a força de um projeto constitucional traçado e, com isso, passam pedagogicamente a mensagem de que, sendo a Constituição uma mera “folha de papel” onde se pode escrever qualquer narrativa, a que aí está não tem força. E um povo sem Constituição forte, está submisso a qualquer investida autoritária, ainda que ela aparente ser democrática.

Diante desse quadro, a tarefa do constitucionalista é a de permanecer atento às modificações da Constituição, para que possa desvelar esses processos que se escondem nas sombras do autoritarismo.

Para além, deve haver uma educação que vise a defesa dos valores de uma democracia constitucional. Como já denunciado por Lima Barreto. Se restrita apenas às mãos daqueles que detêm o poder, a Constituição pode padecer de seu caráter democrático e restar como mero instrumento para manutenção do poder.

Como visto, não se sabe quais podem ser os resultados desse movimento ainda em avanço. Todavia, a sucessão desses acontecimentos é suficiente para acender os sinais de alerta na busca de novos arranjos conceituais que possam efetivamente denominar os acontecimentos em curso para fim de (d)enunciar uma possível erosão da democracia.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, lima. **Os Bruzundangas**. Pará: Neama, 2021.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 3/2021**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2270800>> Acesso em março de 2021.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Contribuições para uma teoria crítica da constituição**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. 141 p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, 34 p.

KRIEGER, Jorge Roberto. **O instituto da imunidade parlamentar e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Curso de Pós Graduação. Florianópolis, 2002, 220 p.

LANDAU, David. **Constitucionalismo Abusivo** (tradução). **REJUR - Revista Jurídica da UFERSA: Mossoró**, v. 47, n. 1, nov. 2013, p. 189-260.

LUHMANN, Niklas La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.). et alli. **Il Futuro Della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996, p. 4).

MARTINS, Flávio. Constitucionalismo abusivo: realidade, perspectivas e propostas para uma possível limitação. **Católica Law Review**. Volume III, nº1, Jan-2019, p. 29-41.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 3a. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SCHEPELLE, Kim Lane. "Autocratic Legalism." **University of Chicago Law Review** 85, no. 2 (2018): 545–83

STRECK, Lenio. E a senhora Constituição, 30 anos, foi confundida com um chapéu? Senso Incomum. **Conjur Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-04/senso-incomum-senhora-constituicao-30-anos-foi-confundida-chapeu>> Acesso em maio de 2021.

TRINDADE, André Karam; ALCÂNTARA, Guilherme Gonçalves. **Constitucionalismo de Ficções: uma incursão na história do Direito brasileiro por meio da Literatura**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

# DO DIREITO DE MATAR E DEIXAR MORRER: A ARTE DE GOVERNAR DA RAZÃO DE ESTADO À BIO/NECROPOLÍTICA

## FROM THE RIGHT TO KILL AND LET DIE: THE ART OF GOVERNING FROM STATE REASON TO BIO/NECROPOLITICS

Guilherme Filipe Andrade dos Santos<sup>1</sup>  
Jeanine Nicolazzi Philippi<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo traçar um itinerário sintético acerca do poder de matar e do abandono à morte – “deixar morrer” – exercido pelo poder soberano através do Estado. Partimos da antiga concepção de Razão de Estado europeia até ao atual conceito de necropolítica, visando contemplar o surgimento do poder soberano estatal em Europa nos idos do Renascimento até na atual organização necropolítica do poder soberano. Articulando conceitualmente Razão de Estado, razão governamental, biopolítica e necropolítica, pretendemos situar como a política pode ser pensada a partir de categorias como vida e morte, bem como entender a ratio que legitima, até hoje, o exercício assassino do Estado através das políticas de morte.

**PALAVRAS-CHAVE:** Razão de Estado; Biopolítica; Necropolítica; Razão Governamental

- 1 Doutorando em Direito, Política e Sociedade, na linha de pesquisa de Historicismo, Conhecimento Crítico e Subjetividade, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Mestre em Direito, área de concentração em Teoria e História do Direito, pelo mesmo programa e linha de pesquisa. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. É membro do Núcleo de Estudos em Filosofia e Teoria do Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (NEFTD).
- 2 Possui doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Atualmente é professor associado I da Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Filosofia e Teoria do Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Direito e Psicanálise da Universidade Federal do Paraná.

**ABSTRACT:** This paper aims to trace a synthetic itinerary about the power to kill and the abandonment to death - “letting die” - exercised by the sovereign power through the State. We start from the ancient European concept of Reason of State up to the current concept of necropolitics, aiming to contemplate the emergence of state sovereign power in Europe during the Renaissance up to the current necropolitical organization of sovereign power. Conceptually articulating Reason of State, governmental reason, biopolitics and necropolitics, we intend to situate how politics can be thought from categories such as life and death, as well as to understand the ratio that legitimizes, until today, the murderous exercise of the State through death policies.

**KEYWORDS:** Reason of State; Biopolitics; Necropolitics; Governmental Reason



## 1 A RAZÃO DE ESTADO

A decadência do sistema feudal – um processo gradual marcado por sublevações violentas – deu origem a um ordenamento político específico cujos contornos começaram a ser delineados a partir do século XIII com a expansão urbana e comercial. Os combates da burguesia mercantil – travados com a Igreja, o baronato, os suseranos feudais e os monarcas – para unificar as estruturas de poder e consolidar regras válidas para todos de um território levaram ao esboço de uma organização política estável cujos contornos mais precisos surgiram após o Tratado da Westfalia de 1648. Arquitetado no curso da eliminação progressiva das ordens locais e dos corpos sociais dotados de jurisdição autônoma, o Estado moderno unificou e concentrou o poder político ao afirmar o primado da sua lei sobre todas as demais ordenações normativas da sociedade e ao conceder, a si mesmo, o monopólio da força para fazê-la valer para todos (FARIA, 2000).

Titular da soberania – um poder sem concorrentes no âmbito de uma sociedade política, o Estado moderno, em suas origens, engendrou também uma esfera de ação racional não apenas para legitimar o seu poder, mas para produzir conhecimento sobre o seu próprio domínio que teve sua expressão teórica na doutrina da razão de Estado. A forma de cognição do aparato estatal – compreendido como domínio, jurisdição ou condição de vida – vinculada ao conhecimento da sua essência e da sua verdade consiste, portanto, na produção daquilo que é necessário e suficiente para manter a sua integridade (FOUCAULT, 2008a, p. 343).

Como prática que torna efetivo um modo específico de governos, a razão de Estado fornece o fundamento às medidas excepcionais colocadas à disposição dos governantes – e também do aparelho dirigido – para que a performance do poder possa ser mantida e atualizada. A dotação de plenos poderes ao soberano para que ele possa violar a lei em proveito da sua própria segurança e a própria concepção do golpe de Estado como ação à sua salvação – (FOUCAULT, 2008b, pp. 348-355)<sup>3</sup> obedece a ditames racionais que visam à manutenção da integridade estatal em seu funcionamento cotidiano.

---

3 Roberto Romano (2014, pp. 60-66) também discorrerá sobre o golpe de Estado, fazendo referência ao mesmo autor, Gabriel Naudé.

A razão de Estado orienta – como um fim em si mesmo – as decisões do Estado voltadas para a sua preservação e não para a salvaguarda da população que delas constam apenas como um elemento periférico. Em 1513, Maquiavel discorre sobre os procedimentos necessários à manutenção dos domínios territoriais dos domínios dos príncipes e acomoda os primeiros alicerces da estrutura governamental da modernidade. Partindo da hipótese de que os homens, naturalmente, tendem à desagregação, defende a necessidade de conter as paixões humanas para proteger os soberanos e os seus domínios. Em uma passagem emblemática da obra *O príncipe*, Maquiavel afirma que é bem mais seguro ser temido que amado, pois os homens, de um modo geral, são ingratos, volúveis, dissimulado, refratários ao perigo e sedentos de ganhos; assim, o príncipe que confiar integralmente nas palavras deles estará trilhando o caminho da sua própria ruína. Como os homens são maus, têm menos escrúpulos em ofender aquele que se faz amar a outro que causa temor, aproveitam-se da primeira oportunidade para romper os vínculos de amizade e de confiança em benefício próprio, mas o temor – mantido pelo medo da punição – não esmorece nunca (MAQUIAVEL, 2010, p. 102).

Nas orientações fornecidas ao príncipe para que ele não se perca no emaranhado das paixões humanas e conserve o seu domínio fazendo-se temer pelo medo do castigo, Maquiavel extrai as primeiras notas daquilo que mais tarde viria a ser conhecido como uma doutrina da razão de Estado fundada em uma compreensão da “natureza” humana bastante peculiar que impõe ao príncipe o dever de vigiá-la, manipulá-la e reprimi-la para manter o seu poder. A definição dessa obrigação encontra-se detalhada na obra *Da Razão de Estado*, de 1589, em que Giovanni Botero define o Estado como uma dominação preemptória sobre os povos cuja *ratio* consiste, justamente, no conhecimento dos meios adequados para fundar, ampliar e conservar essa dominação (BOTERO, 1992).

Foucault, ao asseverar a função conservadora da doutrina da Razão de Estado, comenta que:

A revolução, as revoluções são essa espécie de fenômeno quase natural, enfim meio natural e meio histórico, que faz os Estados entrarem num ciclo que, depois de tê-los levado à luz e a plenitude, os faz em seguida desaparecer e se apagar. É isso a revolução. E o que Botero e Palazzo entendem por razão de Estado é, no fundo, essencialmente, manter os Estados contra essas revoluções. Nesse sentido, vocês estão vendo que estamos próximos de Platão, como eu lhes dizia há pouco, mas com a diferença de que, contra

a decadência sempre ameaçadora das cidades, Platão propunha um meio, que era uma boa constituição, boas leis e magistrados virtuosos, enquanto os homens do século XVI, Botero, Palazzo, contra essa ameaça quase fatal das revoluções, o que eles propõem não são tanto leis, não é tanto uma constituição, não é nem mesmo a virtude dos magistrados, e uma arte de governar, logo uma espécie de habilidade, em todo caso uma racionalidade nos meios utilizados para governar. Mas, no fundo, essa arte de governar ainda tem o mesmo objetivo das leis de Platão, isto é, evitar a revolução, manter o Estado, um só Estado, num estado permanente de perfeição” (FOUCAULT, 2008b, p. 388).

A racionalidade dos recursos utilizados pelo governo cujo objetivo consiste em evitar sedições, revoltas e revoluções que, como uma espécie de fenômeno “quase natural”, fazem o Estado entrar em processo de decadência e dissolução, adquire, no século XIX, sua significação complexa em Hegel para que, o

O Estado é a realidade em ato da Idéia [sic] moral objetiva, o espírito como vontade substancial revelada, clara para si mesma, que conhece e se pensa, e realiza o que sabe e porque sabe. No costume tem o Estado a sua existência imediata, enquanto o indivíduo obtém a sua liberdade substancial ligando-se ao Estado como à sua essência, como ao fim e ao produto de sua atividade (HEGEL, 2003, p. 216).

Momento máximo da história do Espírito<sup>4</sup> e apogeu do processo de efetividade da eticidade, o Estado – para Hegel – adquire existência imediata por meio da constituição do direito público interno; desloca-se do seu isolamento e estabelece relações com os outros Estados mediante o direito externo; e como ideia universal e potência absoluta personifica o espírito que concede a si mesmo a sua realidade no curso da história universal (HEGEL, 2003, p. 225). Nele, acrescenta Hegel, os indivíduos exercem a liberdade concreta como reconhecimento dos seus direito para si em parte consciente e voluntariamente aceitos como seu particular para o qual agem como seu fim último e, em parte como integrantes do inte-

4 Aqui cabe explicar o que é o Espírito para Hegel. Hegel conceitua Espírito, de uma maneira geral, como o conjunto das realizações humanas. O Espírito, em Hegel, é o sujeito de sua filosofia. Hegel coloca a dialética como o processo em que o Espírito se torna transparente para si; sendo assim, o Espírito não pode ser compreendido fora da forma dialética, sendo esta condição fundamental para sua existência.

resse universal. O princípio dos Estados modernos possui, portanto, essa força e profundidade: permite que o espírito da subjetividade alcance a extrema autonomia/particularidade, ao mesmo tempo em que reconduz à unidade substancial, ou seja, à totalidade que cria as partes das quais é composta (HEGEL, 2003, p. 225-226). Assim, o interesse geral – o direito do espírito concreto – não pode ser associado ao interesse particular ou à felicidade dos indivíduos uma vez que o bem do Estado ultrapassa a contingência da existência exterior e da subjetividade para identificar, em sua essência, “a liberdade realizada, o fim final e absoluto do mundo” (HEGEL, 2003, p. 72).

O homem, argumenta Hegel, possui uma compreensão inata do direito, da sociedade e do próprio Estado. Isto quer dizer que ele descobre em si – como um dado da consciência – essas instituições e, por meio dessa descoberta, converte o instinto em dever libertando-se, desse modo, das determinações naturais e de uma subjetividade indefinida, submetida à irreflexão moral do dever-ser. O Estado, como expressão última do espírito de um povo, se efetiva no próprio direito, definido por Hegel como o “império da liberdade realizada, o mundo do espírito produzido como segunda natureza a partir de si mesmo” (HEGEL, 2003, pp. 29/48/124-127/155/258/311-312).

As disposições legais particulares de cada povo não se confundem com a representação de uma vontade, de uma opinião subjetiva ou, ainda, com aquilo que recorrentemente é designado como direito natural. Para Hegel, o direito é a lei compreendida em sua universalidade e determinação como desenvolvimento da história do espírito imanente que assimila o mundo lhe impondo a sua ordem real. Esse é o epílogo da terceira parte dos *Princípios de filosofia do direito*: aquilo que está no cerne do Estado e da lei é o fato dessas instituições racionais serem “absolutamente necessárias” (HEGEL, 2003, pp. 20-11/115/195-197).

Ao especificar a primazia das normas estatais objetivas sobre as demais ordenações normativas, Hegel estabelece também a sua conveniência histórica dotando-as de uma força irrefutável além da qual seria inútil avançar. Forma-se, assim, uma nova totalidade em relação à qual nenhum tipo de sacrifício será despropositado. O Estado como significação superior pode requisitar a vida dos indivíduos para fazer a guerra que “assegura a ‘saúde moral’ dos povos em sua indiferença perante a fixação das especificações finitas e tal como os ventos protegem o mar contra a estagnação em que mergulha em uma indefinida tranquilidade, assim, a paz eterna faria estagnar os povos” (HEGEL, 2003, p. 302). Concebido

como o fim da história em um duplo sentido – o Estado, para Hegel, faz do sacrifício um dever universal!

Na descrição da esfera de ação racional e de legitimação do poder do Estado um fio condutor que atravessa as concepções de razão de Estado em Maquiavel e Hegel pode ser identificado para além daquilo que é necessário ou suficiente à manutenção da integridade estatal; na urdidura filosófica que constitui o Estado e o mantém, o elogio da potência em si e que apura a dominação como algo correto e necessário o situa, acima de tudo, como *locus* onde o mal se reconcilia consigo mesmo (ROMANO, 2014), nas dinâmicas da razão governamental.

## 2 A TECNOLOGIA DO PODER: RAZÃO GOVERNAMENTAL

No século XVI, os problemas de competição, de coabitação e circulação de pessoas e bens nas “cidades-mercado” motivaram a procura por uma tecnologia de poder capaz não apenas de organizar as relações entre a população e a produção de mercadorias, mas de assegurar o controle das populações e das mercadorias por meio de um sistema de vigilância ajustado ao princípio da razão de Estado. O conjunto desses meios pelos quais foi possível aumentar as forças dos Estados e manter a sua boa ordem recebeu, no século XVIII, o nome de “polícia” – o cálculo e a técnica que iriam permitir estabelecer uma relação móvel e, ao mesmo tempo, estável entre a ordem interna e o crescimento das forças estatais (FOUCAULT, 2008b, p. 455). Como aparelho elementar de inteligibilidade do Estado, a polícia – juntamente com a estatística – possibilitou a instauração efetiva dos cálculos governamentais adotando como instrumento tudo o que fosse necessário e suficiente para a integração da atividade humana ao Estado, de modo a troná-la adequada à utilidade estatal (FOUCAULT, 2008b, pp. 433-434).

A criação da utilidade pública a partir do fazer dos homens – como elemento fundamental do Estado e finalidade da polícia – com o propósito de incrementar as dinâmicas das forças do Estado – abarcou diversos domínios como a ciência, as artes, o teatro, os jogos, a religião, os costumes, a saúde, os meios de subsistência, a tranquilidade pública, o cuidado com os edifícios, com as praças, com as estradas, o comércio, as manufaturas, os empregados domésticos bem como a disciplina dos pobres. Dentre essas atividades, a função de disciplinar e controlar os po-

bres foi crucial na medida em que ao promover a exclusão daqueles que não podiam trabalhar definiu, para os demais, a obrigação do trabalho. Concretamente, a polícia adotou como instrumento para suas operações tudo o que considerou necessário para que a atividade fosse não apenas integrada ao Estado, mas orientada e estimulada no sentido de incrementar o seu poder. Além de garantir as forças necessárias para o fortalecimento do Estado, a polícia ocupou-se igualmente dos problemas inerentes ao mercado como a troca, a fabricação e a circulação de mercadorias, representando também uma instituição de mercado (FOUCAULT, 2008b, pp. 430-434/450).

O conjunto das leis e dos regulamentos que, no interior do Estado, procuraram aumentar e consolidar o seu poderio estabelecendo as condições para bom uso das suas forças sofreu transformações substanciais a partir do século XVIII. I – A “naturalização” da existência da sociedade correlacionada à gestão estatal; II – a criação de categorias do conhecimento científico – como a produção, a circulação e o consumo – que interligaram variações das riquezas das populações naquilo que foi chamado de economia política; III – a compreensão da população como um conjunto de fenômenos naturais que deveria ser gerenciado a partir da mecânica dos interesses; e, IV – a limitação da governamentalidade estatal pelos processos “naturais” que regem a população e a economia acabou por deslocar a justificativa dos sistemas regulamentares associados à polícia (FOUCAULT, 2008b, pp. 468-474).

Há de se fazer um destaque ao último ponto arguido por Foucault. A limitação governamental implicada pela nova racionalidade governamental não anula o governo, mas coloca esse poder sob uma outra perspectiva funcional, com o objetivo de garantir que os fenômenos naturais vão ter a segurança necessária para serem garantidas. São nesses termos que Foucault leciona:

No interior do campo assim delimitado, vai aparecer todo um domínio de intervenções, de intervenções possíveis, de intervenções necessárias, mas que não terão necessariamente, que não terão de um modo geral e que muitas vezes não terão em absoluto a forma da intervenção regulamentar. Vai ser preciso manipular, vai ser preciso suscitar, vai ser preciso facilitar, vai ser preciso deixar fazer, vai ser preciso, em outras palavras, gerir e não mais regulamentar. Essa gestão terá essencialmente por objetivo, não tanto impedir as coisas, mas fazer de modo que as regulações necessárias e naturais atuem, ou também fazer regulações que possibili-

tem as regulações naturais. Vai ser preciso portanto enquadrar os fenômenos naturais de tal modo que eles não se desviem ou que uma intervenção desastrada, arbitrária, cega, não os faça desviar. Ou seja, vai ser preciso instituir mecanismos de segurança. Tendo os mecanismos de segurança ou a intervenção, digamos, do Estado essencialmente como função garantir a segurança desses fenômenos naturais que são os processos econômicos ou os processos intrínsecos a população, é isso que vai ser o objetivo fundamental da governamentalidade (FOUCAULT, 2008b, p. 474).

Em meados do século XVIII, a doutrina da razão de Estado passou por uma grande reformulação e uma nova racionalidade passou a gerir o Estado. À ideia do bom uso das forças no sentido do incremento do poderio estatal foi sobreposta a concepção um governo frugal como princípio regulador e regime de que verdade que encontraria na economia política a sua formulação. A conexão entre prática de governo e regime de verdade – que já havia constituído um dos objetos privilegiados da vigilância e da intervenção dos governos ao longo dos séculos XVI e XVII – converteu-se, a partir do século XVIII, em um mecanismo de produção de verdade. No lugar da governamentalidade regular indefinida surgiu, então, o mercado – “o lugar onde as coisas acontecem” – como mecanismo de produção da verdade proposta como regra e norma à prática governamental (FOUCAULT, 2008a, p. 42).

O mercado passou, então a fornecer o princípio de verdade e o sentido político das práticas governamentais que (FOUCAULT, 2008a, p. 45), anteriormente, cabia ao direito do Estado definir para estabelecer – e justificar – o conjunto dos limites necessários ao exercício do poder público. À tradição do direito público – fundado no racionalismo dos séculos XVII e XVIII – que estabelecia, na forma da lei, as divisas da governamentalidade – foi aditada uma via radical que, partindo do problema da utilidade, vinculou a economia à razão do governo. Transformada em uma tecnologia de governo (FOUCAULT, 2008a, p. 56), a utilidade marcará tanto a biografia do liberalismo europeu como a história do poder público no Ocidente (FOUCAULT, 2008a, p. 60), e será a via radical aquela que irá definir a limitação jurídica do poder público. Apoiada no mercado e na utilidade, a nova razão governamental irá buscar no interesse dos agentes sociais, o seu fundamento; desse momento em diante, o governo já não agirá ou intervirá diretamente sobre as coisas e as pessoas, mas apenas sobre os interesses – ou jogos de interesses – dos atores sociais. O novo governo não lidará mais, portanto, com os elementos da

governamentalidade – os indivíduos e as coisas – mas somente com os fenômenos da política que são os interesses ou aquilo que interessa os indivíduos e a coletividade (FOUCAULT, 2008a, p. 62).

O mercado e a utilidade – como referências da arte liberal de governar – promoveram a idéia de progresso econômico ilimitado que introduziu um novo tipo de cálculo na prática governamental europeia (FOUCAULT, 2008a, pp. 74-77), fundado nos princípios de uma organização internacional voltada para a paz e da interdição de limitar os mercados. A extensão planetária do comércio como garantia da paz – segundo os ditames da natureza – produziu, também, liberdades que foram absorvidas pela razão governamental. As liberdades de mercado, de comércio, da propriedade, e do direito de expressão, produzidas e organizadas por uma racionalidade governamental, produzidas e organizadas por uma racionalidade governamental, geraram, por sua vez, medidas de responsabilidades inerentes aos seus exercícios – como estabelecimento de limites, controles e coerções – que teve como princípio de cálculo do custo da sua “fabricação” a segurança. A arte liberal de governar foi, então, impelida a determinar a medida dos interesses individuais para que não ameaçassem o interesse de todos. Assim, o jogo da liberdade e da segurança transformou-se no problema da economia de poder própria do liberalismo.

A polícia, ou o poder de polícia, se desarticula, dando espaço para uma nova economia do poder, conforme comenta Foucault:

Vocês estão vendo como se desarticula essa grande polícia super-regulamentar, digamos assim, de que eu lhes havia falado. Essa regulamentação do território e dos súditos que ainda caracterizava a polícia do século XVII, tudo isso deve ser evidentemente questionado, e vamos ter agora um sistema de certo modo duplo. De um lado, vamos ter toda uma série de mecanismos que são do domínio da economia, que são do domínio da gestão da população e que terão justamente por função fazer crescer as forças do Estado e, de outro lado, certo aparelho ou certo número de instrumentos que vão garantir que a desordem, as irregularidades, os ilegalismos, as delinquências sejam impedidas ou reprimidas. Ou seja, o que era o objeto da polícia, no sentido clássico do termo, no sentido dos séculos XVII-XVIII – fazer a força do Estado crescer respeitando a ordem geral -, esse projeto unitário vai se desarticular, ou antes, vai tomar corpo agora em instituições ou em mecanismos diferentes. De um lado, teremos os grandes mecanismos de incentivo-regulação dos fenômenos: vai ser a economia, vai ser a gestão da população, etc. De outro, teremos, com funções sim-



plesmente negativas, a instituição da polícia no sentido moderno do termo, que será simplesmente o instrumento pelo qual se impedirá que certo número de desordens se produza. Crescimento dentro da ordem, e todas as funções positivas vão ser asseguradas por toda uma série de instituições, de aparelhos, de mecanismos, etc., e a eliminação da desordem – será essa a função da polícia. Com isso, a noção de polícia se altera inteiramente, se marginaliza e adquire o sentido puramente negativo que conhecemos (FOUCAULT, 2008b, pp. 475-476).

Nesta nova modalidade da economia do poder foi criado um mecanismo específico para arbitrar a liberdade e a segurança diante dos riscos aos quais os indivíduos eram efetivamente expostos nos domínios do liberalismo. O exercício da liberdade econômica que possibilitou o consenso político em torno do crescimento ilimitado das atividades produtivas e do incremento do bem estar, produziu também, a partir do século XIX, uma cultura do perigo e do medo que passou a integrar a razão governamental como fundamento para a administração e controle das populações. A polícia – compreendida como um poder super-regulamentar – foi então desarticulada, cedendo espaço para organização de um sistema jurídico que não apenas iria garantir o respeito das liberdades econômicas, mas criaria também os instrumentos de gestão das populações cujas formas precisam ser reconhecidas em suas versões contemporâneas (FOUCAULT, 2008b, p. 476).

### 3 BIOPOLÍTICA E NECROPOLÍTICA: POLÍTICA DA MORTE

Entre o final do século XVIII e o início do século XIX surgiu, na teoria política, a concepção de um Estado de direito. Em oposição ao despotismo – que fazia da vontade do soberano o princípio e a obrigação de todos – e ao Estado de polícia – que estabelecia um *continuum* administrativo entre as normas gerais e os regulamentos particulares, concedendo-lhes o mesmo valor coercitivo – o *Rechtsstaat* vinculou os atos do poder político às leis que, de forma antecipada, estabelecia os seus limites. Como princípio e origem da ação do Estado, a forma da lei passou a definir a legitimidade da coerção e a distinguir, em seus efeitos e em sua validade, as medidas administrativas a ela submetidas.

Na agitação revolucionária da modernidade, a lei foi definida com expressão da vontade geral que igualava os cidadãos em direito e obrigações tornando-os admissíveis em relação a todas as dignidades, lugares e empregos públicos segundo a sua capacidade e sem outra distinção além daquelas próprias as suas virtudes e aos seus talentos (art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Enunciada como um princípio, a igualdade formal trouxe como “detalhe” aquilo que, supostamente, pretendeu evitar. Às capacidades, às virtudes e aos talentos pessoais o século XIX imprimiu um sentido decisivo que poucos, ainda hoje, ousam denunciar. Nesse tempo em que o prestígio da ideia da luta pela vida avançava – justificando a devastação social promovida pela euforia econômica –, uma teoria conseguiu tornar aceitável, como explicação para o “progresso” humano, a seleção da espécie fundada na conquista do espaço pelo animal. Sob a ideia de um pacto firmado por homens livres e racionais, afirmava-se a visão “científica” dos sistemas sociais como organismos vivos que sofrem mudanças evolutivas – as quais os indivíduos adaptam-se de acordo com suas qualidades inatas – e a consequente explicitação das leis inelutáveis que definem, na escala da espécie, os vencedores e os perdedores da corrida pela vida. Marcada por essa lógica naturalista – que não pode ser rompida uma vez que a interferência no curso da natureza colocaria em risco o equilíbrio social – a ordem jurídica do século XIX assegurou a livre circulação de pensamentos, opiniões, pessoas e bens, preservando as condições favoráveis para a concorrência em sistema social regido por leis inquestionáveis. Respeitando o processo de seleção e a hierarquia natural dos indivíduos da espécie humana, o direito liberal estabeleceu – sob o manto da igualdade formal – gradações distintas de cidadãos. No vértice desse sistema estratificado encontram-se os detentores do “direito originário” de fazer prevalecer ilimitadamente os seus interesses na forma da lei; essa auto-legislação – eufemisticamente chamada de direito de todos – estabelece o regime de direito e obrigações que concede o *status* de sujeitos do direito e perfaz a ideia da reunião dos semelhantes em uma comunidade que não teme excluir das suas fronteiras legais aqueles cujos “inatos” defeitos os impedem de conquistar, através da livre concorrência, um lugar nesse sistema regido por uma “legalidade inquestionável que o direito estatal” replica de modo acintoso.

Foucault, na aula de 17 de março do Curso no Collège France de 1976, assinalava que, a partir da segunda metade do século XVIII, surgiu uma tecnologia incomum do poder – a biopolítica da espécie humana

– voltada para a regulamentação dos processos inerentes à vida que desenhou uma forma inédita de legitimidade do seu sacrifício (FOUCAULT, 1999, 289/293-294). Algo que costuma passar despercebido às análises do poder – advertia Foucault – é o vínculo que rapidamente se estabeleceu, no século XIX, entre a teoria biológica e o discurso político. O evolucionismo – entendido como o conjunto de noções como a hierarquia das espécies, a luta pela vida e a seleção que elimina os menos adaptados – tornou-se não apenas um modo de escrever em termos biológicos e, portanto, “científico”, o discurso político, mas uma maneira de pensar a história das sociedades e suas diferentes classes, as guerras, a colonização, a criminalidade, a loucura, etc. “Cada vez que houve um enfretamento, condenação à morte, luta, risco de morte, foi na forma do evolucionismo que se foi forçado, literalmente, a pensá-los” (FOUCAULT, 1999, p. 307).

Mas como entender a legitimação do sacrifício da vida em sistema político que tem como objetivo preservá-la dos perigos que a ameaçam? A resposta é simples: estabelecendo no interior da população uma defasagem, ou seja, fragmentando a espécie humana em subgrupos – as raças – e estabelecendo cesuras no *continuum* biológico que permitiram distinguir os que devem viver daqueles marcados para morrer (FOUCAULT, 1999, pp. 302/304-305). Na economia do biopoder, o racismo irá, então, servir como fundamento da função de tirar a vida que não se reduz simplesmente ao assassinato direto, mas estende-se a tudo aquilo que pode ser considerado assassinio indireto, como a exposição à morte, a multiplicação do risco de morte ou, pura e simplesmente, a promoção da morte política, da expulsão ou da rejeição. Por isso, os Estados mais assassinos são, forçosamente, os mais racistas, nos quais o poder de matar é dado não apenas aos agentes estatais, mas a uma quantidade considerável de pessoas; no limite, nesses Estados, todos passam a ter o direito de vida e de morte sobre o outro, ainda que seja pelo incentivo à denúncia que permite suprimir aquele que está ao seu lado (FOUCAULT, 1999, pp. 306/310).

Localizando o racismo como a cesura biopolítica utilizada pelo cálculo governamental que podemos pensar a política para além dos paradigmas modernos. Segundo Achille Mbembe (2018b, pp. 10-11) a política, em colisão com as experiências contemporâneas de destruição humana, perde o caráter de agência do sujeito como autor controlador e toma os contornos para ser pensados a partir de categorias fundadoras menos abstratas e mais concretas, como a vida e a morte, por exemplo. Entre essas duas categorias que se abre o campo moderno de arte gover-

namental, onde a soberania é exercida não por uma autorregulação de poder, e sim através do exercício do poder sobre a vida e a morte.

Tal afirmação é sustentada no entendimento que a soberania se consiste em uma violação de proibições, uma vez que o medo da morte e o limite que esta dá às vidas é extrapolada pelo soberano. Transgredindo o medo da morte, e assim demandando o risco de morte, a soberania se configura, dessa forma, como domínio da vida além da utilidade, onde a vida (e os pressupostos que a significam) é apropriada e disposta para o poder soberano. Sendo assim, a política, nesses termos, não pode ser entendida como um movimento dialético da razão, mas uma transgressão em espiral que turva a própria ideia de limite. A partir do exercício soberano, o estado de exceção e a relação de inimizade se tornam a base normativa do direito de matar, onde o poder – e não somente o poder estatal – se refere, apela e produz a exceção, a emergência e a um entendimento ficcional do inimigo para criar as cognições políticas da modernidade (MBEMBE, 2018b, p. 14-17).

Nesse sentido, podemos entender como a raça foi sempre presente no pensamento e nas práticas políticas do Ocidente, principalmente para imaginar a desumanidade dos povos estrangeiros e exercer a dominação destes. O mundo criado a partir do corte biopolítico da política de raça se relaciona com a política da morte vista anteriormente (MBEMBE, 2018b, p. 18).

Entretanto, a indistinção entre guerra e política – no enunciado que Foucault estabelece a política como a continuação da guerra por outros meios (FOUCAULT, 1999) –, diferente do que sempre foi tratado por uma tradição crítica, não se resume apenas ao Estado nazista. A percepção ideária de que a existência do Outro como um atentado e um perigo absoluto à minha vida, cuja a eliminação biofísica teria o poder de afirmar meu potencial de vida e segurança, é constitutiva de um imaginário tanto da primeira quanto da última modernidade, assumindo status de racionalidade que informa a soberania a sua vontade e capacidade de matar a fim de viver. Essa fusão entre razão (política) e terror (guerra) tem na Revolução Francesa a manifestação clara, ao deslocar a categoria “povo” da realidade concreta para uma figura retórica, no objetivo de manejar a política e o terror para reforçar verdades e eliminar inimigos (MBEMBE, 2018b, pp. 19-20/23).

Achille Mbembe adverte, contudo, que o terror moderno deve levar em consideração as experiências das *plantations* como uma das primeiras manifestações biopolíticas, posto que a estrutura do sistema de *plantation* manifesta a figura emblemática e paradoxal do estado de exceção por duas razões: o aparecimento da humanidade do escravo como

uma sombra personificada, uma condição que inflige a perda do entendimento de um lar, o direito sobre seu corpo e a perda de estatuto político; e a territorialização do Estado soberano, com a determinação de fronteiras no contexto de uma ordem global recente (MBEMBE, 2018b, pp. 27/34).

O advento do *Jus publicum europæum* (ordem jurídica europeia), empreendimento importante no surgimento dos Estados e, consequentemente, na pacificação do território compreendido por Europa, também foi artifice para a formação do terror nas colônias. Isso se explica devido a um duplo movimento da violência instituidora do direito, onde, por um lado, a determinação da igualdade entre os Estados de fazer a guerra e tomar a vida e o reconhecimento que ambas as formas de fazer política são atribuições somente estatais; e por outro, fixou uma distinção entre as regiões do mundo para a apropriação colonial, onde o limite para a guerra observados no território europeu, entre Estados civilizados, não existiam, o que fazia com que, para além das fronteiras europeias, tudo fosse possível em termos de uso da violência (MBEMBE, 2018b, pp. 33-34).

Importante observar que Carl Schmitt designa, a partir de três noções territoriais, o que Achille Mbembe fala sobre o trabalho de civilizar as guerras e, ao mesmo tempo, exercer o terror em outros contextos territoriais. Schmitt fala nos termos de *terra firme*, *mar livre* e *terra livre*, onde a *terra firme* consiste-se no firmamento de limites onde a guerra deve ser travada observando as regras instituídas por Estados soberanos e iguais; o *mar livre* baseia-se no entendimento de que nenhuma nação tem poder para se aposar dos territórios marinhos, e dessa forma não há possibilidades de instituir regras para o uso da violência. Dessa forma, todos que se encontram nos territórios marinhos estão a mercê da violência de outrem e; a *terra livre*, conceito esse dado pelos instituidores do *nomos* da Terra europeu, em que entende as terras, e tudo o que tem nelas (inclusive os humanos “selvagens”), para além das fronteiras europeias, são suscetíveis a exploração e dominação (SCHMITT, 2014).

Portanto, Achille Mbembe nos fornece uma leitura do porquê, nas colônias, o direito soberano de matar não está sujeito a nenhuma regra, posto que não a guerra colonial não está sujeitada a normas legais e a observâncias institucionais. O terror colonial, entrelaçado a um imaginário colonialista caracterizado por terras selvagens, morte e ficções criam o efeito de verdade que levam à guerra colonial como a expressão da hostilidade absoluta frente a um inimigo absoluto (MBEMBE, 2018b, pp. 36-37), justificando toda a sorte de massacres como uma disponibilização do risco de vida a serviço do ideário de desbravamento de uma terra

que, na imaginação de um arranjo civilizatório, não tem dono (MBEMBE, 2018a). Sendo assim, o paradigma do exercício do poder soberano encontra nas colônias, no que fora designado *terra livre*, se consiste em uma base pela qual o poder soberano é exercido na contemporaneidade.

Mbembe, ao comentar sobre o caso da ocupação da Palestina pelo Estado de Israel, assim leciona:

Como ilustra o caso palestino, a ocupação colonial contemporânea é um encadeamento de vários poderes: disciplinar, biopolítico e necropolítico. A combinação dos três possibilita ao poder colonial a dominação absoluta sobre os habitantes do território ocupado. O 'estado de sítio' em si é uma instituição militar. Ele permite uma modalidade de crime que não faz distinção entre o inimigo interno e externo. Populações inteiras são o alvo do soberano. As vilas e cidades sitiadas são cercadas e isoladas do mundo. A vida cotidiana é militarizada. É outorgada liberdade aos comandantes militares locais para usar seus próprios critérios sobre quando e em quem atirar. O deslocamento entre células territoriais requer autorizações formais. Instituições civis locais são sistematicamente destruídas. A população sitiada é privada de suas fontes de renda. Às execuções a céu aberto somam-se matanças invisíveis (MBEMBE, 2018b, pp. 48-49).

Com isso, Achille Mbembe (2018b), ao criticar o que chamou de insuficiência do conceito de biopolítica para dissertar acerca das formas contemporâneas de matar, cria o conceito de necropolítica. O conceito de biopoder e biopolítica não seriam o suficiente para explicar os “mundos de morte” estabelecidos pelas políticas de morte, como por exemplo a da distribuição e disposição de armas de fogo, ou, em um contexto latino americano, a chamada “guerra às drogas” e suas consequências. Nesse sentido, a criação de “mundos de morte” criados pelas políticas de morte – a chamada necropolítica – criam também novas formas de existência social, nas quais grandes parcelas da população são submetidas a condições de vida que conferem aos sujeitos o estatuto de “mortos vivos” (MBEMBE, 2018b, p. 71).

Podemos ler o trabalho conceitual feito por Achille Mbembe como um esforço exitoso em implicar não só o controle da vida dos sujeitos pertencentes do que se reivindicou como metrópole, mas também de empreender a compreensão da operação das políticas de morte no que foi designado como “terra livre”, as colônias. Entretanto, o conceito de biopolítica também tem uma face de “deixar morrer” em detrimento

da razão governamental de cultivar a vida e fazer a gerência dos recursos humanos para que estes cresçam. O conceito de necropolítica, portanto, não se contrapõe ao conceito de biopolítica, e tampouco é uma superação do segundo pelo primeiro. Os conceitos, nesse sentido, podem ser vistos como duas faces da mesma moeda, em que, a despeito de tratarem de tempos e contextos diferentes, vão teorizar acerca do que a tradição política e jurídica ocidental legou, bem como continua produzindo, em termos de racionalidades e práticas de governo dos homens. Posto isso, falamos de bio/necropolítica, com o objetivo de não apartar os conceitos e sugerir que estes são antagônicos entre si; ao contrário, falam de forma complementar entre si, fornecendo entendimentos sobre o poder governamental e suas vicissitudes.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Governo é um termo polissêmico. Da condução dos homens naturalmente maus até a concepção de tecnologia de poder, o conceito de governo se transforma ao longo da história. Entretanto, o conceito de governo sempre esteve às voltas com o problema da condução dos homens. Os saberes políticos desenvolvidos ao longo da história, que resultaram em técnicas de poder reguladoras dos viventes circunscritos nos domínios estabelecidos, delimitam o campo da governamentalidade.

Deste modo, o trabalho, ainda que de forma sintética, articula conceitos limitados em uma dada temporalidade – a saber, do fim do século XV até a atualidade –, privilegiando a leitura biopolítica para alcançar um entendimento de como o governo opera, bem como extrai a racionalidade legitimadora do exercício governamental.

Os modos pelos quais ignoramos determinadas coisas são, talvez, mais importantes do que os modelos por meio dos quais as reconhecemos... À sombra das convenções, a razão e as tecnologias de poder que traçam a biografia dos Estados modernos, deixam evidente que a lei e a ordem emergem das batalhas reais, das conquistas e dos massacres que têm data e agentes produtores de horror; elas surgem em terras devastadas e cidades incineradas onde muitos agonizam. Sob as estruturas de poder formalizadas nas ordens jurídicas estatais as lutas continuam entre os titulares dos direitos e aqueles que dele são excluídos. Nessa frente de combate, o velho direito de matar aprimora as suas técnicas

## ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FILOSOFIA DO DIREITO E SOCIOLOGIA DO DIREITO

e recicla os seus fundamentos colocando sempre novos desafios para as vidas sitiadas cujas histórias são contadas em sucessivas crônicas de mortes anunciadas de uma tradição que precisa, mais do que nunca, ser criticamente analisada. Em um tempo no qual a barbárie apresenta-se como uma relação social organizada por um poder real – apoiado em sua própria força – é preciso resgatar a experiência daquilo que foi ocultado nos “documentos da civilização” para restaurar as possibilidades do pensamento e da ação política.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOTERO, João. *Da Razão de Estado*. Coordenação e Introdução de Luís Reis Torgal. Tradução de Raffaella Longobardi Ralha. Série História Moderna e Contemporânea: 9. Coimbra: Instituto Nacional de Investigação Científica, 1992

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. Edição estabelecida por Michel Senellart; sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana; tradução de Eduardo Brandão; revisão da tradução por Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008a (Coleção Tópicos).

FOUCAULT, Michel. *Segurança, Território, População: curso dado no Collège de France (1977-1978)*. Edição estabelecida por Michel Senellart; sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana; tradução de Eduardo Brandão; revisão da tradução por Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008b (Coleção Tópicos).

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel e o hegelianismo*. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. 1ª reimpressão. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010.

MBEMBE, Achille. *Crítica da razão negra*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: n-1 edições, 2018a.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. Tradução de Renata Santini. São Paulo: n-1 edições, 2018b.

ROMANO, Roberto. *Razão de Estado e outros Estados da Razão*. 1ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2014.

SCHMITT, Carl. *O nómos da Terra no direito das gentes do jus publicum europæum*. Tradução de Alexandre Guilherme Barroso de Matos Franco de Sá (et al.). Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014.



# **A DEMOCRACIA NO FIO DA NAVALHA ENTRE EXPECTATIVAS NORMATIVAS IGUALITÁRIAS E IMPERATIVOS SISTÊMICOS: A IMPORTÂNCIA DO CONTEÚDO NORMATIVO DO DISCURSO FILOSÓFICO DA MODERNIDADE.**

**DEMOCRACY ON THE RAZOR EDGE BETWEEN EGALITARIAN NORMATIVE  
EXPECTATIONS AND SYSTEMIC IMPERATIVES: THE IMPORTANCE OF THE  
NORMATIVE CONTENT OF THE PHILOSOPHICAL DISCOURSE OF MODERNITY.**

**Marina de Souza Pompermayer<sup>1</sup>  
João Pedro Lopes Fernandes<sup>2</sup>**

**RESUMO:** No início dos anos 1980 o Estado de Bem-Estar Social europeu experimentou uma severa crise, e uma constelação intransparente se formou nas esferas públicas entre as forças políticas e até mesmo nos círculos intelectuais, criando estados de desorientação normativa. Qual a relação existente entre *a crise do Estado de Bem-estar Social* e o *esgotamento das energias utópicas ligadas à sociedade do trabalho*? É ainda possível orientar os nossos esforços para a construção de um Estado Social baseado num conteúdo normativo menos exigente, mas capaz de se sustentar sobre seus próprios pés rumo a um projeto de democracia radical e a um horizonte futuro emancipado? Para responder a tais questionamentos, este trabalho se valerá do instrumental de uma teoria discursiva do direito e democracia desenvolvida por Jürgen Habermas em “Facticidade e Validade”, perpassando também pelos debates acerca do “Discurso Filosófico da Modernidade” e das “Crises de Legitimação no Capitalismo Tardio”.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado de Bem-estar Social; Crise; Modernidade.

**ABSTRACT:** In the early 1980s the European Welfare State experienced a severe crisis, and an intransparent constellation was formed in the public spheres between political forces and even in intellectual circles,

---

1    Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

2    Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

creating states of normative disorientation. What is the relationship between the crisis of the Welfare State and the exhaustion of utopic energies linked to the labour society? It is still possible to direct our efforts towards the construction of a social state based on a normative content that is less demanding but capable of self-standing towards a project of radical democracy and to an emancipated future horizon? To answer such questions this work will use the tools of a discursive theory of law and democracy developed by Jürgen Habermas in “Between Facts and Norms”, also bypassing through the debates about the “Philosophical Discourse of Modernity” and the “Legitimation Crisis”.

**KEYWORDS:** Welfare State; Crisis; Modernity.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Jürgen Habermas traz, no limiar dos anos 80, um diagnóstico de época em torno da crise do Estado de Bem-estar Social europeu fundado no que chama de “esgotamento das energias utópicas vinculadas à sociedade do trabalho”. Levantou-se no consciente coletivo da época a suspeita de que tais energias se retiraram do pensamento histórico com o consequente estreitamento do espírito do tempo. Entretanto, para o autor, não foi a lógica utópica como um todo que se esgotou, mas houve um esfacelamento das energias especificamente ligadas às utopias da sociedade do trabalho, nutridas reiteradamente pelo Estado de bem-estar social. Este, por conseguinte, perdeu a sua capacidade de abrir possibilidades futuras a um horizonte de vida coletiva emancipado.

Nessa senda, Habermas identifica que as contradições fundamentais do sistema capitalista direcionam esse modelo de Estado a, ao menos, quatro tipos de crise: *crises econômicas*, *crises de racionalidade*, *crises de legitimação* e *crises de motivação*. Todas tendencialmente fundadas em crises de motivação. É devido à sua característica fundamental de ser uma tentativa de conciliação entre capitalismo e democracia que o Estado de Bem-Estar Social tende a crises internas. No entanto, este projeto não pode ser abandonado.

Esse trabalho se vale do ferramental de uma teoria discursiva do direito e da democracia amadurecida em “Facticidade e Validade”. Cabe compreender: qual a relação entre *a crise do Estado de Bem-estar Social* e o *esgotamento dessas energias utópicas*, bem como *se é possível vislumbrar uma renovação das energias utópicas esfaceladas*, desta vez fundadas em um conteúdo normativo da modernidade modesto, mas capaz de se manter sob seus próprios pés e de guiar a vida coletiva rumo a um projeto de democracia radical e a um horizonte futuro emancipado.

Para responder a essas questões, primeiramente, será necessário compreender como se constitui a tensão entre capitalismo e democracia que caracteriza a modernidade. Ainda, será analisada a maneira pela qual o Estado de Bem-Estar Social assimila essa tensão, enquanto tentativa de conciliar os imperativos sistêmicos e os imperativos políticos. Após, abordar-se-á a tipologias de crises imanentes ao Estado de Bem-estar Social. Constata-se que o paradigma jurídico do Estado de Social compartilha com o paradigma jurídico Liberal “a imagem produtivista de uma socie-

dade econômica do capitalismo industrial”. Assim, ambos *ocultam o nexos interno normativamente necessário entre Estado de Direito e Democracia*.

## 2 A FORÇA DAS ENERGIAS UTÓPICAS DA SOCIEDADE DO TRABALHO NA CONSCIÊNCIA DE TEMPO MODERNA

A vinculação não-contingente do conceito de modernidade com o racionalismo ocidental foi descrita primeiramente por Max Weber. Este afirma que o processo de desencantamento ocorrido na Europa inicia o desenvolvimento das sociedades modernas a partir de uma mudança profunda na cultura ocidental que, concomitantemente à funcionalização do sistema econômico capitalista (ação econômica com respeito a fins) e do aparelho burocrático-estatal (ação administrativa com respeito a fins), rompeu com as formas de vida tradicionais e formou esferas culturais que tomaram o cotidiano vivido pelas pessoas (HABERMAS, 2000, pp. 3 e 4).

A teoria social que se seguiu, entretanto, a partir da década de 50 e 60, reelaborou a teoria de Weber para separar a modernidade de sua origem, bem como romper a relação entre a modernidade e a racionalização como “objetivação histórica de estruturas racionais” (HABERMAS, 2000, p. 5). Essa *des-historização e des-racionalização* da modernidade assentou um espaço propício para que teorias do “despontar da modernidade”, orientadas a um estágio final de *pós-modernidade*, ganhassem visibilidade nas ciências sociais e na filosofia, as quais empreenderam um projeto de despedida do horizonte de racionalidade moderno bem como de sua normatividade (HABERMAS, 2000, p. 6).

Habermas irá criticar a tendência dos intelectuais a um abandono infundado das premissas do esclarecimento, os quais passaram a, na verdade, venerar um “contra-esclarecimento”. A concepção de uma modernização que se autonomiza *per se* e se move em direção a uma “pós-modernidade”, segundo Habermas, pode adquirir duas versões diferentes: a primeira de caráter *neoconservador*, que se despede da autocompreensão cultural moderna por entendê-la ultrapassada, porém conserva a dinâmica de modernização perpetrada por estruturas e leis sistêmicas; e a segunda sob a forma *anarquista*, a qual, por não entender que houve um desacoplamento entre as noções de modernidade e racionalismo, promove uma ruptura com o todo da modernidade (HABERMAS, 2000, p. 8). Assim, para entender como ambas concepções se distanciam do horizon-

te fundamental em que se formou a autocompreensão da modernidade, Habermas retorna à Hegel para compreender a correlação entre modernidade e racionalidade posta em dúvida.

## 2.1 A autocertificação da modernidade como problema central da filosofia

Segundo Habermas, Hegel é o primeiro a tomar o problema da autocertificação da modernidade como uma questão filosófica relevante. Isso porque o autor eleva à filosofia a tarefa de apresentar a razão como o poder *unificador* da modernidade, o que só seria possível com conceito de *absoluto* por ele cunhado. Assim, Hegel emprega críticas à filosofia da reflexão, a saber, o “positivismo” Iluminista, o qual operou uma *cisão* entre natureza e espírito, sensibilidade e entendimento, entendimento e razão, fé e saber. Essas oposições evidenciam a consciência de si em seu lado mais autoritário, a qual submeteu o sujeito “racional” do *Aufklärung* a uma autoridade interna a si - o dever -, em uma tendência de absolutização do condicionado em incondicionado, reconduzida a uma subjetividade alienada da vida comum (HABERMAS, 2000, pp. 42-44). Ou seja, a emancipação na filosofia da reflexão teria se tornado refém de uma subjetividade que subjuga e priva a liberdade do sujeito.

Em face do positivismo Iluminista, Hegel afirma a tarefa da filosofia como a de compreender o modo pela qual a razão se apresenta como um poder absoluto de unificação capaz de conduzir uma crítica da modernidade cindida e sua tendência a crises (HABERMAS, 2000, p. 48). Os *tempos modernos* são, nesse sentido, caracterizados a partir de uma estrutura de auto-relação que constitui o chamado “princípio da subjetividade”, segundo o qual todos os aspectos presentes na totalidade do espírito se desenvolvem para alcançar o seu direito, partindo da perspectiva da liberdade. A liberdade para Hegel é conceitualizada como a “propriedade do espírito pela qual este está em si consigo mesmo” (HABERMAS, 2000, p. 25). Entretanto, para elevar essa liberdade subjetiva a um patamar distinto daquele de uma “unificação” por meio da coerção de uma subjetividade que subjuga o homem, preconizada pela religião positivista e pelo dogmatismo kantiano, Hegel anseia a uma unificação que possa suprimir essas positivities, pensando a razão enquanto a auto-relação de um sujeito com um outro enquanto poder *absoluto* da subjetividade (HABERMAS, 2000, p. 49).

Com o conceito de absoluto a modernidade pode ser concebida a partir de seu próprio princípio, sendo este sua única fonte de normatividade, do qual surge a consciência de tempo da modernidade. Os *tempos modernos* distinguem-se do velho mundo por abrirem-se ao futuro, sendo que cada marco inicial de um período histórico é capaz de repetir-se e de reproduzir-se a cada momento do presente: o novo é gerado a partir de si. Ou seja, o presente compreendido a partir do horizonte do “tempo mais recente” reconstitui *continuamente* sua ruptura com o passado, renovando-se (HABERMAS, 2000, p. 11).

## 2.2 A consciência de tempo moderna e o espírito do tempo

a noção do tempo na modernidade perpassa pelos conceitos de revolução, progresso, desenvolvimento, crise, os quais lançam luz sobre o problema que se coloca com a consciência de tempo moderna: a de que a modernidade, como dito anteriormente, deve extrair de si mesma sua normatividade, de seu próprio princípio - o da subjetividade, e não de qualquer outro modelo passado. Nesses termos deve-se colocar a questão tão cara a Hegel da *autocertificação* da modernidade (HABERMAS, 2000, p. 12).

Reinhart Koselleck irá caracterizar a consciência de tempo da modernidade a partir dos conceitos de “campo de experiência” e o “horizonte de expectativa”. O que ocorre é que a época moderna só é compreendida como um “novo tempo” (capaz de autofundamentar-se), em oposição a uma época passada, na medida em que afastam-se as expectativas das experiências vividas até então, momento em que o lugar destas é ocupado por uma experiência de progresso que confere uma abertura utópica ao horizonte de expectativa (HABERMAS, 2000, p. 19). Para Habermas, Walter Benjamin irá fazer uma inversão lógica da história dos conceitos ao retomar a questão da autocertificação a partir da ideia de “tempo-presente” (*Jetztzeit*) (HABERMAS, 2000, p. 18):

[Benjamin] atribui a todas as épocas passadas um horizonte de expectativas insatisfeitas, e ao presente orientado para o futuro designa a tarefa de reviver na reminiscência um passado que cada vez lhe seja correspondente, de tal modo que possamos satisfazer suas expectativas com nossa débil força messiânica. (...) O que Benjamin tem em mente é a ideia altamente profana de que *o universalismo ético também tem de levar a sério as injustiças já sucedidas e, evidentemente, irreversíveis*; de que há uma solidariedade



das gerações com seus antepassados, com todos aqueles que foram feridos pela mão do homem em sua integridade física e pessoal; e de que essa solidariedade apenas pela reminiscência pode ser efetuada e comprovada (HABERMAS, 2000, p. 20, grifos nossos).

Ao estender a responsabilidade do presente também às experiências passadas, Benjamin altera a constelação entre tempo-presente, passado e futuro para que “não mais apenas as gerações futuras, mas também as passadas possam reivindicar a débil força messiânica da geração presente” (HABERMAS, 2000, p. 23). Nesse sentido, à abertura utópica do horizonte de expectativa caracterizada nos tempos modernos, orientados por uma visão revolucionária e progressista, deve ser feita uma importante ressalva. Essa ressalva consiste no exercício anamnésico aclarado por W. Benjamin: de que a reconciliação com um passado oprimido e injusto pode ao menos ser reconciliada com uma reminiscência que possui o condão de integrar o presente no *contexto comunicativo de uma solidariedade histórica universal*, para compensar a sobrecarga de um presente cuja responsabilidade concentrou-se somente no futuro (HABERMAS, 2000, p. 24).

### 2.3 A intersecção entre horizonte histórico e horizonte utópico na modernidade

as grandes representações utópicas de sociedades ideais projetadas por intelectuais do período Renascentista sempre foram tidas como representações de expectativas escatológicas, que não penetravam o horizonte histórico, já que não vislumbrava-se os meios necessários para realizá-las, servindo estas apenas como contraponto teórico de crítica às injustiças da realidade concreta, ao exemplo da obra “Utopia” (1516) de Thomas Morus (1477-1535). O encontro entre a utopia e o horizonte histórico só passou a ser tratado com uma relevância maior por intelectuais socialistas do início do séc. XIX, como Robert Owen, Saint-Simon, Proudhon e Charles Fourier, os quais traçaram projetos de sociedade em que o trabalho humano não mais fosse um trabalho alienado - no entanto, estes ainda foram acusados de “socialistas utópicos” por Marx e Engels (HABERMAS, 2015a, p. 212).

A consciência do tempo moderna, portanto, inaugura uma abertura ao horizonte de fusão entre o pensamento utópico e o pensamento histórico (HABERMAS, 2015a, p. 211), fusão esta que caracteriza o

espírito do tempo moderno. A constelação do presente entre passado e futuro se altera na modernidade, de maneira que o “presente se entende cada vez mais como uma passagem para o novo; ele vive na consciência da aceleração dos acontecimentos históricos e na expectativa de alteridade do futuro”, assim como “o horizonte aberto ao futuro de expectativas referidas ao presente dirige também o acesso ao passado” (HABERMAS, 2015a, p. 209).

Uma vez que o presente, ao orientar-se para o futuro, tem suas expectativas contrabalançadas pelas experiências históricas, como um momento autêntico em que se tensionam “tradição” e “inovação”, o espírito do tempo receberia dois impulsos contrários, que no entanto se interpenetram: o *pensamento utópico* e o *pensamento histórico*. Por um lado, o pensamento histórico, composto das energias do campo das experiências vividas, é evocado para a crítica dos projetos utópicos. Por outro, ao pensamento utópico, como aquele que abre o horizonte a um futuro de expectativas, é atribuída a função de fornecer alternativas de ação para possibilidades que transpassam as continuidades históricas (HABERMAS, 2015a p. 210).

## 2.4 A utopia da sociedade do trabalho e a sua retirada do horizonte histórico

a tese central de Habermas nos escritos sobre “A Nova Obscuridade”, explorada no presente artigo, é a de que chegou ao esgotamento uma determinada utopia da modernidade, a saber, aquela que se consolidou em torno do potencial da sociedade do trabalho (HABERMAS, 2000, p. 2015a). Porém, o que são tais “energias utópicas da sociedade do trabalho” e como se deu o seu esfacelamento?

Conforme explicitado anteriormente, Hegel pode conceber a modernidade a partir de seu próprio princípio a partir do conceito de *absoluto*. Porém, essa dialética do esclarecimento, segundo Habermas, não obstante ter fornecido o impulso à crítica do tempo presente, esgotou-o antes mesmo de efetivá-la. Ao diferenciar a sociedade-civil do Estado moderno, afirma que aquela não pode neutralizar os antagonismos irrompidos do sistema de necessidades e do trabalho, já que a sua socialização obedece a uma lógica de persecução estratégica de interesses egoísticos e é, portanto, *não-política*, mercadológica (HABERMAS, 2000, p. 55). Nesse sentido, somente o Estado moderno possuiria a força para desenvolver o princípio da subjetividade até o extremo, sendo ele um

“universal positivo” capaz de deter a tendência de autodestruição da sociedade e, concomitantemente, conservar os resultados da emancipação por esta gerada (HABERMAS, 2000, p. 56-57).

Esse forte institucionalismo de Hegel, guiado pela “primazia da *subjetividade de grau superior do Estado* sobre a liberdade subjetiva dos indivíduos” (HABERMAS, 2000, P. 58), faz com que a razão moderna assuma uma forma que ocupa o lugar do destino, que sabe o necessário e o que está já decidido na história (HABERMAS, 2000, p. 61). Nesse sentido, Habermas afirma que a filosofia hegeliana “satisfaz a necessidade da modernidade de autofundamentação apenas sob o preço de uma *desvalorização da atualidade e de um embotamento da crítica*. Por fim, a filosofia tira o peso de seu presente, destrói o interesse por ele e lhe nega vocação para a renovação autocrítica” (HABERMAS, 2000, p. 61, grifos nossos).

Ao gerar esse embotamento da crítica e, portanto, desfazer a constelação entre modernidade e racionalidade, já que esta, enquanto *espírito absoluto*, neutralizaria as condições sob as quais a modernidade toma consciência de si, Hegel não consegue resolver o problema da auto-certificação da modernidade (HABERMAS, 2000, p. 62). A tarefa para os jovens hegelianos seria a de seguir com um conceito de razão um pouco mais modesto, em uma lógica também dialética, para conceber e criticar a modernidade e suas crises (HABERMAS, 2000, p. 63).

A filosofia da práxis, portanto, transformou o conceito de reflexão no conceito de produção, com a passagem do “idealismo” ao “materialismo”, substituindo, assim, a *consciência de si* pela categoria central do *trabalho* como o princípio da modernidade (HABERMAS, 2000, p. 91). Marx concebe o trabalho social como a autorrealização coletiva dos produtores, de maneira que somente a “assimilação do trabalho industrial a um modelo normativo pleno de *alienação*, entre uma prática satisfeita que retorna a si mesma e uma práxis paralisada e conteúdo permite-lhe a diferenciação decisiva entre uma *objetivação* das forças essenciais e sua fragmentada” (HABERMAS, 2000, p. 92).

A filosofia da práxis, por privilegiar a relação entre o sujeito que *atua* e o mundo objetivo, mutável e manipulável, concebe o processo e formação da espécie como *autoprodução*. Assim, destaca duas relações sujeito-objeto: a do sujeito cognoscente que forma opiniões sobre algo no mundo objetivo e o sujeito que age com respeito a fins para produzir algo no mundo (HABERMAS, 2000, p. 91). Em face dos problemas estruturais do modo capitalista, o ideal de emancipação do sujeito volta-se para o trabalho, pois, o trabalhador que no processo produtivo é separado da fruição dos resultados que ele mesmo produz, no qual ele

poderia reencontrar-se si mesmo, é também *alienado de si*, ao passo em que contribui funcionalmente para o processo de autovalorização do capital (HABERMAS, 2000, p. 92).

A utopia da sociedade do trabalho, portanto, é uma perspectiva que se insere efetivamente na consciência histórica, na práxis e no pensamento político, suas expectativas dirigem-se à esfera da produção, e não mais do simples pensar. Assim, a utopia no paradigma da produção busca uma emancipação do trabalho, objetivando uma sociedade em que o trabalho não seja reificado, ou determinado por outrem, mas pelo próprio trabalhador - em um reencontro consigo mesmo. As utopias dos socialistas objetivaram a imagem de uma sociedade do trabalho organizada e formada por produtores livres e iguais, em uma ideia de cooperação e autogestão (HABERMAS, 2015a, p. 113).

Entretanto, Habermas afirma que essa utopia ligada à sociedade do trabalho perdeu a sua força de convencimento, devido a uma perda do seu próprio ponto de referência: a força constituidora da sociedade que é própria do trabalho abstrato (HABERMAS, 2015a, p. 216). O diagnóstico de época feito pelo autor é marcado por um estado geral de ânimo definido como “obscuro” ou “intransparente”, justamente porque o desaparecimento dessa utopia ligada à sociedade do trabalho gerou uma crença de que as energias utópicas teriam se retirado da consciência histórica, instaurando-se um cenário de desesperança e falta de perspectiva que afetou o espírito do tempo naquele período (HABERMAS, 2015a, p. 212):

O futuro é negativamente investido; no limiar do século XXI, delineia-se o panorama assustador da ameaça mundial a todos os interesses universais da vida: a espiral da corrida armamentista, a difusão descontrolada de armas nucleares, o empobrecimento estrutural dos países em desenvolvimento, o desemprego e os desequilíbrios sociais crescentes nos países desenvolvidos, os problemas da danificação ambiental, as tecnologias de grande alcance operadas na proximidade da catástrofe, tudo isso oferece as palavras-chave que penetraram a consciência pública através das mídias de massa. (HABERMAS, 2015a, p. 213).

Assim, todo aquele ideal de progresso, de continuidade, de uma abertura escatológica ao futuro desaparece, gerando uma desorientação não somente dos intelectuais, mas também no âmbito político: “A Nova Obscuridade faz parte de uma situação em que um programa em termos de Estado e bem-estar social, continuando a nutrir-se sempre da utopia

da sociedade do trabalho, *perde a força de abrir possibilidades futuras para uma vida coletivamente melhor e menos arriscada*” (HABERMAS, 2015a, p. 218, grifos nossos).

### 3 AS TENDÊNCIAS À CRISE DO ESTADO SOCIAL: CONCEITO E TIPOLOGIA.

Para Habermas, o projeto do Estado de bem-estar social carrega uma contradição imanente entre o seu *método* e o seu *objetivo*. Pois, enquanto o seu projeto objetiva a construção de formas de vida igualitárias, por meio de prestações positivas, porém que deveriam ceder espaços de ação para a autorrealização dos indivíduos, a sua execução acarreta uma sobrecarga do *medium* do poder, já que o seu objetivo não pode ser alcançado diretamente pela instituição jurídico-administrativa de programas políticos (HABERMAS, 2015a, p. 224).

Entretanto, em que pese o esgotamento das energias utópicas da sociedade do trabalho que forneceram substrato normativo a esse Estado de bem-estar social, seu projeto não pode ser abandonado irrefletidamente. É certo que a onda de desenvolvimento social e econômico gerada pelas suas instituições não possui qualquer precedente nas sociedades democráticas ocidentais, nem quanto às funções que o Estado de bem-estar social emprega, nem quanto às demandas racionalmente justificadas que ele satisfaz, ainda mais em termos de democracias no seio do capitalismo periférico. Porém, é essa falta de alternativa que coloca o dilema de que o capitalismo desenvolvido não se sustenta sem o Estado de bem-estar social, ao mesmo tempo em que não consegue subsistir a mais uma ampliação deste (HABERMAS, 2015a, p. 225). Assim, cabe compreender como se dão as crises internas ao modelo do Estado de bem-estar social, bem como este é capaz de assimilar a tensão entre capitalismo e democracia.

Falamos objetivamente de *crises dos sistemas sociais* porque elas são suscitadas por problemas de direcionamento (*steering*) não resolvidos. A elas se conectam as crises de identidade, porque os problemas de direcionamento criam perturbações passíveis de ameaçar a própria integração social no mundo da vida (HABERMAS, 1975, p.4).

No capitalismo liberal, as crises aparecem *sob a forma* de problemas econômicos de direcionamento não resolvidos (HABERMAS, 1975, p.24). Os riscos para a integração sistêmica se apresentam imediatamente como riscos para a integração social (HABERMAS, 1975, p.25). A fun-

ção de integração social é transferida diretamente para um sistema que primariamente cumpre funções de integração sistêmica, mas isso só é possível porque no capitalismo liberal as relações de classes são institucionalizadas através do mercado de trabalho e são despolitizadas. Ao regular a alocação dos bens e da força de trabalho através do mecanismo do dinheiro, os processos de troca servem à formação e à auto-realização do capital. O processo de acumulação, em seu percurso prenhe de crises, encerra o segredo da “contradição” adstrito ao modo de produção capitalista (HABERMAS, 1975, p.30).

As tendências de crises (econômica; de racionalidade; de legitimidade; de motivação) emergem de três pontos de origem (sistema econômico; sistema político; sistema sócio-cultural).

Habermas pressupõe a transição do modelo capitalista liberal para o modelo do capitalismo organizado. Essa nova estrutura refere-se a duas classes de fenômenos relacionados ao processo de acumulação (HABERMAS, 1975, p.33-35). De um lado, ao processo de concentração econômica, com a ascensão de corporações nacionais e multinacionais, bem como à organização dos mercados de trabalho, de bens de consumo e de bens de capital. De outro lado, refere-se ao fato de que o Estado agora intervém no mercado à medida que se desenvolvem lacunas funcionais. Não obstante, *parece a Habermas que tanto o planejamento político quanto a alocação de recursos, bem como o notável fim do capitalismo competitivo são já as marcas indelévels de uma transformação estrutural do capitalismo* (HABERMAS, 1975, p.34).

O sistema econômico requer o *input* de trabalho e capital. O *output* desta estrutura são valores de consumo, distribuídos ao longo do tempo de acordo com a quantidade entre os estratos sociais (HABERMAS, 1975, p.45-46). Perturbações derivadas de um *input* inadequado são atípicas do modo de produção capitalista. As perturbações do capitalismo liberal foram crises do *output*. Contudo, para Habermas, o aparato estatal não obedeceria à lógica da lei do valor de uma maneira natural e não planejada. *Essa teoria da agência, talhada para o capitalismo avançado, concebe o Estado como um capitalista coletivo potente que faz da acumulação do capital a substância do planejamento político* (HABERMAS, 1975, p.46).

Habermas (1975, p.34-36) considera ainda, no que tange ao sistema político, um “sub-sistema administrativo” que realiza imperativos do sistema econômico que podem ser ordenados em duas perspectivas: através do *planejamento global* a Administração regula o ciclo econômico

como um todo, bem como cria as condições para a utilização do excedente de capital acumulado. Ocorre que ele é limitado negativamente pela disposição privada dos meios de produção, liberdade dos investidores, e positivamente pelo imperativo de evitação de instabilidades. Por isso as intervenções do Estado assumem a face reativa de estratégias de evitação de crises inseridas em sistemas de metas pré-definidas e determinadas por um acomodamento entre imperativos de crescimento, estabilidade monetária, pleno emprego, e balança comercial. O *sistema político* se torna dependente de um *input de lealdade difusa das massas*. O *output* consiste em decisões administrativas soberanamente executadas (HABERMAS, 1975, p.46). Aqui, as crises de *output* assumirão formas de crises de racionalidade nas quais o sistema administrativo não logra conciliar os imperativos emanados do sistema econômico. As crises de *input* tomarão a forma de crises de legitimação.

Sob a base de compromissos de classe, o sistema administrativo ganha uma capacidade planificadora limitada, que pode ser usada dentro da matriz de uma aquisição democrático-formal de legitimação para motivar a intervenção reativa do Estado. Contudo, os três elementos que explicam as tendências de crise de racionalidade são outros. Primeiro, as próprias formas de decidir se alteram nos setores monopolista e público, adquirindo a feição de uma política de investimento e se distanciando da ideia de escolha racional (HABERMAS, 1975, p.66). Além disso, crescem as esferas ocupacionais nas quais o trabalho abstrato é fortemente substituído pelo trabalho concreto orientado por valores de uso. Adicionalmente, a proporção profissionalmente inativa da população cresce. Esses “corpos estrangeiros” ao emprego do capital proliferam-se à medida que a produção se socializa e possuem um efeito restritivo sobre o planejamento administrativo (HABERMAS, 1975, p.67). Essa orientação por valores não monetários passa a enfraquecer as orientações abstratas por valores de troca o que, contraditoriamente, enfraquece também o sistema político.

As crises de *input* do sistema político desvelam a existência de um “sub-sistema de legitimação”. É que a ideologia burguesa da troca justa colapsa sob a aparência de fraquezas funcionais no mercado e efeitos colaterais disfuncionais nos mecanismos de direção (HABERMAS, 1975, p.36). O Estado não pode, como no capitalismo liberal, simplesmente assegurar as condições gerais para reprodução do capital, ele está engajado ativamente na reprodução e, portanto, carece de legitimação. Além disso, os resíduos da tradição aos quais se associou o capitalismo liberal,

foram minados e desencantados no redemoinho do desenvolvimento capitalista. Esse problema é resolvido através de um sistema de democracia formal. *A participação genuína dos cidadãos em processos de formação política da vontade levaria a contradições inconscientes entre produção administrativamente socializada e contínua apropriação privada e uso do mais-valor.* Para que se imunize essa contradição de qualquer tematização, o sistema administrativo deve se tornar suficientemente independente do sistema de legitimação. No domínio público estruturalmente despolitizado, a necessidade de legitimação é reduzida a duas exigências residuais: a primeira, o privatismo cívico (abstenção política combinada com uma orientação para a carreira, o lazer e o consumo), promove a expectativa de recompensas adequadas ao sistema, quais sejam, dinheiro, tempo de lazer e seguridade (HABERMAS, 1975, p.37). A segunda exigência é de justificação da despolitização estrutural ela mesma.

Porque as crises econômicas foram plasmadas na sobrecarga sistêmica do aparato estatal, as consequências para a falha na gestão administrativa de crises são graves. Isso acontece porquanto ela fica aquém de demandas programáticas que ela colocou sobre si mesma. A pena para essa falha é a perda de “montes” de legitimação (HABERMAS, 1975, p.69). A identidade social determinada indiretamente através da capacidade de integração social é constantemente corroída sob a base da estrutura de classes. Através dos filtros fiscal e administrativo as tendências de crise tornam as frentes de oposição de classe menos compreensíveis e, por outro lado, possibilitam que conflitos secundários sejam incensados e se tornam questões de legitimação (HABERMAS, 1975, p.69). Isso explica a necessidade funcional de autonomizar sistema de legitimação e sistema administrativo. Enquanto o programa do Estado de Bem Estar Social em conjunção com um inconsciente coletivo tecnocrático for capaz de manter um suficiente grau de privatismo cívico, as exigências de legitimação não precisam desembocar numa crise. Uma crise de legitimação, então, deve ser fundada numa crise de motivação, isto é, numa discrepância entre a necessidade de motivos declarada pelo Estado, sistema educacional e sistema ocupacional por um lado, e a motivação suprida pelo sistema sócio-cultural, por outro lado (HABERMAS, 1975, p.74-75).

O sistema sócio-cultural recebe seu *input* dos sistemas econômico e político, sob a forma de bens e serviços, bem como de atos legais e administrativos e etc. (HABERMAS, 1975, p.48). Crises no *output* dos dois sistemas se manifestam como perturbações no *input* do sistema sócio-cultural e são traduzidas em crises de legitimação. Isso porque



as tendências de crise já mencionadas podem explodir somente através do sistema sócio-cultural. Ora, a integração social de uma sociedade é dependente do *output* do sistema sócio-cultural: diretamente das motivações que ele supre ao sistema político na forma de legitimação e indiretamente na forma de motivações para performar que ele supre para os sistemas ocupacional e educacional. Uma vez que o sistema sócio-cultural não organiza o seu próprio *input*, crises neste sistema são sempre crises do *output*. Crises de legitimação resultam da carência de legitimidade emergente das mudanças no sistema político “a descoberto”. Crises de motivação são resultado de perturbações experimentadas no sistema sócio-cultural.

Há crises de motivação quando o sistema sócio-cultural se altera de forma que o seu *output* se torna disfuncional para o Estado e para a divisão social do trabalho (HABERMAS, 1975, p.75). As suas contribuições-chave nas sociedades capitalistas avançadas consistem em síndromes de *privatismo cívico* e em síndromes de *privatismo familiar-vocacional*. O primeiro significa um interesse em prestações específicas do sistema administrativo conjugado com uma baixa participação no processo de legitimação. O segundo consiste numa orientação familiar com interesses desenvolvimentos em consumo e lazer, por um lado, e em orientações de carreira orientadas por competição por status, de outro lado. Ambas as tendências de motivação são importantes para a subsistência dos sistemas político e econômico: por isso é que defender a ideia de que esses padrões de orientação estão sendo sistematicamente distorcidos exige a satisfação de dois ônus de prova. Primeiro, devemos demonstrar a erosão das tradições em contextos nos quais essas atitudes eram produzidas. Segundo, devemos mostrar que não existem equivalentes funcionais para as tradições corroídas, vez que foram substituídas pela lógica do desenvolvimento de estruturas normativas. Em síntese, aqui, Habermas defende a ideia de que, no longo prazo, o sistema sócio-cultural não será capaz de reproduzir a síndrome privatística necessária para a subsistência dos sistemas (1975, p.78). *Um dos motivos para essa hipótese é que as estruturas normativas desnudadas, quer dizer, os resíduos de visões de mundo da cultura burguesa (que Habermas encontra na moralidade comunicativa, de um lado, e nas tendências à arte pós-aurática de outro lado) não admitem quaisquer equivalentes funcionais para os padrões de privatismo motivacional destruídos* (HABERMAS, 1975, p. 79).

#### 4 PARA UM CONCEITO DE MODERNIDADE

Se a Modernidade pode ser definida por meio da tensão entre imperativos sistêmicos e expectativas oriundas de um mundo da vida linguisticamente estruturado, precisamos, todavia, de nos afastar da maneira específica como Habermas concebe tanto os imperativos sistêmicos quanto a relação entre eles e as expectativas normativas numa rede comunicativa contrafaticamente livre de coerção (GOMES, 2019, p.253).

O frankfurtiano rejeita a centralidade da categoria “trabalho” para a teoria social, sob a argumentação de que Marx erguera esse conceito porque pôde observar como as estruturas da sociedade burguesa eram cada vez mais fortemente marcadas pelo trabalho abstrato (GOMES, 2019, p.258). Contudo, entenderá que essa influência se enfraqueceu com o tempo.

Ocorre que se essa tendência empírica se desenhou no hemisfério norte, isso não pode

[...] justificar por si o abandono da categoria do “trabalho”: as mudanças pelas quais vem passando desde meados do século XIX, a economia capitalista não alteraram sua condição específica de modo de produção capitalista. Como o “trabalho” a exploração do “mais-trabalho” sob a forma do “mais-valor” - propiciando assim a autovalorização do capital - são os traços distintivos desse modo de produção, enquanto ele permanecer como tal o “trabalho” permanecerá como a categoria primeira para qualquer empreendimento crítico (GOMES, 2019, p.258).

Habermas supõe que as estruturas formais da ação comunicativa e da racionalidade comunicativa podem ser reconstruídas de dentro, a partir da lógica interna de desenvolvimento necessário da visão de mundo moderna: este não é um pressuposto arbitrário (GOMES, 2019, p.259). Faz-se derivar, ao contrário, da sua concepção de evolução social segundo a qual a evolução social somente tem lugar quando problemas da relação entre sociedade e entorno encontram caminhos de solução internamente à visão de mundo já vigente naquela sociedade e, assim, catalisam processos de aprendizagem social (GOMES, 2019, p.259). Com Gomes (2019, p.259-260), precisamos retornar a Karl Marx, para quem as contradições reais entre forças produtivas e relações de produção é que forçam o processo evolutivo através da história e forjam as soluções

para os problemas que lhe sejam correspondentes (2019, p.259-260). Tudo isso preservando a dignidade do projeto habermasiano. Mas entendemos que o potencial da racionalidade comunicativa, projetado no horizonte da modernidade, só se desata quando as exigências imanentes à economia de troca vão dissolvendo todo o antigo corpus normativo que impedia o livre desenvolvimento do modo de produção capitalista e a libertação de um grau mais elevado do potencial de racionalidade embutido em práticas comunicativas contrafaticamente livres de coerção externa (GOMES, 2019, p.260).

Chega-se à definição da Modernidade

não apenas como “interpenetração e oposição dos imperativos do sistema e do mundo da vida”, mas como tensão constante entre imperativos derivados do modo de produção capitalista e expectativas normativas igualitárias e universalizáveis oriundas de um mundo da vida contrafaticamente estruturado por uma comunicação linguística livre de coerção e com potencial de transcender contextos (GOMES, 2019, p.258-259).

## **5 AS FORÇAS REATIVAS À CRISE DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E À DESPEDIDA DAS ENERGIAS UTÓPICAS DA SOCIEDADE DO TRABALHO DO ESPÍRITO DO TEMPO**

Tendo em vista a retirada das energias utópicas da sociedade do trabalho da consciência de tempo moderna, bem como as crises do Estado de bem-estar social, tendências políticas e filosóficas surgiram reativamente ao dilema posto pela concomitante *conservação do Estado de bem-estar social* e do *desenvolvimento capitalista*, em especial aquelas que Habermas chama de *legitimistas* e de *neoconservadores*, respostas estas que expressam uma consciência histórica privada de uma dimensão utópica (HABERMAS, 2015a, p. 232).

Por um lado, os *legitimistas* - considerados sociais-democratas de direita - são os que buscam conservar o que foi até então alcançado, estes esperam alcançar um equilíbrio entre o desenvolvimento do Estado de bem-estar social e a modernização por meio da economia de mercado. Entretanto, retiram do projeto do Estado de bem-estar social justamente os seus componentes normativos ligados à utopia da sociedade do traba-

lho: “renunciam à meta de superar o trabalho heterônomo a ponto de o *status* de cidadão livre e com iguais direitos, estendido à esfera da produção, poder se tornar o cerne cristalizador de formas de vida autônomas” (HABERMAS, 2015a, p. 226).

Já os chamados *neoconservadores* - iniciados por governos neoliberais como o de Reagan e de Margaret Thatcher - são os grandes críticos do Estado de Bem-estar social. Segundo Habermas, são três as características desta vertente política. A primeira delas é o empenho em um projeto econômico que se volta em primeira instância para a melhora das condições de valorização do capital e do processo de acumulação. Ao retirar da consciência de tempo os conteúdos normativos utópicos, ou seja, *desfeita as relações internas entre a modernidade e a sua auto-compreensão conquistada no horizonte da razão ocidental*, resta para estes os processos de modernização somente de um ponto de vista sistêmico. Assim, a modernização social, considerada auto-suficiente, se destaca de uma modernidade cultural considerada obsoleta e se torna um processo que opera apenas segundo as leis funcionais do Mercado e do Estado, da técnica e da ciência (HABERMAS, 2000, p. 6). A segunda característica diz respeito à crença de que os custos de legitimação do sistema político devem diminuir, em um desacoplamento forçoso entre a administração e a formação pública da vontade (HABERMAS, 2015, p. 227). Por fim, a terceira característica perpassa a esfera cultural, a qual recebe a função de desacreditar os intelectuais, considerando-os como uma camada improdutiva do modernismo, já que os valores pós-materiais, as necessidades de autorrealização do sujeito e os juízos de uma moral universalista são consideradas uma ameaça aos fundamentos de uma sociedade em que há uma esfera pública despolitizada. Além disso, a cultura age também para a conservação dos valores tradicionais, do patriotismo e da religião burguesa (HABERMAS, 2015, p. 228).

Nesse cenário em que uma economia de mercado cada vez mais complexa não se deixa mais se transformar democraticamente, mas também o aumento exacerbado do aparelho burocrático-estatal passa a avançar sobre os espaços do mundo da vida dos seus beneficiários potenciais, é necessário buscar para além de soluções que recorrem ao *meio supostamente neutro do poder político-administrativo* (HABERMAS, 2015, p. 231). Isso é possível se a resposta orientar-se para a ofensiva de uma etapa reflexiva mais elevada, em que não somente os imperativos sistêmicos do Mercado, mas também do poder administrativo possam ser domados. Nesse sentido, o potencial de reflexão enseja uma mudança na relação

entre as esferas públicas autônomas e os locais de ação dominados pelos *medium* do direito e do poder, em um paradigma onde seja possível a universalização democrática dos campos de interesse e uma justificação racional e universal de normas de ação (HABERMAS, 2015, p. 231). Tais posicionamentos são mais pormenorizadamente explicitados em sua notória obra sobre o direito e a democracia: “Facticidade e Validade” (1992).

## **6 O DES-COBRIMENTO DO NEXO INTERNO ENTRE ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA: A NECESSÁRIA DISSOLUÇÃO DA IMAGEM PRODUTIVISTA DE UMA SOCIEDADE ECONÔMICA NOS MOLDES DO CAPITALISMO INDUSTRIAL.**

Até a obra “Facticidade e Validade”, a visão habermasiana do Direito era cética. Nessa obra de maturidade, essa posição não se torna ingênua, mas se altera:

Assim, pelo fato de estar vinculado tanto ao dinheiro e ao poder administrativo *quanto à solidariedade*, o direito lida em suas operações de integração com imperativos de diferentes proveniências. Mas em lugar algum está escrito nas normas jurídicas *como* equilibrar estes imperativos. [...] Porém, nos imperativos funcionais do aparelho estatal, do sistema econômico e de outros domínios sociais deixam-se penetrar com frequência interesses não filtrados normativamente, porque são os mais fortes e podem se servir da força legitimadora da forma jurídica a fim de encobrir sua capacidade de imposição meramente factual. Por esta razão, enquanto meio de organização de uma dominação política que remete aos imperativos funcionais de uma sociedade econômica diferenciada, o direito moderno continua sendo um *medium* profundamente ambíguo. Muito frequentemente, o direito empresta ao poder ilegítimo apenas a aparência de legitimidade (HABERMAS, 2020, p.76-77).

Ao reconstruir a relação externa entre facticidade e validade, quer dizer, a tensão entre a autocompreensão normativa explicada com o auxílio da teoria do discurso e a facticidade social dos processos políticos mais ou menos decorridos nas formas do Estado de Direito (2020, p.370), a questão ganha ainda outros contornos. O sistema de direitos precisa não apenas ser interpretado e configurado na forma de constituições históricas, mas *implementado em ordens institucionais*. E aqui dará de cara

com a resistência dos imperativos sistêmicos. É claro, simultaneamente irá ancorar no mundo da vida as condições de reprodução dos sistemas.

A teoria do discurso, pois, eleva-se à intersubjetividade de ordem superior dos processos de entendimento efetuados nos procedimentos democráticos *ou* nas redes de comunicação de esferas públicas políticas (HABERMAS, 2020, p.382). O fluxo comunicativo entre formação pública da opinião, eleições e resoluções legislativas deve garantir que a influência produzida publicamente e o *poder desencadeado comunicativamente* sejam transformados pela legislação em *poder empregado administrativamente*. Preservam-se as fronteiras entre Estado e sociedade civil. A sociedade civil é algo de todo diferente do sistema econômico e da administração pública, aproximando-se muito mais de um fundamento social de esferas públicas autônomas. Dessa compreensão da democracia resulta *normativamente* a exigência de um deslocamento de peso na relação daqueles três recursos (dinheiro, poder, *solidariedade*), a partir dos quais as sociedades modernas satisfazem sua necessidade de *integração* e controle. As implicações normativas são claras: a força sócio-integradora da solidariedade, que não pode mais ser extraída unicamente das fontes da ação comunicativa, deve ser desenvolvida mediante esferas públicas autônomas amplamente diversificadas e procedimentos de formação democrática da opinião e da vontade institucionalizadas segundo o Estado de Direito, além de ser afirmada pelo medium do Direito ante os outros dois mecanismos de integração social (HABERMAS, 2020, p.383).

Só o sistema político pode agir: é um sistema parcial especializado em tomar decisões coletivamente vinculantes, ao passo que as estruturas comunicativas da esfera pública formam uma vasta rede de sensores que reagem à pressão de situações problemáticas do todo social e estimulam a produção de opiniões influentes. Ao conceito discursivo de democracia corresponde a imagem de uma sociedade descentrada que, junto à esfera pública política, diferencia, no entanto, uma arena para percepção, identificação e tratamento de problemas da sociedade em seu todo (HABERMAS, 2020, p.384-385). Abandona-se a formação de conceitos nos termos da filosofia do sujeito e o *self* de uma comunidade jurídica que organiza a si mesma pode, enfim, desaparecer nas formas de comunicação desprovidas de sujeito.

A concorrência entre os paradigmas jurídicos dominantes ocultou por muito tempo o nexos interno entre Estado de Direito e democracia (HABERMAS, 2015b, p.131). O paradigma jurídico liberal deixa a sociedade por conta da atuação espontânea dos mecanismos de mer-

cado, é a “sociedade de direito privado talhada à medida de sujeitos de direito que prosseguem os seus planos de vida racionais” (HABERMAS, 2015b, p.131-132). A expectativa normativa ligada a esta construção é que a justiça social possa produzir-se através da garantia de tal estatuto jurídico negativo (HABERMAS, 2015b, p.132). O paradigma do Estado Social levanta a objeção óbvia de que, para a liberdade de “poder ter e adquirir” garantir a justiça social, tem de existir uma igualdade do que se “pode em termos jurídicos”. E então, por um lado, as normas existentes do direito privado são especificadas quanto ao seu conteúdo e, por outro lado, são introduzidos direitos fundamentais de caráter social que fundamentam as pretensões a uma distribuição mais justa da riqueza produzida pela sociedade.

No decurso posterior da dialética entre a liberdade jurídica e a liberdade fática, ficou patente que *estes dois paradigmas jurídicos estão igualmente alinhados com a imagem produtivista de uma sociedade econômica nos moldes do capitalismo industrial que se pretende que funcione de tal modo que a expectativa de justiça social possa ser alcançada através da garantia, sob autonomia privada, de concepções sempre próprias da vida boa*. A única discordância é quanto a como a autonomia privada pode ser garantida: imediatamente através de liberdades, ou mediamente, através de prestações sociais? (HABERMAS, 2015b, p.132).

A essa controvérsia, segue-se uma a resposta deflacionada oferecida pelo paradigma procedimentalista do Direito, segundo o qual o processo democrático tem de assegurar, *uno actu*, a autonomia privada e pública. Os direitos subjetivos que devem garantir aos cidadãos uma organização da vida em regime de autonomia privada nem sequer podem ser formulados de forma adequada se os próprios afetados não começarem por articular e fundamentar, em discussões públicas, os aspectos respectivamente relevantes para o tratamento igual e desigual de casos típicos. autonomia pública e autonomia privada são co-originárias e equi-primordiais. (HABERMAS, 2015b, p. 134).

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante a perda da força de convencimento da utopia ligada à sociedade do trabalho e o esfacelamento das suas energias, não é possível defender a tese de que o horizonte de expectativas se fechou

de um modo geral às energias utópicas como um todo, as quais se inserem na consciência histórica. Nesse sentido, uma vez que o Estado de Bem-estar social perde a força de abrir possibilidades futuras para uma vida coletivamente melhor e menos arriscada, o seu projeto voltado para uma reflexividade superior orienta os conteúdos normativos para o cerne do conceito de “comunicação”. Não basta, portanto, aquele projeto de racionalidade formulado pela filosofia da *práxis*, comprometida com o paradigma da produção. É necessário dar um passo além para a fundamentação da razão como uma ideia contida nas relações comunicativas entre os sujeitos, pois, a perspectiva de emancipação só pode se originar de um *paradigma de ação orientada para o entendimento recíproco, o qual considera a racionalidade não só como a razão instrumental, mas uma razão implícita na prática comunicativa cotidiana que eleva o seu conceito ao da racionalidade comunicativa* (HABERMAS, 2000, p. 110).

Assim, com o deslocamento para o chamado “paradigma da sociedade da comunicação” (HABERMAS, 2015, p. 237) as pretensões dos projetos se reduzem àquele conteúdo utópico que se insere na práxis cotidiana comunicativa dos indivíduos, bem como em um procedimento de formação da vontade que é capaz de fornecer aos seus participantes que estes realizem, por vontade e iniciativa próprias, as suas possibilidades concretas de uma vida emancipada (HABERMAS, 2015, p. 238). A consequência dissonante ligada ao esgotamento das energias utópicas da sociedade do trabalho pode ser a necessidade de encarar a política como, pelo menos, algo mais que um sistema, abrindo mão de propostas não mediadas para a resolução de crises, pois nem a mobilização de recursos monetários é suficiente para compensar déficits democráticos nas tomadas de decisão, ou, nem mesmo pode compensar erosões institucionais provocadas por atores vinculados aos mercados quanto à possibilidade de autodeterminação política da sociedade civil.

Nesse sentido, o próprio discurso filosófico da modernidade rende um precipitado que pode ser conservado com o giro procedimental, capaz de fornecer uma alternativa tanto ao paradigma jurídico do Estado de Bem-estar Social quanto ao paradigma jurídico liberal, que passam a concorrer no seio de um terceiro paradigma, o do Estado Democrático de Direito. Se o que se pretende é a renovação das energias utópicas fundadas em um conteúdo normativo da modernidade, é preciso compreender como é posta a relação entre modernidade e racionalidade. Isso porque se desfeita tal relação, é provável que o remanescente da modernidade seja afirmado na senda de processos regidos pelas leis do Mercado e do Estado, que desacreditam os esforços de autorrealização, autodeterminação



e autoconhecimento dos sujeitos. Já entre os que creem vivermos uma pós-modernidade, por não entenderam que há um desacoplamento entre modernidade e racionalidade, reclamam tanto o fim daquele quanto deste, ao negar radicalmente tanto os imperativos sistêmicos do modo de produção capitalista quanto o potencial emancipatório da razão.

A modernidade, entendida por Habermas como um projeto inacabado, só pode ter o seu conteúdo normativo recuperado acaso se apos- te em uma racionalidade cuja transcendentalidade é *fraca*. Ou seja, as energias utópicas da sociedade podem ser renovadas se o seu conteúdo assimilar as condições necessárias de uma práxis discursiva das formas de vida possíveis, condições capazes de fornecer aos participantes os recursos para que eles próprios possam realizar a possibilidade de um futuro concreto emancipado, fundando-se, em último, em uma racionalidade que é ela mesma comunicativa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GOMES, David F. L. **A Constituição de 1824 e o Problema da Modernidade: o conceito moderno de constituição, a história constitucional brasileira e a teoria da constituição no Brasil.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

HABERMAS, Jürgen. **A Nova Obscuridade.** São Paulo: Unesp, 2015a.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade.** São Paulo: Unesp, 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Legitimation Crisis.** Boston: Beacon Press, 1975.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. Sobre o nexó interno entre o Estado de direito e a democracia. In: **Obras Escolhidas de Jürgen Habermas, v.4.** Lisboa: Editora 70, 2015b. pp. 123-134.

# A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ESFERA PÚBLICA: UMA LEITURA DO MODELO DISCURSIVO DE HABERMAS

## FREE SPEECH IN THE PUBLIC SPHERE: A READING OF HABERMAS' DISCURSIVE MODEL

Bárbara Batalha da Silva

**RESUMO :** Este ensaio teórico aborda a compreensão problemática da liberdade de expressão a partir de uma interpretação da estrutura comunicativa da esfera pública habermesiana. Embora a categoria tenha passado por reformulações e críticas diversas, busca-se apresentar um conceito de esfera pública aplicável ao pensamento atual de Habermas. Demonstra-se que a interação intersubjetiva neste âmbito observa uma práxis argumentativa arquitetada por certos pressupostos pragmáticos. Ao interpretar esses pressupostos, deriva-se uma norma de igual respeito que condiciona a liberdade de expressão. Argumenta-se que a aplicação dessa norma no plano horizontal compromete um ambiente discursivo vigoroso, plural e democrático. Pelos ensinamentos de Dworkin, conclui-se que o respeito é um dever exigível apenas do Estado em relação aos cidadãos, sob risco de proteger-se uma igualdade que oculta um ideal do politicamente correto. Finalmente, mostra-se que uma sociedade complexa cujos membros sejam autogovernantes atribui a mesma liberdade de expressão para todo indivíduo, por mais que suas perspectivas sejam percebidas como abomináveis, falsas ou erradas, o que aponta para a inadequação do modelo discursivo de Habermas.

**PALAVRAS-CHAVE:** esfera pública, liberdade de expressão, igual respeito.

**ABSTRACT:** This theoretical essay grasps the problematic understanding of free speech when interpreting the communicative structure of the habermesian public sphere. Although the category has undergone several reformulations and criticisms, this essay sought to present a concept of the public sphere that reflects Habermas' current comprehension. It demonstrates that the intersubjective interaction in this scenario follows an

argumentative praxis designed by certain pragmatic assumptions. When interpreting these assumptions, it is possible to extract a norm of equal respect that restricts free speech. It is argued that the horizontal application of this standard compromises a vigorous, plural and democratic discursive environment. In light of Dworkin's views, the conclusion is that, at the risk of protecting a concept of equality that conceals an ideal of political correctness, only the State has a duty to respect its citizens. Finally, it is shown that a complex society whose members are self-governing beings concedes free speech to every single individual, no matter how abominable, false or wrong their opinion might seem, which points to the inadequacy of Habermas' discursive model.

**KEY-WORDS:** public sphere, free speech, equal respect.

## 1 INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, inexistente um *ethos* fundador da comunidade política ou qualquer concepção substancial que una as pessoas em torno de um bem comum. As sociedades são modernamente complexas, permeadas por intensos processos de individualização e de diferenciação, e marcadas por lutas por reconhecimento, conflitos entre visões de mundo e divergências ideológicas inconciliáveis. Diante dessa pluralidade tensional, a coordenação e a integração social se apresenta como uma questão problemática. Como nutrir a convivência harmônica sem, contudo, apelar para determinada metafísica, religião ou razão?

Habermas reage ao desafio apresentado com um procedimento discursivo-argumentativo de formação de entendimentos, concepções e interesses compartilhados que fundamentam a integração social. Sua estrutura é complexa, disciplinada e, em tese, imparcial, regida por ideais de ampla inclusão, de sinceridade e de ausência de constrição. Os resultados dessa práxis moldam o ambiente político e moral e, por serem construídos pelos cidadãos, permitem que estes desenvolvam um senso de pertencimento à comunidade e se compreendam como agentes ativos que determinam os rumos dela. O procedimento discursivo-argumentativo é, portanto, elemento essencial para uma democracia de autogoverno.

Com isso, desenha-se uma comunidade comunicativa ideal que serve de referência para a comunidade comunicativa real. Idealmente, os cidadãos na esfera pública estabelecem um diálogo acerca de algum tema-problema de interesse geral e colocam suas opiniões em disputa. Pela força do melhor argumento, a posição mais rica em razões – aquela que não foi desbancada por nenhuma outra – se lança como o entendimento mais adequado para o problema em mãos. Esse entendimento deve, então, orientar os planos de ação dos cidadãos e a tomada de decisões pelo sistema político.

A situação de fala descrita pressupõe um direito não só de falar, mas também de ser ouvido. O diálogo se opera entre aqueles que se reconhecem como iguais e se desenrola sob termos respeitosos, tal que as perspectivas de cada um sejam levadas em consideração. Ao analisar essa conjuntura, extraímos uma norma de igual respeito que, como será argumentado, atrela o exercício da liberdade de expressão a um agir autônomo moral e público. Contudo, ao mesmo tempo em que Habermas compreende a democracia plural como aquela que conserva uma neutra-

lidade ideológica, seu modelo discursivo dá margem para a exclusão de contribuições prejudicadas moralmente erradas, i.e, de discursos que negam respeito ao outro ou que deixam de reconhecer o outro como igual. Ante o paradoxo, o objetivo deste artigo é investigar a adequação dessa exclusão para uma sociedade liberal democrática.

É intuitivo recusar a expressão de discursos machistas, fundamentalistas, homofóbicos, etc., na medida em que pregam por um mundo homogeneizante e excludente. E a democracia, segundo Habermas, precisa se autodefender e se atentar para seus inimigos, para aqueles que abusam dos seus direitos subjetivos na tentativa de solapar esses mesmos direitos do outro. Entretanto, a partir dos ensinamentos de Dworkin, identificamos que a restrição da liberdade de expressão nesses termos é incompatível com uma democracia que opere para além de qualquer concepção substancial particular, pois ela confunde a ideia de igualdade com um ideal de politicamente correto. Se a democracia é uma parceria coletiva de autogoverno em que os cidadãos são todos reconhecidos como agente morais responsáveis – e este é o pensamento de Dworkin –, todos devem ter a mesma oportunidade de expressar sua opinião no debate na busca pelo convencimento, por mais abominável, abjeto ou antidemocrático que ela possa aparentar. Essa oportunidade não é uma garantia de que a opinião será ouvida ou levada a efeito. Ela é uma exigência de um Estado que trata todos com igual respeito e consideração. Se, de um lado, Habermas concebe o respeito como um dever aplicável no plano horizontal, em Dworkin, ele se limita ao plano vertical. O que esse artigo procura argumentar é que apenas essa segunda abordagem reflete um comprometimento efetivo com a pluralidade, com o não dogmatismo e com a abertura discursiva.

## 2 A IDEIA DE ESFERA PÚBLICA EM HABERMAS

Segundo Habermas, a estrutura da sociedade pode ser compreendida por um modelo dual no qual se encontra o (1) mundo da vida e o (2) sistema. De maneira bastante sucinta, (1) é o conjunto de domínios sociais compartilhados pelas pessoas em geral, orientadas por ações às quais se pode atribuir um sentido construído linguística e intersubjetivamente.

O mundo da vida “se forma a partir de uma rede de ações comunicativas<sup>1</sup> ramificadas em espaços sociais e tempos históricos (HABERMAS, 2020, p. 125). Em contrapartida, (2) se refere aos complexos de interações que funcionam por códigos deslinguistificados, i.e, por padrões instrumentais e estratégicos, que não buscam por um entendimento. O sistema se subdivide em mercado e Estado, os quais operam pela lógica do dinheiro e do poder burocrático, respectivamente. O dinheiro, o poder burocrático e a comunicação são todas fontes de integração, tal que não se pode substituir os códigos deslinguistificados pelo agir comunicativo sob risco de perda da funcionalidade do mercado e do Estado. Importa que essas estruturas operem em harmonia, cada uma exercendo o seu papel, a fim de evitar a colonização do mundo da vida pelo sistema.

Nesse cenário, a esfera pública aparece como um componente do mundo da vida. Ela também se reproduz – ao menos idealmente – por meio do agir comunicativo, apropriando-se da linguagem como fonte primária para coordenar as interações que ocorrem em seu âmbito.

A esfera pública pode ser mais aproximadamente descrita como uma rede para a comunicação de conteúdos e tomadas de posição, isto é, de *opiniões*; nela os fluxos comunicativos são filtrados e sintetizados de modo a se condensar em opiniões *públicas* voltadas a temas específicos. Da mesma maneira que o mundo da vida em seu conjunto, também a esfera pública se reproduz mediante a ação comunicativa, para a qual é suficiente o domínio de uma linguagem natural; ela se ajusta à *compreensibilidade geral* da práxis argumentativa cotidiana (HABERMAS, 2020, p. 458).

A esfera pública é uma estrutura social comunicativa abstrata que recruta seu público da esfera privada (HABERMAS, 2020, p. 451). Por meio da troca de experiências, as biografias das pessoas se entrelaçam de modo que queixas semelhantes e desejos de transformação são percebidos e articulados. Um tema emerge das interações simples, é amplificado no contínuo curso comunicativo e dissemina-se para arenas mais largas, chamando a atenção de um público cada vez maior. Este é convidado

1 Marcelo Galuppo ensina que o “agir comunicativo é aquele em que uma pessoa, em sua ação, procura *convencer* outra pessoa de suas pretensões. Nesse caso, e por isso mesmo, esta ação só pode ser de um tipo: falar (comunicar procurando o convencimento). Trata-se, portanto, de um tipo de ação orientada ao entendimento ou, em outros termos, à produção de consenso, o que pressupõe, ao contrário da ação estratégica, *transparência* no comportamento do agente” (GALUPPO, 2002, p. 125).

e estimulado a engajar em um momento de problematização reflexiva em relação ao tema que lhe é apresentado. Esse fenômeno social é o que Habermas compreende como esfera pública. Ela não tem contornos bem delimitados, e sequer poderia tê-los, pois é de sua essência manter uma estrutura dinâmica e porosa, sensível às novas situações problemáticas que ressoam nas histórias de vida.

Essa conceituação afasta a dicotomia público-privada. As esferas não se encontram em tensão, mas se inter-relacionam e se complementam. Ambas são espaços discursivos nos quais alegações e pretensões podem ser levantadas e debatidas. O que as diferencia não são os conteúdos nem as pessoas que circulam por cada uma; são as condições de comunicação que, de um lado, protegem a intimidade da esfera privada e, de outro, a ampla acessibilidade da esfera pública, sem que, com isso, uma se isole da outra (HABERMAS, 2020, p. 464).

A íntima conexão entre a esfera pública e a privada permite que aquela esteja mais atenta às necessidades que afligem as pessoas. Habermas lembra que, em geral, questões concernentes à sociedade como um todo e que precisam ser formalmente consideradas pelas instituições políticas não despertam espontaneamente da consciência dos agentes estatais, mas sim das interações simples que se desenrolam cotidianamente na sociedade. Foi assim que grandes temas da segunda metade do século XX, como a diversidade cultural e étnica, a luta feminista, a corrida armamentista e a imigração, foram problematizados.

Quase nenhum desses temas foi introduzido *inicialmente* pelos expoentes do aparelho estatal, das grandes organizações ou dos sistemas sociais funcionais. Em vez disso, foram lançados por intelectuais, pessoas concernidas, *radical professionals* [profissionais radicais], “advogados” autoproclamados etc. Dessa periferia mais externa, os temas invadem jornais e associações interessadas, clubes, organizações profissionais, academias, universidades, etc., e encontram foros, iniciativas civis e outras plataformas antes que, dado o caso, assumem diversamente o núcleo de cristalização de movimento sociais e novas subculturas. Estes, por sua vez, podem dramatizar suas contribuições e encená-las de maneira tão eficiente que as mídias de massa passam a assumir suas questões. Somente pelo tratamento controverso nas mídias tais temas alcançam o grande público e entram na “agenda pública” (HABERMAS, 2020, p. 483-484).



Traça-se uma espécie de caminho pelo qual o feixe de atenção em relação a algum tema se estende a ponto de adentrar na esfera política formal. Quando uma questão se expande e se abstrai da esfera privada e toma a pauta dos debates entre cidadãos na esfera pública, espera-se que eles formem um entendimento a respeito dela que reflita a opinião pública, a maneira como eles querem que o problema seja abordado e solucionado. E com a ajuda de atores sociais influentes, de associações, de canais de comunicação de massa – como a Internet, os jornais e a televisão –, espera-se que esse entendimento adentre nas eclusas do sistema político e ocupe a agenda das deliberações dos corpos parlamentares, administrativos e jurisdicionais.

A integração social se torna possível quando esses corpos orientam as suas ações com base nesse entendimento. A partir dessa correspondência entre esfera pública e sistema político, os cidadãos conseguem desenvolver um senso de pertencimento à comunidade. Eles se veem como membros ativos que determinam os rumos da sociedade e não como meros receptores daquilo que emana do Estado. Em última instância, eles se veem como autogovernantes. Por outro lado, se o sistema político se manter desacoplado da esfera pública, as decisões tomadas em seu âmbito tendem a ser mal recebidas. Os destinatários as veem com hostilidade, ceticismo e desconfiança. Naturalmente uma sociedade regida por normas estranhas, impostas por terceiros e não compreendidas pelos seus membros, é vulnerável a rupturas e desestabilização.

Não se pode perder de vista que a esfera pública não possui poder decisório. Ela consiste em fontes de comunicação e de discussão dispersas, informais, anárquicas e espontâneas que circulam pelo mundo da vida. Ela se opera pelo fluxo de livre expressão entre aqueles que desejam chegar a um entendimento, formar algum compromisso ou articular posições a respeito de certo problema. Esse fluxo compõe o processo de formação da vontade e da opinião pública, a qual pode, no máximo, exercer influência sobre as ações do Estado. O poder permanece nas mãos deste, pois é apenas na esfera política formal que se institucionaliza a opinião pública na tomada de decisões, na elaboração de leis e na implementação de políticas públicas.

Habermas nega que uma organização política possa ser baseada em conhecimento que ignore as dimensões morais e sociais da integração social. É essencial que o sistema político mantenha-se conectado com o mundo da vida de modo contínuo e permanente, sobretudo porque o entendimento construído pelos cidadãos não é uma posição una e imutá-

vel. Tomado no singular, o termo apenas se refere a certa opinião que, em dado momento, prevaleceu dentre várias outras. A esfera pública atua na formação dessa pluralidade e na seleção, segundo a práxis argumentativa, daquela que melhor reflete o pensamento da sociedade acerca de um tópico específico (HABERMAS, 2006, p. 417).

Essa dinamicidade é vital para que toda opinião seja objeto de reflexão e de revisão segundo a concepção de democratização continuada. Para Habermas, a democracia é um projeto de aprendizagem inacabável, sujeito a progressos e a retrocessos, que revela, ao longo da história, novas significações para o mundo da vida.

Com isso, afasta-se o dogmatismo e sujeita-se todos os ideais, as concepções de certo e de errado, as posições de moralidade e de veracidade à crítica discursiva. As categorias precisam estar sempre sujeitas à disputa para que as pessoas tenham espaço para pensar sobre uma possível atualização do seu significado de acordo com as circunstâncias atuais. A partir dos significados dados no debate, elaboram-se novas compreensões a serem observadas pela sociedade. Assim, cria-se a expectativa nas pessoas de que o projeto democrático será invariavelmente moldado de acordo com o livre convencimento delas.

Embora na esfera pública “se articulam e se acordam as opiniões públicas capazes de exercer influência sobre as instâncias decisórias do sistema político” (MAGRANI, 2014, p. 41), os entendimentos em si possuem uma funcionalidade independente. A esfera pública é palco não só para a formação do ambiente político, mas também para a formação do ambiente moral, local em que as pessoas expressam seus valores e preferências, manifestam suas visões à luz de sua história de vida, formam suas identidades, criam e repensam seus vínculos éticos. Se, na modernidade, a pessoa se vê, antes de mais nada, como um sujeito individual e autônomo, que conduz sua vida segundo seus princípios e suas razões, é preciso que haja um mecanismo que permita a coexistência harmônica entre os diversos projetos de vida. Para o ambiente moral, os entendimentos, então, servem para resolver conflitos de interesses, coordenar ações e estabelecer uma ordem social que acomode a pluralidade. Contudo, sua efetividade não conta com a ameaça da coerção; eles são seguidos pela força de vontade, pela capacidade de o indivíduo deixar suas inclinações pessoais de lado e obedecer àquilo que foi acordado racionalmente. Assim, ao lado da política, tem-se as orientações morais como outra fonte de integração social.

Pode-se, enfim, dizer que a esfera pública é uma arena viva, dinâmica e permanente de “mediação dos processos de articulação dos con-

sensos e reconstruções reflexivas dos valores e das disposições morais e normativas que orientam a convivência social” (MAGRANI, 2014, p. 30). Ela perpassa por todos os domínios e níveis sociais, incorporando, em tese, todos os discursos, as visões de mundo, as perspectivas e os valores que tenham se abstraído da intimidade do âmbito privado e adquirido visibilidade e expressão pública (MAGRANI, 2014, p. 31).

### 3 A ESTRUTURA DISCURSIVA DA ESFERA PÚBLICA

A legitimidade da democracia em Habermas está amarrada a um arranjo comunicativo que se insere no horizonte da esfera pública. A categoria se remete a uma prática social paradigmática na qual cidadãos interagem entre si em iguais condições a fim de responderem a questões de interesse comum. Essa deliberação é condição sem a qual a democracia carece de legitimidade (STAHL, 2020, p. 82), pois, quando a tradição, a religião e a metafísica não são mais capazes de ligar todos os membros a uma mesma comunidade, a construção discursiva de entendimentos se torna a única fonte de coordenação e de integração social entre indivíduos diferenciados.

Para que o entendimento seja uma base razoável para uma prática em comum, ele deve ser o resultado de uma práxis argumentativa livre de dominação, uma espécie de continuação do agir comunicativo em nível reflexivo (HABERMAS, 2008, p. 75). Neste, os cidadãos são desafiados a tomarem posições de sim ou não ante pretensões de validade criticáveis. Eles devem justificar seus pontos de vista e reconhecer os do outro para que possam compreender quais são seus problemas e articular uma solução racional. O cenário argumentativo possui caráter performativo na medida em que, à luz das informações e das razões disponíveis, a força do melhor argumento deve revelar qual a melhor abordagem para certo problema. Dessa forma se terá um entendimento racional, aceitável por todos e que expresse, de modo fidedigno, a opinião pública. É claro que “o que é aceito como racional aqui e agora pode vir a ser falso sob condições epistêmicas mais favoráveis, quando diante de um público distinto ou quando confrontado com futuras objeções” (tradução nossa)<sup>2</sup>. A racionalidade, então, é apenas uma característica transitória que pode ser

2 “What is accepted as rational here and now can turn out to be false under more favorable epistemic conditions, before a different public, or when confronted with future objections” (HABERMAS, 2008, p. 75).

retirada quando, dadas novas circunstâncias, informações e eventos, a sociedade julga que outra opinião é mais adequada.

Ao fim e ao cabo, a esfera pública assume a forma de um espaço interativo que sedia um debate mais ou menos racional. Habermas desenha a arquitetura desse debate por pressupostos comunicativos, entre os quais:

- (a) inclusão: ninguém que poderia fazer uma contribuição relevante pode ser impedido de participar;
- (b) distribuição igualitária das liberdades comunicativas: todos têm iguais oportunidades para fazer contribuições;
- (c) sinceridade: os participantes devem ser sinceros em suas falas;
- (d) ausência de restrições externas contingentes ou de restrições inerentes à estrutura comunicativa: as posições de concordância/discordância dos participantes em relação a alegações criticáveis de validade devem ser motivadas apenas pelo poder de convencimento de razões cogentes (tradução nossa).<sup>3</sup>

Tratam-se de pressuposições pragmáticas imparciais, isentas de um ponto de vista normativo moral, pois

[...] a possibilidade de inserção significa apenas a condição de acesso irrestrito ao discurso, e não a universalidade de uma norma de ação vinculativa, qualquer que seja. A distribuição equitativa de liberdades comunicativas no discurso e a exigência de sinceridade em favor do discurso significam deveres e direitos argumentativos, e de forma alguma morais. Igualmente, a ausência de coação refere-se ao próprio processo argumentativo, e não a relações interpessoais externas a essa práxis (HABERMAS, 2002, p. 59).

A comunicação na esfera pública deve se apoiar na práxis argumentativa sempre que as pessoas se deparem com situações de incerteza, inclusive no curso da “comunicação do dia a dia quando a ruptura das rotinas nos leva a refletir momentaneamente na tentativa de nos assegu-

---

3 “(a) inclusivity: no one who could make a relevant contribution may be prevented from participating; (b) equal distribution of communicative freedoms: everyone has an equal opportunity to make contributions; (c) truthfulness: the participants must mean what they say; (d) absence of contingent external constraints or constraints inherent to the structure of communication: the yes/no positions of participants on criticizable validity claims should be motivated only by the power of cogent reasons to convince” (Ibid., p. 82).

rar de nossas expectativas bem fundadas” (tradução nossa).<sup>4</sup> Os entendimentos obtidos seguindo esse modelo, por sua vez, servirão de base para a coordenação dos planos de ação das pessoas no ambiente moral e para a tomada institucional de decisões que moldam o ambiente político.

Em suma, a qualidade do debate se assenta em ideais de inclusão, de iguais direitos de comunicação, de sinceridade, de ausência de coação e de manipulação (HABERMAS, 2005, p. 384). Ela depende não apenas do direito de expressar os anseios, as ideias e as pretensões, mas também o dever de ouvir e de considerar o lado exposto pelo outro. Dessa forma, delinea-se uma comunidade da comunicação ideal que serve de referência para a elaboração de entendimentos racionais. Trata-se de uma referência, pois os pressupostos são elementos idealizadores que podem ser, no máximo, aproximadamente atendidos. Habermas não ignora as distorções que operam na esfera pública e afastam a comunicação real da ideal. Não obstante, os indivíduos precisam assumir factualmente que os pressupostos estão presentes. Não faria sentido buscar pelo entendimento compartilhado sem supor que as regras do jogo estão sendo obedecidas, pois “no momento em que descobrimos que alguém trapaceia ou manipula ou exclui pessoas ou contribuintes relevantes, percebemos que o jogo acabou” (tradução nossa)<sup>5</sup>.

A aplicação dessa estrutura argumentativa na esfera pública pressupõe o exercício da liberdade de expressão segundo uma interpretação pública de autonomia. A liberdade de expressão se apresenta como um direito essencial para a construção legítima da opinião e da vontade pública. Ela não é apenas um instrumento para os cidadãos influenciarem o processo político institucional, mas também para o desenvolvimento do tipo de autonomia que permite a formação crítica e reflexiva de posições.

Essa formulação demonstra que os cidadãos devem agir na busca por entendimentos que sejam bons para a coletividade, e não meros reflexos das preferências pessoais de cada um. A expressão pública deve ocorrer sob termos respeitosos, racionais e transparentes para que os resultados sejam inteligíveis a todos. Em contrapartida, a expressão pública

4 “[...] everyday communicative practice when the disruption of routines leads us to reflect momentarily in an attempt to reassure ourselves of our well founded expectations” (Ibid.)

5 “[...]the very moment we discover that somebody cheats and manipulates or excludes relevant persons or contributions, we realize that the game is over” (HABERMAS, 2005, p. 385).

deve ser condenada quando ela pretende negar ou desestimular a participação do outro em iguais condições.

Por essa conjuntura, a liberdade de expressão pressupõe uma norma de igual respeito a ser observada no curso do agir comunicativo. Pode-se dizer que ela é corolário dos pressupostos da prática argumentativa, ao considerar que: respeito exige reconhecer a mesma condição de participante a todo cidadão; exige atribuir igual oportunidade para cada um contribuir com a formação do entendimento; exige a declaração de perspectivas sinceras em detrimento do uso de falas estratégicas que pretendem manipular ou excluir. A norma ganha maior sentido quando aplicada para uma sociedade plural por ser uma tentativa de garantir a ampla participação, a inclusão do outro e a tolerância perante o diferente.

As pessoas que aceitam entrar na prática discursiva aceitam a norma tacitamente, uma vez que resultados racionais apenas são possíveis se todos levarem em consideração as visões e as propostas do outro e estiverem vulneráveis ao convencimento. É preciso ter consciência da própria falibilidade e aceitar a superação das posições pessoais se a força do melhor argumento assim determinar. Por outro lado, pode-se negar a liberdade para expressar ideias que desrespeitem o outro – ideias sexistas, fundamentalistas, homofóbicos, racistas, etc. –, porquanto prejudicam a qualidade do entendimento; este não será uma base razoável para uma prática em comum e pode, ao final, comprometer a integração social e a autogovernança. Nesse sentido, Habermas adverte que a democracia deve ficar atenta aos seus inimigos. Ninguém pode fazer uso dos seus direitos e de suas liberdades, previstos igualmente a todos pela ordem legal, na tentativa de abolir essa mesma previsão. Para gozar aquilo que a democracia concede, deve-se aceitar a sua premissa, i.e, deve-se conceder igual respeito a todos. Fala-se, então, de uma democracia autodefensiva (HABERMAS, 2004, p. 8).

A dificuldade apresentada quando se impõe a norma do igual respeito no plano horizontal é que, inevitavelmente, não se reconhece a liberdade para expressar visões de mundo que a rejeitam. Porém, se Habermas compreende a democracia apropriada para uma sociedade complexa como aquela que conserva uma neutralidade ideológica, na medida em que expressões discriminatórias e preconceituosas são visões de mundo, por mais depreciativas que sejam, como fugir de uma denúncia de favoritismo? Parece, então, que a democracia autodefensiva se apropria de “uma concepção moral fundada num ideal de bem comum que pode

servir como justificativa suficiente para o Estado relativizar os direitos individuais, inclusive, a liberdade de expressão” (ASSAF, 2019, p. 177).

Há também uma incoerência quando se aplica a norma na esfera pública, local destinado para a elaboração dos sentidos do mundo, para a alteração das concepções em voga, para a atualização das categorias: quando a troca de ideias, de opiniões e de razões tiver que observar uma premissa que limita os conteúdos expressos, nem todo sentido de mundo, concepção em voga ou categoria é criticável discursivamente. Não se pode defender a troca da sistemática igualitária pela segmentação, não se pode defender a hierarquia social em detrimento à anarquia social, não se pode defender concentração em detrimento da justiça distributiva. Pode-se dizer que todas essas tentativas direcionam a democracia para o seu declínio, mas, como será ainda discutido, trata-se de um risco inevitável quando a sociedade liberal reconhece a responsabilidade moral dos seus cidadãos, colocando a carga destes, e somente destes, o julgamento das ideias.

Ainda, ao atentar para as consequências do raciocínio de Habermas, percebe-se que os próprios pressupostos comunicativos restam comprometidos. Isso porque quem rejeita a norma do igual respeito, ou não poderá participar da formação dos entendimentos, devendo apenas fazer parte de uma sociedade construída por outros, ou deverá ser insincero nas suas alegações, dizendo apenas aquilo que reflete uma perspectiva julgada adequada. E, de acordo com Ronald Dworkin (2006b), uma decisão política que reflita esse tipo entendimento sequer seria legítima, pois não é justa a decisão tomada sem que, antes, todos tenham tido a oportunidade de expressar suas opiniões sobre como ela deveria ser.

Se essa análise estiver correta, Habermas esboça uma comunicação limitada a conteúdos específicos segundo uma classificação na qual certas convicções e práticas não podem ser toleradas em nenhuma hipótese por serem absolutamente erradas – à luz de uma concepção de igualdade que encobre um ideal de politicamente correto –, enquanto que outras, embora contestáveis, podem concorrer pela aceitação no debate. Todavia, o que se verá é que um empreendimento coletivo de autogoverno cujos membros tenham a mesma qualidade de sócios está intimamente ligado a uma ideia de liberdade de expressão incompatível com o direito de ser respeitado. Assim, se a intenção é que a democracia esteja realmente comprometida com o não dogmatismo, com a pluralidade e com a participação de todos, não se pode aceitar o modelo discursivo habermesiano.

#### 4 A ESTRUTURA DISCURSIVA PARA UMA SOCIEDADE LIBERAL DEMOCRÁTICA

A comunidade política de Habermas precisa estar ancorada em uma práxis argumentativa neutra para que as concepções que as constituam possam ser constantemente atualizadas e reformuladas de acordo com as atuais necessidades da sociedade. Embora a forma da prática seja neutra, os conteúdos que fluem nela abarcam as mais diversas razões e posições. Não poderia ser diferente, pois exigir que as pessoas expressem apenas perspectivas imparciais ao engajarem no debate seria presumir que elas possam se desvincular de sua história particular. Se a comunidade é alimentada pelos resultados da práxis argumentativa, ela em si jamais será neutra. Ela é desenhada e redesenhada pelos conceitos e concepções construídos discursivamente.

Para que os indivíduos formem um vínculo com a comunidade, eles precisam ter a oportunidade de participar da esfera pública expressando suas opiniões sinceras. Contudo, como já mencionado, ao interpretar a liberdade de expressão pelos pressupostos comunicativos, Habermas parece supor a existência de um direito ao respeito aplicável no plano horizontal, um direito de ser recebido com simpatia ou de ser entendido com competência. Por mais louvável que seja a intenção, Dworkin argumenta que é inaceitável pensar que a “liberdade de expressão inclui o direito a viver em circunstâncias que nos encorajem a falar e o dever das outras pessoas de compreender e respeitar a nossa voz” (DWORKIN, 2006a, p. 373). Isso porque, ao seu ver, a democracia é um empreendimento coletivo de autogoverno no qual todos os cidadãos têm a mesma oportunidade de serem agentes ativos e parceiros iguais (DWORKIN, 2002, p. 354).

Dworkin (2002) denomina essa abordagem de democracia coparticipativa e a caracteriza por uma estrutura tripartite na qual se encontra:

- (1) soberania popular: na relação entre povo e Estado, o primeiro é titular do poder;
- (2) igualdade cívica: todo cidadão tem igual direito de participar da construção do ambiente político e moral;
- (3) deliberação democrática: uma ação coletiva deve ser antecedida de uma deliberação na qual competem razões a favor e contra ela.



A liberdade de expressão está intimamente ligada a cada dimensão da democracia. No que tange a soberania popular, basta pensar no quão importante é a possibilidade de criticar a condução do ambiente político, externar descontentamento com a forma como um problema foi solucionado e articular uma abordagem diferente. Sem isso, dificilmente pode-se dizer que o poder se encontra nas mãos do povo, já que o povo sequer pode se manifestar, reagir e exigir que sua vontade seja atendida.

Quanto à deliberação democrática, a liberdade de expressão impede, entre várias outras coisas, que o poder investigativo da mídia seja constrangido (DWORKIN, 2002, p. 367). A existência de um ambiente rico em categorias argumentativas e razões, que excite a sensibilidade informacional multifacetada, é essencial para que o debate tenha qualidade. Nesse cenário, a mídia assume papel central ao fornecer conhecimentos diversificados e outros substratos que enriquecem e complicam a discussão, favorecendo, assim, a atividade reflexiva-argumentativa por parte dos cidadãos.

Já no tocante à igualdade cívica, a liberdade de expressão determina que cada indivíduo tem o direito de expressar sua opinião por mais que os outros a condenem, temem ou repelem. Dworkin recorda bem que “grande parte da pressão em favor da censura nas democracias contemporâneas é gerada não por uma tentativa oficial de manter segredos do povo, mas pelo desejo da maioria dos cidadãos de silenciar aqueles cujas opiniões desprezam” (tradução nossa).<sup>6</sup> Por outro lado, caso a maioria pudesse negar o poder de fala de quem expressa ideias que ela desgosta, não se poderia dizer que todos podem participar como iguais.

Devemos permitir a cada cidadão que alegamos ter um vínculo sob nossas leis igual voz no processo de elaboração delas, ainda que detestemos, com razão, suas convicções ou, então, abriremos mão do nosso direito de lhe impor as leis. A liberdade de expressão impõe esse princípio e, assim, protege a igualdade cívica (tradução nossa).<sup>7</sup>

6 [...] Much of the pressure for censorship in contemporary democracies is generated not by any official attempt to keep secrets from the people, but by the desire of a majority of citizens to silence others whose opinions they despise (DWORKIN, 2002, p. 366).

7 We must permit every citizen whom we claim bound by our laws an equal voice in the process that produces those laws, even when we rightly detest his convictions, or we forfeit our right to impose our laws upon him. Freedom of speech enforces that principle, and so protects citizen equality (DWORKIN, 2002, p. 366).

A ideia de democracia coparticipativa está profundamente vinculada com a concepção de igualdade moral de Dworkin, a qual determina que o Estado deve tratar todos os cidadãos capazes como agentes morais responsáveis. Isso implica:

Em primeiro lugar, as pessoas moralmente responsáveis fazem questão de tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mau na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé. O Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis. Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la.

Para muita gente, a responsabilidade moral tem um outro aspecto, um aspecto mais ativo: seria a responsabilidade não só de constituir convicções próprias, mas também de expressá-las para os outros, sendo essa expressão movida pelo respeito para com as outras e pelo desejo ardente de que a verdade seja conhecida, a justiça seja feita e o bem triunfe. O Estado frustra e nega esse aspecto da personalidade moral quando impede que certas pessoas exerçam essas responsabilidades, justificando o impedimento pela alegação de que as convicções delas as desqualificam (DWORKIN, 2006a, p. 319-320).

A igualdade em Dworkin também pressupõe uma norma de igual respeito, porém, diferente de Habermas, ela se aplica apenas no plano vertical. Para ser um membro real da comunidade política, é preciso garantir a participação moral de todos os cidadãos por meio de certas condições democráticas. Entre estas, está o reconhecimento que toda pessoa tem a oportunidade de modificar as decisões coletivas de algum modo, sem que a magnitude das modificações que ela opere seja limitada por uma suposta integridade de suas convicções e gostos (DWORKIN, 2006a, p. 38). Portanto, por mais detestáveis que uma posição possa aparentar, ela deve ter a oportunidade de ser colocada em disputa, pois “somos uma sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral individual, e nenhuma censura de conteúdo é compatível com esse compromisso” (DWORKIN, 2006a, p. 327).

Habermas esboça uma comunidade de comunicação que seja capaz de enfrentar os efeitos perversos do capitalismo e da burocracia administrativa por estar preocupado com o destino das instituições democráticas e com a renovação da política (FINLAYSON, 2005, p. 14-15). Contudo, a ideia de uma democracia autodefensiva não autoriza uma estrutura discursiva moldada pela norma de igual respeito se esta impede que certos conteúdos circulem na esfera pública. Se cabe aos cidadãos julgar e criticar as pretensões e construir um entendimento que reflita as melhores razões, é incoerente prever que, em nome do respeito, certos discursos não podem ser proferidos por serem absolutamente errados. E se a responsabilidade moral é uma qualidade igualmente reconhecida a todos indivíduos, “é contraditório pensar que alguém tem o direito de determinar o que eles podem ou não podem ler com base num juízo oficial qualquer sobre o que vai edificar ou destruir o caráter deles ou o que os levaria a ter opiniões incorretas sobre assuntos de interesse social” (DWORKIN, 2006a, p. 333).

Constranger a liberdade de expressão dessa maneira seria tão afrontoso à democracia quanto constranger a capacidade eleitoral ativa. Não se pode negar o direito de voto do fundamentalista, do machista, do racista, etc., embora isso possa contribuir para a eleição de candidatos não fundamentalistas, não machistas, não racistas, assim como não se pode negar o direito deles de expressarem suas opiniões abomináveis. O cidadão também exerce seu papel político nos debates públicos informais, logo as opiniões que ele deseja expressar nesse meio, sejam elas quais forem, não podem ser censuradas sob risco de dismantelar a igualdade política (DWORKIN, 2006a, p. 379). Não importa que essas opiniões sejam irrelevantes para a deliberação democrática ou para outro fim específico. A permissão delas é uma exigência da igualdade, segundo a qual “todos, por mais excêntricos ou desprezíveis que sejam, tenham a oportunidade de exercer sua influência não só nas eleições, mas na política em geral” (DWORKIN, 2006a, p. 380), o que não quer dizer que as opiniões expressas “triunfem ou mesmo sejam representadas naquilo que o Estado efetivamente faz” (DWORKIN, 2006a, p. 380).

Dworkin, porém, lembra que a vida das pessoas não se resume apenas ao ambiente político e a igualdade não abarca apenas o discurso político. A igualdade também precisa ser assegurada para a construção do ambiente moral, onde fluem os gostos, os valores, as preferências, os estilos de vida, etc., das mais diversas pessoas. O ambiente moral é o local para o florescer da identidade, da percepção de si, da autoestima. Se nele apenas algumas pessoas que compartilham certas convicções têm o

poder de moldá-lo, é certo que o outro será impedido de desenvolver sua individualidade. Por isso

[...] ninguém deve ser impedido de influenciar o ambiente moral comum através de suas próprias escolhas, gostos e opiniões e do exemplo de sua vida; o fato de esses gostos e opiniões chocarem aqueles que têm o poder de prender ou calar a pessoa não é motivo suficiente para que ela não possa expressar-se (DWORKIN, 2006a, p. 381).

A oportunidade de influenciar o ambiente moral é também uma oportunidade de influenciar o ambiente político, pois a cultura e a moral são determinantes para a política e a legislação de uma comunidade. Assim, não seria justo impor uma lei àquele que não tenha tido a oportunidade de influenciar a formação do ambiente moral mediante a expressão de suas preferências e pontos de vista, por mais que a sociedade tenha razão para desprezá-los (DWORKIN, 2009, p. viii). Uma democracia que busque oferecer uma forma de autogoverno genuína não pode reconhecer legitimidade a uma lei concebida por uma estrutura excludente que selecionou não apenas quem poderia participar da deliberação e tentar convencer a coletividade do mérito daquilo que diz, mas quem poderia se afirmar como um agente responsável no mundo da vida (DWORKIN, 2009, p. vii).

Não se deve perder de vista que a esfera pública é também palco para a construção do ambiente moral. Ela não serve apenas para formular uma opinião pública que seja representada nas decisões coletivas. Ela tem função social importante por ser um espaço pluralizado e diversificado de interação intersubjetiva. Desta, emergem fontes de autodeterminação e de autocompreensões sociais autônomas. E emergem conflitos e contradições entre visões de mundo, aspirações e valores. A esfera pública é uma arena na qual intensos sentimentos de antipatia e de identificação se manifestam (GOODE, 2005, p. 96). Na medida em que as pessoas têm independência para formularem suas próprias convicções, parece quase inevitável que, se for para ser sincero em suas manifestações, algumas serão percebidas como ultrajes e ofensas.

Não é demais lembrar que a inclusão, a distribuição igualitária das liberdades comunicativas e a sinceridade são alguns pressupostos comunicativos. O exercício da liberdade de expressão condicionado ao direito de ser respeitado retira a oportunidade de todos apresentarem suas contribuições, pois exclui-se aqueles que querem expressar perspectivas

supostamente transgressoras. Habermas poderia argumentar que a inclusão abarca apenas aqueles com potencial de fazer uma contribuição relevante, o que tornaria a exclusão legítima, pois discursos de preconceito em nada colaboram com o avanço do projeto democrático. Contudo, a importância epistêmica da competição de ideias reside em um princípio que afirma que nenhuma ideia deve ser excluída, pois importa que haja uma mistura emocional e cognitiva. Essa mistura é beneficiada quando negamos a censura sobre o conteúdo dos discursos. Ademais, quando a intenção é obter o melhor entendimento, é razoável pensar que uma estrutura discursiva que aceita toda ideia também incentiva a inspeção do mérito de cada uma, favorecendo, assim, a qualidade do debate público (DWORKIN, 2002, p. 381).

Habermas pretende estabelecer as condições necessárias para que a vida social flua de forma saudável, mas o conteúdo moral da sua norma do igual respeito apenas seria aceitável caso se adotasse uma concepção de igualdade que permitisse que alguns selecionassem quais conteúdos são tão terríveis, abomináveis e errados que não devem fluir no ambiente moral sob risco deste se corromper. Se a liberdade e a igualdade são dois lados da mesma moeda (DWORKIN, 2006a, p. 382), não parece correto aceitar uma igualdade que propague um ideal de politicamente correto à custa da liberdade.

## 5 CONCLUSÃO

A integração social em uma sociedade heterogênea e complexa depende de um mecanismo que permita a construção e a organização do um ambiente político e moral por indivíduos profundamente diferenciados. Habermas, então, elege a práxis argumentativa como o mecanismo ideal. A aplicação desse procedimento na esfera pública visa fornecer um caminho para que os cidadãos elaborem uma opinião pública sobre certo assunto de interesse geral que seja aceitável por todos. Esse entendimento pode ser apropriado como uma fonte de orientação dos planos de ação no mundo da vida ou pode ser tematizado e dramatizado a ponto de ocupar a pauta das deliberações institucionais e ser traduzido nas decisões do sistema político. A intenção dessa dinâmica é tornar o ambiente moral e político vulnerável e vinculado à vontade dos seus membros, de modo que estes se compreendam como autogovernantes.

Ao explorar o projeto teórico de Habermas, este artigo buscou identificar a ideia de liberdade de expressão que o sustenta. Trata-se de uma ideia implícita, uma vez que o tema não é trabalhado pelo filósofo de maneira literal. Podemos observar que a liberdade de expressão é moldada por uma norma do igual respeito. Se eu pretendo ser visto como livre e igual, como falante que participa da construção dos sentidos do mundo, então tenho o dever de reconhecer essa mesma prerrogativa a todas as demais pessoas. Caso contrário, perco meu direito ao poder de fala. Perco o meu direito de participar da esfera pública.

A expressão assume a forma de um diálogo em que cada um assume a posição de falante e de ouvinte simultaneamente. Todos devem poder participar do debate, ser reconhecidos como iguais e ser tratados com respeito. Argumentamos que, ao inserir a norma no plano horizontal, é presumível que discursos ofensivos, degradantes ou desrespeitosos não possam concorrer pela aceitação. Quem os profere deve se ausentar da esfera pública ou, caso queira participar, adequar suas opiniões ao modelo discursivo. A justificativa para essa exclusão reside numa democracia autodefensiva, que se blinda daqueles que querem ver seu declínio.

Ao adentrarmos no pensamento de Dworkin, podemos observar que o autor também reconhece a deliberação pública como um elemento essencial para o autogoverno. A diferença reside na dinâmica dessa deliberação. Embora Dworkin não desenhe nenhuma estrutura em específico – enquanto que Habermas elenca pressupostos comunicativos –, sua concepção de democracia já basta para identificar um ponto crucial: apenas o Estado tem o dever de tratar todos com igual respeito e consideração. De um lado, isso significa que o Estado não pode eleger quais discursos podem ser colocados em disputa sob risco de negar a responsabilidade moral atribuível a todo cidadão capaz. Permitir tal escrutínio seria chancelar um favoritismo a certas visões de mundo em evidente descompasso com a pluralidade. De outro, os cidadãos, enquanto agentes morais responsáveis, são livres para proferirem discursos que provocuem ofensa, incômodo ou indignação na maioria. Se o sentimento provocado pelo discurso fosse um parâmetro razoável para retirá-lo da esfera pública, o politicamente correto tomaria o lugar do autogoverno.

Uma vez que a realidade deve ser construída e compreendida pelos próprios indivíduos em igualdade de condições, o modelo discursivo não pode discernir quais conteúdos são apropriados. Qualquer tentativa de fechar o debate barraria o amadurecimento das ideias, o aparecimento dos erros e a aprendizagem. Essa ampla abertura vem, obviamente, acom-

panhada de riscos. Embora Habermas reconheça que o projeto democrático está sujeito a retrocessos, o risco da democracia vai muito além. Ao colocar a governança nas mãos dos cidadãos, estes podem revelar entendimentos que provoquem um completo desvio do caminho democrático, uma mudança de paradigma, uma reformulação da categoria da liberdade e da igualdade. Antes de uma democracia autodefensiva, seria mais adequado falar numa autodestrutiva. Parece ser este o risco de um comprometimento efetivo com a pluralidade, com o não dogmatismo e com a abertura discursiva.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSAF, Matheus. *Liberdade de expressão e discurso de ódio: por que devemos tolerar ideias odiosas?* Belo Horizonte: Editora Dialética, 2019.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Massachusetts: Harvard University Press, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006a.

DWORKIN, Ronald. The right to ridicule. *The New York Review*, Nova York, 23 de Mar/2006b. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/2006/03/23/the-right-to-ridicule/>. Acesso em 21 de março de 2021.

DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (Org.). *Extreme Speech and Democracy*. Nova York: Oxford University Press, 2009.

FINLAYSON, James Gordon. *Habermas: a very short introduction*. Nova York: Oxford University Press, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002.

GOODE, Luke. *Jürgen Habermas: democracy and the public sphere*. Londres: Pluto Press, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Religious tolerance: the pacemaker for cultural rights. *Philosophy*, Cambridge, nº 1, 2004, p. 5-18.

HABERMAS, Jürgen. Concluding comments on empirical approaches to deliberative politics. *Acta Politica*, 40, nº 3, p. 384-392, set/2005. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1057/palgrave.ap.5500119#citeas>. Acesso em 14 de abril de 2020.



HABERMAS, Jürgen. Political communication in media society: does democracy still enjoy an epistemic dimension? The impact of normative theory on empirical research. *Communication Theory*, 16, n° 4, nov/2006, p. 411-426. Disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-2885.2006.00280.x>. Acesso em 13 de abril de 2021.

HABERMAS, Jürgen. *Between naturalism and religion: philosophical essays*. Tradução por Ciaran Cronin. Cambridge: Polity Press, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

LUBENOW, Jorge Adriano. *A categoria de esfera pública em Jürgen Habermas*. Tese (Doutorado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), Campinas, 2007. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/280634>. Acesso em 11 de março de 2021.

LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos. *KRITERION*, Belo Horizonte, n° 121, jun/2010, p. 227-258. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-512X2010000100012](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2010000100012). Acesso em 16 de março de 2021.

MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático*. Curitiba: Juruá, 2014.

STAHL, Titus. Privacy in public: a democratic defense. *Moral Philosophy and Politics*, Groningen, vol. 7, issue 1, p. 73–96, jun/2020. Disponível em [https://www.degruyter.com/view/journals/mopp/7/1/articlep73.xml?language=en&tab\\_body=pdf-79694](https://www.degruyter.com/view/journals/mopp/7/1/articlep73.xml?language=en&tab_body=pdf-79694). Acesso em 26 de janeiro de 2021.



# ENTRE RETÓRICA, ÉTICA E FUNCIONALISMOS JURÍDICOS: ALGUMAS NOTAS PARA A ABERTURA DE UM DIÁLOGO COM O REALISMO RETÓRICO DE ADEODATO E O JURISPRUDENCIALISMO DE CASTANHEIRA NEVES

BETWEEN RETHORIC, ETHICS AND LEGAL FUNCTIONALISMS: A FEW NOTES  
FOR A DIALOG OPENING WITH THE RETHORICAL REALISM OF ADEODATO AND  
THE JURISPRUDENCIALISM OF CASTANHEIRA NEVES

André Navarro Silva Guedes<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo cumpre uma modesta promessa de abrir um diálogo, mesmo que em notas preliminares, entre as correntes da retórica realista de João Maurício Adeodato e do jurisprudencialismo de António Castanheira Neves. Neste encaço, a pesquisa parte de um ponto em comum, mesmo que parcial, entre ambas as teorias, qual seja, a rejeição pelos funcionalismos jurídicos, abrindo-se daí uma dialógica convergência fundamentada numa intencionalidade ético-jurídica. Para tanto, *a priori*, busca-se conceituar ambas as correntes e, igualmente, divergi-las dos funcionalismos, apontando nestes uma inafastável opção pela intencionalidade tecnológico-utilitarista que rege a tão criticada engrenagem funcional do sistema jurídico e que, também, almeja os objetivos sociais e interesses econômicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Retórica. Ética. Prudência. Realismo retórico. Jurisprudencialismo. Funcionalismo jurídico.

**ABSTRACT:** The present article fulfill the modest promise of opening a dialog, even in short terms, between the doctrines of the rethorical realism from João Maurício Adeodato and the jurisprudentialism from António Castanheira Neves. Following this trace, the research emerges from a common ground, although partial, between both theories, which

---

1 Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: andrenavarroadv@gmail.com

rejects the legal functionalisms, in order to open a dialogical convergence based on a ethical-judicative intention. To get to the point, firstly the two central theories are conceptually described and there for diverge them from the legal functionalism, pointing an unfathomable option to a technologic-utilitarian intention that rule the so criticized gear of the functional legal system and also rule the social goals and economic interests.

**KEYWORDS:** Rethoric. Ethics. Prudence. Rethorical Realism. Jurisprudentialism. Legal functionalism.

*O pensamento jurídico  
está por fundamentar,  
pois é utopicamente idealista  
na teoria e astutamente  
materialista na prática*

**Nietzsche**

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo a abertura de um diálogo entre as correntes teóricas do *realismo retórico* de João Maurício Adeodato e do *jurisprudencialismo* de António Castanheira Neves.

Neste sentido, faz-se importante estabelecer metodologicamente algumas premissas e conceitos que podem convergir, a ponto de criar uma fagulha entre as duas correntes que, aqui pretensamente, irão dialogar numa perspectiva ético-jurídica.

Para adentrar nos pontos cruciais deste raciocínio (ou proposta), crê-se na viabilidade de uma crítica, mesmo que parcial, dos corolários do funcionalismo jurídico, corrente esta de viés pragmático-utilitarista, que ambas as correntes em diálogo se assumirão divergentes. Diga-se *parcialmente* em razão da despretensão quanto ao esgotamento do tema e do necessário corte epistemológico-dogmático nas correntes doutrinárias para se determinar preliminarmente uma convergência em seus fundamentos.

Não obstante, ao divergir da tendência dos funcionalismos de uma utilização do direito para promover eficácia e resultado, as correntes ora suscitadas tratam a fundamentação jurídica em sentido diverso da racionalidade utilitarista, pois entendem que uma fundamentação de validade do direito encontra-se essencialmente na racionalidade axiológica, não podendo esta ser suprimida e nem afastada em razão do caráter ético do direito, estando, por conseguinte, intimamente ligada ao papel do jurista.

Após aberto o diálogo entre as duas correntes, *a priori*, opta-se pela clausura terminológica e metodológica a identificar um papel (ou modelo) para o jurista, seja um papel retórico, linguisticamente constituído na declaração do relato vencedor que valida o direito e os procedimentos em um sistema jurídico complexo, sendo um controle público da linguagem, seja um papel prático-normativo, que considera os aspectos históricos-concretos da comunidade para validar o direito, sendo este autônomo, porém axiologicamente carente, devendo, no entanto, esta falta ser suprida por ele mesmo em razão da sua racionalidade intrínseca.

Diante das possíveis conclusões, poder-se-á encaminhar o diálogo para um “fechamento aberto”, pois cumpre-se aqui uma intenção, mesmo que precoce, de estabelecer uma linha teórica que abarque tanto o viés analítico-linguístico da retórica realista e quanto o axiológico-nor-

mativo do jurisprudencialismo, a ponto de convergirem em uma intencionalidade de ordem ético-comunitária na constituição da realidade jurídica, abrindo caminho para delimitar um papel transcendental de um jurista prático-retórico.

## 2 NOTAS E PREMISSAS DOUTRINÁRIAS

Antes de adentrar ao cerne enfrentado na pesquisa, faz-se mister tecer algumas notas preliminares e introdutórias de cada corrente teórica citada, mesmo que de forma parcial, respeitando o corte epistemológico que este trabalho exige para, ao final, concluir por uma análise descritiva, mesmo que modesta, das premissas ora suscitadas, sem ignorar irrefutáveis concordâncias que serão abordadas *a posteriori*.

### 2.1 Notas sobre o realismo retórico

ao início do diálogo enfrentado, faz-se essencial apresentar algumas notas da corrente retórica realista proposta como marco teórico por João Maurício Adeodato, que em suas premissas fundamentais, esboça a retórica como proposta filosófica de viés constitutivo-linguístico, estratégico-pragmático e analítico.

As premissas fundantes desta corrente de pensamento partem de **três pressupostos filosóficos** (ADEODATO, 2017, p. 4) na sua formação, a saber:

- I. O **empirismo retórico** vai apontar na direção de que esta proposta é fundamentalmente analítica, ou seja, buscará descrever o passado da própria retórica (tanto em seu nível estratégico quanto material), afastando-se de uma proposta normativista, que vá ditar ou teorizar uma estratégia retórica, ou mesmo propor uma *ciência* do discurso, no sentido de otimizá-lo.
- II. A **incompatibilidade entre tipos ideais e eventos reais é inafastável**, dado que vê uma distinção clara entre a razão humana e o mundo real circundante, sendo este enfrentado pelo homem por meio de generalizações linguísticas que se dividem entre significante e significado. Os eventos reais são inapreensíveis pela razão humana, fazendo, portanto, com

que esta abstraia os elementos sensoriais e os transforme em ideias que serão posteriormente descritas pela linguagem e chamar-se-ão “realidade”.

- III. A **antropologia não-ontológica e na linguagem humana**, onde o autor tece comentários sobre uma proposta metodológica em que a linguagem é vista como o habitat natural do ser humano, pois, diferente dos demais animais que também se comunicam, a comunicação humana tem viés especialmente pragmático, tornando-se linguagem e sendo o sustentáculo para que o homem apreenda o mundo ao seu redor. Este “habitat” seria o único ambiente possível para apreensão da realidade, não se furtando de também ser um ambiente convencional, arbitrariamente construído e, conseqüentemente, mutável, autorreferente, temporário, instável e metafórico.

Para Adeodato (2017, p. 95), historicamente, a ontologia levou o pensamento filosófico para uma busca do conhecimento e da verdade, afastando a retórica do nicho filosófico tradicional. Na contramão deste afastamento, o autor busca instituir a retórica como sendo fundante do conhecimento e da ética, na medida em que também constitui a própria realidade por meio da linguagem.

Dados estes três pressupostos filosóficos, a retórica realista propõe **três teses fundamentais** que lhe constituem (ADEODATO, 2017, p.11).

A primeira, trata-se de um **manifesto anti-ontológico**, na contramão do que se instituiu na filosofia tradicional de cunho racionalista-idealista, que descreveu a retórica como um emaranhado de palavras ocas, sem fundamento, ou como discursos astutos com fins de enganar (ou seduzir) ou ouvirte. Apesar da retórica também apresentar uma faceta voltada para estratégias do discurso, ela se ocupa em grande parte da proclamação da ética e da justiça, onde se pautam a sinceridade e o consenso. O realismo retórico sustenta que a retórica, longe de semear engodos ou de acobertar falsos profetas, é um lugar cativo para a persuasão sincera, prezando pela virtude moral e prudência do seu orador.

A segunda tese sustenta que **a retórica não pode ser reduzida a uma arte da persuasão**. A retórica, assim relacionada com a linguagem e o discurso, não seria necessariamente normativa, onde apenas o estudo de técnicas de persuasão ocuparia os espaços desta *arte*, pois, longe de se preocupar unicamente em persuadir, a retórica se dispõe a analisar o discurso (natureza analítica) em seus fundamentos e pressupostos.

Na terceira tese, **a retórica é tratada propriamente como uma corrente do pensamento filosófico**, na contramão das ontologias, pois considera a verdade inatingível (em seu sentido platônico ou ontológico), não se preocupando em investigá-la. A verdade seria um relato/enunciado de aceitação compulsória, de natureza cogente. Sustenta que a própria realidade é retórica em sua natureza, baseando-se na premissa de que toda percepção humana se dá pela linguagem, sendo esta o *habitat* natural do homem.

Percebe-se que o pensamento sustentado pelo autor não vê a linguagem como um meio cognoscitivo de apreensão, de compreensão ou de revelação do ser, mas constitui-se como a própria realidade do ser humano, não havendo um mundo fora da linguagem (ADEODATO, 2017, p. 10).

Daí dizer que a linguagem necessita de um controle público para “aparar as arestas” desta realidade, tornando o relato ético vencedor em *verdade* que irá fundamentar o *procedimento*, ou seja, dar lugar aos significantes e significados, fundamentando a validade da ordem social e gerando uma estabilidade (ou padrão) ético-linguístico que legitime a autoridade detentora do discurso (ADEODATO, 2020, p. 25).

## 2.2 Notas sobre o jurisprudencialismo

nesta corrente do pensamento jurídico, o autor português António Castanheira Neves expõe o fundamento da sua pesquisa, voltada para as origens do direito romano, em sua *iurisprudentia*, e na postura prática-prudencial do direito.

Inicialmente, o autor busca superar o debate dualista entre o *jus-naturalismo* e o *juspositivismo*. Segundo ele (NEVES, 1995, p. 111), o direito não pode mais ser compreendido por uma perspectiva estritamente legalista, pois preza por uma recuperação da sua autonomia normativa-intencional perante a mera legalidade, através de uma renovada distinção entre *ius* e *lex*.

Em uma postura crítica e transcendente ao modelo normativista de *ratio legis*, surge o que o autor irá chamar de responsabilidade social, no sentido de sociedade comunitarista, onde há um dever ético humanitário perante todos os integrantes da mesma comunidade (NEVES, 1995, p. 29).

Neste sentido, a corrente teórica afirmará que a realidade social humana vive em constante dialética *homem-comunidade*, e que haveria



de existir equilíbrio nesta relação, devendo o direito agir normativamente, de forma integrante e dinâmica (NEVES, 1995, p. 38).

Deste enfrentamento dialético, surge uma problemática do direito, que será de ordem prática, pronta para equilibrar a tensão entre a liberdade pessoal (ou autonomia) e a vinculação comunitária, sendo resultado disso uma afirmação ética do *sujeito-pessoa* (NEVES, 1995, p. 39).

Outro fundamento do pensamento jurisprudencialista é a ideia de um projeto de *communitas* que estipule um modelo prático de deliberação e que conviva com o dualismo insuperável entre *valores* e *fins* (NEVES, 1995, p. 40).

Na concepção jurisprudencialista, o direito compõe uma dimensão específica da realidade humana, com sentido e intencionalidade que resulta em **três condições** (NEVES, 2012, p. 34):

- I. **Mundano-social:** a ideia de *comunidade*, o mundo de forma única e totalizante, decorre da noção de que este mundo é um só e *nós* somos muitos. Mundo único que partilhamos através de relações situacional-comunicativas e por meio de um trabalho de mediação;
- II. **Humana-existencial:** sendo o homem integrante do mundo e ao mesmo tempo autônomo em sua existência. Tem-se aqui a ideia de que as pessoas vivem e partilham a vida social a ponto de transcender a própria personalidade (autossuperação da condição humana existencial) com fins de projeção futura das relações. Esta condição faz surgir um problema de integração ou ordem totalizante – mutação temporal como obstáculo na composição de uma ordem social totalizante;
- III. **Ética:** estar no mundo como *pessoa*, mas tal condição tem caráter normativo, como ser sujeito de direitos, bem como valores inegociáveis, como dignidade. A ética é garantidora que haja responsabilidade e solidariedade com os demais, pois a partir deste tratamento, eles também reconhecerão como sujeitos de direito os que lhes foram solidários, criando assim uma obrigação mútua que serve de base para construção do direito, sendo este, portanto, uma específica realidade objetivo-intencional.

Na perspectiva jurisprudencialista (NEVES, 1995, p. 162), o direito é a última instância crítica através da qual os homens se socorrem da arbitrariedade de outros homens e até mesmo do próprio Estado. Reconhece o direito como projeto civilizacional e humano, de raízes greco-

-romanas e judaico-cristãs, que se afirma como resposta possível a um problema necessário de integração humana comunitária. Tem-se aqui o reconhecimento da autonomia do direito como resposta possível à problemática dicotomia.

Esta corrente busca, também, uma resposta possível ao problema do sentido da função judicial, da jurisdição e do juiz, pois vencidas estas questões, poder-se-ia enfrentar problemáticas como a crise hermenêutica constitucional e de validade normativa do direito.

O sentido do jurisprudencialismo se dá por uma perspectiva do *homem-pessoa*, em que o direito estaria a serviço de uma prática pessoalmente titulada e historicamente concreta, dinamizada pelas controvérsias prático-concretas e com intencionalidade de realização, assumindo também uma condição mediadora do homem no “seu direito” e no “seu dever/responsabilidade” perante o coletivo (NEVES, 1995, p. 165). É na comunidade que nascem os problemas práticos da interação histórico-cultural.

Seguindo a corrente teórica, Castanheira Neves (1995, p. 170) observa uma necessária porosidade do direito, uma insuperável indeterminação e uma abertura permanente, exigindo uma reintegração contínua e reelaboração constitutivas através de uma dialética da sua realização histórica.

O direito, portanto, não pode ser enxergado diretamente, em separado da experiência histórica humana, pois é dela que nasce a *validade e intencionalidade* da sua realização prático-concretamente adequada (NEVES, 1995, p. 176).

Ainda neste sentido, o autor identifica a presença de diversos estratos, tais como princípios, normas, jurisprudência e doutrina, que institucionalizam o sistema jurídico e lhe conferem validade/vigência e racionalidade. Sustenta que não há hierarquia entre os estratos, pois todos são frutos de uma transcendência prático-cultural e de ordem histórica (NEVES, 1995, p. 179).

A validade deste sistema é produto de uma intencionalidade principiológica específica, onde o direito não pode ser compreendido como letra pura da lei, sob pena de não atendimento desta validade prático-normativa que fundamenta um projeto humano-social, de sentido/axiologia humano-comunitária, assumindo a dialética *suum-commune* como expressão axiológico-normativa da autonomia *pessoal* e da responsabilidade comunitária. Disto surge o critério de *justiça* e que o direito, como *validade*, é chamado a traduzir e a *ser* (NEVES, 1995, p. 180).

Desta forma, a *validade* se dá como *ius* (direito), que intenta uma realização histórico-concreta mediante o juízo prático sobre a interação pessoalmente titulada e comunitariamente responsável.

Por fim, faz-se mister ressaltar a sustentação do direito em sua autonomia, pois o autor entende que o surgimento da prática jurídica autônoma se deu no momento da *iurisprudencia* romana, remetendo sua realização a uma racionalidade própria, uma dimensão inafastavelmente axiológica, onde se projeta e intenta uma *práxis* específica. Pode-se entender o *jurisprudencialismo*, então, como uma reafirmação ou recuperação do sentido da *práxis* jurídica: axiológico-normativa nos fundamentos, prático-normativa na intencionalidade, *judicativa* no *modus* metodológico (NEVES, 2012, p. 62).

### 2.3 Notas sobre os funcionalismos jurídicos

para tratar dos funcionalismos que permeiam o debate jurídico contemporâneo, fazem-se importantes alguns apontamentos que levantarão as premissas necessárias ao presente diálogo.

Primeiramente, cumpre-se verificar que os funcionalismos são frutos da filosofia pragmática e da sua penetração nas teorias jurídicas do século XX.

A envergada pragmática da filosofia levou o debate jurídico a uma fecunda confrontação teórica entre o normativismo e o funcionalismo jurídico, eclodindo em uma crítica aos modelos teóricos tradicionais do direito e criando espaço para respostas alternativas à problemática jurídica. Nesta linha, conceitos clássicos da filosofia onto-teleológica para a caracterização da ação e do comportamento bom/mau, justo/injusto e válido/inválido (referindo-se a uma axiologia material), que o normativismo incorporava em seu bojo, deram lugar a um utilitarismo, uma funcionalidade, uma eficiência e uma *performance*, conceitos estes que adentraram o debate jurídico por vias funcionalistas (NEVES, 1995, p. 182).

Em tempo, a racionalidade assumida pelo funcionalismo é instrumental, pautando-se por um resultado das ações (sopesando benefícios e prejuízos), diferente da racionalidade axiológica, que pauta o comportamento por sua validade (seu valor ético-moral) (NEVES, 1995, p. 182).

Trazidas estas premissas, o funcionalismo não tentará responder *o que é* o direito, mas sim *para que serve*, tornando-o instrumento ou

meio contingencial integrante da sociedade e que realiza objetivos desta (NEVES, 1995, p. 187).

Neste sentido, cabe apontar para o funcionalismo sistêmico (formal) de Niklas Luhmann, o funcionalismo político de Mangabeira Unger e o funcionalismo econômico de Posner; todos verdadeiros expoentes desta vertente teórica.

Em sua teoria social, Luhmann descreve a sociedade na forma de um macrossistema que engloba subsistemas, entre eles o sistema jurídico, sendo este um sistema orgânico, autorreferente e autopoiético. O sistema jurídico se constitui em uma unidade estruturante e identitária que lhe diferencia dos demais sistemas sociais, ou seu mundo exterior. É um sistema operacionalmente fechado (autônomo) e cognitivamente aberto (ADEODATO, 2001, p. 53).

Para Luhmann (2016, p. 269) o subsistema jurídico sofre irritações externas, ou seja, outros subsistemas e objetos que não lhe pertencem, por vezes, podem irritá-lo ao tentar adentrar em sua unidade; em razão disto, a argumentação jurídica e a jurisprudência teriam papel fundamental em funcionar delimitando o que pertence ao sistema jurídico e o que não pertence. A interpretação e a retórica jurídica seriam ferramentas da engrenagem de uma sociedade altamente complexa, onde há necessidade de manutenção dos subsistemas auto-organizados para que tal complexidade seja reduzida.

O juiz seria um agente a funcionar no sistema jurídico, delimitando o que é legítimo/ilegítimo ou lícito/ilícito, no formato binário, atendendo as expectativas de um procedimentalismo instrumentalizado e que favoreça a legitimação das normas aprovadas por maioria politicamente representada (ADEODATO, 2001, p. 80).

Já no funcionalismo político de Unger, o juiz exerceria uma função eminentemente política. O direito aqui é pensado como um instrumento político, sendo então a ação judicativa compreendida dentro de uma ação política.

Para Unger (2004, p. 141) haveria uma necessária politização dos juízes, pois ele observa as várias áreas do conhecimento, a exemplo do direito, economia e da sociologia como inseparáveis do espectro político.

De bases desconstrutivistas, esta corrente do pensamento jurídico se denominou *Critical Legal Studies*, vinculada às premissas filosófico-sociais da Escola de Frankfurt, onde se privilegia uma análise política do direito, este sendo um instrumento/função eminentemente política de controle social (NEVES, 1995, p. 165).

Já no funcionalismo econômico de Richard Posner (2010, p. 199), há um direcionamento do direito como instrumento econômico, que discute perdas e ganhos, ofertas e demandas, eficiência e resultados. Este autor é categórico quando afirma o direito em sua finalidade, pois a *serventia* seria a base fundamental de uma pragmática-utilitária, tornando o direito ferramenta social para determinado fim econômico.

Exponente da Análise Econômica do Direito, Posner faz questão de atentar os juízes para as consequências das suas decisões, frisando que emoções e intuições não são capazes de direcionar o julgador para os objetivos que ele almeja, sendo também ineficaz a prestação jurisdicional que tão somente faz juízo de validade/invalidade, mas esquece de apreciar seus resultados, sendo fundamental que haja um juízo de finalidade que atente para um consequentialismo da atividade judicativa (POSNER, 2010, p. 211).

### 3 PRIMEIRAS IMPRESSÕES: DISTANCIAMENTOS DO FUNCIONALISMO JURÍDICO

Nesta etapa, pontua-se descritivamente os aspectos divergentes entre os funcionalismos jurídicos e as teorias primordialmente adotadas, quais sejam o realismo retórico e o jurisprudencialismo.

Desta forma, poderemos abrir dialeticamente um denominador comum entre as duas proposições teóricas que, *a priori*, concordam em divergir da instrumentalização tecnológico-funcional do direito.

#### 3.1 Distanciamentos do realismo retórico

pode-se afirmar que a análise retórica realista do direito, na sua leitura linguística constitutiva da realidade firmada sobre um papel ético do discurso, não acolhe propriamente o problema do direito como sendo eminentemente tecnológico e cientificista, tal como teorizou Luhmann em seu funcionalismo sistêmico-formal, mesmo que a corrente retórica aqui trabalhada se ampare também em uma racionalidade pragmática, analisando a efetividade do discurso jurídico e duvidando de uma axiologia material propriamente dita.

A teoria de Adeodato (2017, p. 22) mantém-se em postura pereneamente analítica, onde observa, além do fenômeno retórico como um

todo, os quesitos estratégicos (pragmáticos) e normativos, mais direcionados ao discurso de persuasão que integra o discurso jurídico.

De forma distinta, os funcionalismos tem uma visão instrumentalizada do jurista como um promotor de resultados que objetiva um estado de bem estar social (ou outro fim que se proponha), modelo este que a retórica realista irá rechaçar na medida em que compreende o jurista como um ator de papel essencialmente retórico, de natureza intrinsecamente linguístico-argumentativa, que não funciona necessariamente para promover objetivos sociais (*ethos* dos funcionalismos materiais) ou prever as leis do sistema (*ethos* do funcionalismo sistêmico), mas para impor discursivamente um relato ético vencedor que será coletivamente legitimado como sendo uma decisão justa (ADEODATO, 2017, p. 22).

O direito, quando pautado em uma racionalidade tecnológico-cientificista, torna-se mecânico a ponto de afastar-se de uma razão analítica e das próprias variantes/circunstâncias que a realidade lhe impõe.

Nota-se em Luhmann, por exemplo, uma inafastável racionalidade mecânica-instrumental da sociedade que estrutura a ideia cientificista de construção social e, por consequência, esboça um modelo de jurista operador da engrenagem sistêmica, perdendo-se de vista a racionalidade axiológica necessária para determinar sentido e valor ao intérprete do direito (ADEODATO, 2001, p. 80). Longe de esgotar o tema, esta reflexão serve tão somente para colher um critério e uma *ratio* do funcionalismo sistêmico, onde o procedimentalismo e a alta complexidade social torna a validação jurídica uma mera atividade funcional do sistema, uma das engrenagens com função e utilidade próprias e específicas.

De forma adversa, a corrente realista se aproxima de um modelo de jurista retórico, pautado em uma *ratio* eminentemente ético-pragmática, em que a construção do direito se *põe* na medida em que o discurso e a linguagem se *impõem*. Havendo reconhecimento de uma função da linguagem e não descartando uma utilidade do direito, este, porém, nunca deverá ser reduzido ou afastado da sua dimensão ético-valorativa, pois é nesta que reside a ordem jurídica e que abre as portas para a validação do direito e dos procedimentos (ADEODATO, 2014, p. 83).

Portanto, a retórica, enquanto metódica constitutiva da realidade e determinando o relato ético vencedor, poderá assumir uma dimensão estratégica do discurso em algum momento, mas sem aproximar-se de uma concepção ontológica ou tecnológica-sistêmica.

Por fim, o realismo retórico vem rechaçar os consequencialismos que afastam o problema da validade e da fundamentação do direito e o aproximam de uma *ratio utilis* específica das correntes funcionalistas

materiais, onde o direito assume um papel evidentemente político em sua concreta realização e move-se para argumentar em prol de objetivos sociais previamente delimitados pelo poder politicamente constituído ou pelos interesses econômicos da sociedade.

### 3.2 Distanciamentos do jurisprudencialismo

já em relação à corrente jurisprudencialista, os funcionalismos jurídicos tendem a sofrer outra divergência.

Para Castanheira Neves (2012, p. 78) o direito se insere em um espectro ético-comunitário de reconhecimento da pessoa como um *ser* fundamentado na dignidade, e este fundamento é exigido para que se construa uma *ratio* de validade ao sentido normativo.

Desta forma, o direito fundamenta-se irremediavelmente pela instituição de uma *validade* e não como mero instrumento tecnológico social de racionalização e satisfação de interesses econômicos ou de objetivos político-sociais (NEVES, 1995, p. 167).

Pautando-se, ainda, por uma racionalidade prático-normativa, o jurisprudencialismo afasta o direito do sentido funcional (em sentido estrito), político ou econômico, sendo o jurista um ator a intervir em casos concretos de problemáticas práticas, controvérsias e conflitos que uma visão macrossocial dos funcionalismos omitiria.

Os práticos casos concretos são formados por sujeitos individualmente especificados (nomeados) e referidos a situações histórico-sociais concretas, em lugar de uma intenção instrumental estratégica (ou tecnológica) de eficiência funcional.

Neste encaixe, Castanheira Neves (1995, p. 170) se aproxima de um modelo de jurista prático que fará uma mediação judicativa para fundamentação da *validade* nessa prática. O *modus operandi* deste juízo começa por considerar a historicidade da problemática do caso concreto, assumindo intenção normativa e obrigando o pensamento jurídico a dar-se conta de limites objetivos, intencionais, temporais e mesmo de validade das normas jurídicas positivas (da própria lei, por exemplo) para cumprir a intenção do direito que a ordem jurídica autonomamente implica. O modelo de jurista prático tem um papel de operador concreto-judicativo, e não operador sistêmico-performático como querem os funcionalismos jurídicos ora interrogados (NEVES, 1995, p. 172).

Neste entendimento, os objetivos sociais e interesses econômicos obstaculizariam a realização do direito em seu sentido axiológico-

-normativo de uma prática historicamente-concreta, pois haveria uma suplantação do modelo prático por um modelo de eficiência. O direito não poderia ser compreendido como mera eficiência, pois o resultado de uma mediação judicativa do caso concreto é exatamente um direito que já nasce interrogado e dialético, levando seu operador a um *continuum* e uma intenção de fundamentação da sua normatividade.

Por fim, o jurisprudencialismo sustenta a autonomia do direito em fornecer as respostas e soluções aos problemas que o próprio direito se impõe, funcionando não em um universo sistêmico mecânico, mas em um prático humano, onde as respostas também serão de ordem prática e axiológico-normativas. O direito, nesta concepção, é visto como a verdadeira alternativa humana na medida em que se torna a última fortaleza da dignidade e da responsabilidade social.

#### 4 CONCLUSÕES: POR UMA ABERTURA DIALÓGICA

Diante das considerações, aproximações e distanciamentos tecidos no presente artigo, propõe-se uma abertura dialógica entre as correntes do realismo retórico e do jurisprudencialismo, ambas em comum acordo para contrapor, mesmo que parcialmente, alguns pontos essenciais que fundamentam e constituem as teorias funcionalistas do direito.

Na tentativa de encontrar este denominador comum, é possível concluir que tanto o realismo retórico quanto o jurisprudencialismo tentam compreender o direito enquanto validade, mesmo que em graus distintos. A ética como peça fundamental de um modelo de jurista, seja ele retórico ou prático, será determinante tanto na composição do direito enquanto linguagem-discurso prático, em uma perspectiva retórica material e estratégica, quanto como atividade judicativa prático-normativa, já na perspectiva ético-comunitária.

Em todo caso, é importante frisar que ambas as perspectivas teóricas estão inseridas em uma *práxis*. O realismo retórico com seu *prius* metodológico assumidamente retórico-estratégico e o jurisprudencialismo com uma metodologia assumidamente dialética-problemática, mas ambos convergindo metodologicamente a uma crítica ao modelo de racionalidade jurídica universal e intenção cientificista do direito, sem descartar a dogmática, vista em ambos os casos como essencial na fundamentação e validação ética do direito.



A retórica realista, na mesma medida que exerce sua natureza analítica (assumindo-se como metódica), sem afastar a retórica estratégica na composição do discurso, não se furta de reconhecer como estratégia eficaz do discurso jurídico a intencionalidade ética-comunitária do jurista-retórico, afastando a visão antiquada do modelo de jurista-sofista, com astúcia para ganhar um argumento, dando lugar à noção de responsabilidade e dever, sendo o próprio jurista um garantidor da dignidade e demais valores que validam a ordem social.

O modelo de jurista retórico tem fundamental importância na constituição da problemática prático-concreta de natureza histórico-comunitária, em que o direito está discursivamente inserido. Pretende-se aqui, portanto, um afastamento do modelo ardid da sofística, por muito tempo associada à retórica, com vistas a aproximação do modelo linguístico-argumentativo de um projeto de *communitas*, onde o jurista prático, aproximado ao modelo teórico de Castanheira Neves, se encontra inserido.

Longe de encerrar o diálogo, essa modesta abertura tem o fito conclusivo de admitir uma inafastável intenção ética fundamentante do direito, sendo esta indispensável para sua validação/legitimação, portanto, distante das pretensões e intenções dos modelos funcionalistas, onde há uma diluição da fundamentação e da racionalidade axiológica para dar espaço as correntes de viés essencialmente funcional/utilitário na concreta realização do direito, deixando obscuras quais as razões e fundamentos para tais funções/utilidades.

Por fim, pode-se propor um modelo de jurista a exercer um papel com vistas à convergência de ambas as correntes discutidas, onde ele exerceria uma atividade essencialmente retórica-estratégica de intencionalidade ético-pragmática na condução da problemática concreta, ao mesmo tempo assumindo a responsabilidade de validar juridicamente a fundamentação do direito, qual seja, o relato ético vencedor, segundo o realismo retórico, sem furtar-se a uma transcendentalidade para assumir este papel de forma perenemente crítica e perpetuamente dinâmica, segundo o jurisprudencialismo, prezando também pela dimensão histórico-comunitária onde o direito é operado em uma dialética sistema/problema, mas sem uma pretensão universalizante.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. Retórica e direito. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz Freire (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP** Tomo I: Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/176/edicao-1/retorica-e-direito>

\_\_\_\_\_. O direito e a constituição retórica do mundo real. *In*: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio (Coord.). **Interpretação, Retórica e Linguagem** – Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014.

\_\_\_\_\_. O esvaziamento do texto e do controle das decisões jurídicas. **Revista Direito e Práxis**, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020.

\_\_\_\_\_. Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2001.

NEVES, Antonio Castanheira. O papel do jurista no nosso tempo. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Volume 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

\_\_\_\_\_. A imagem do homem no universo prático. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Volume 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

\_\_\_\_\_. O “Jurisprudencialismo” — proposta de uma reconstituição crítica do sentido do Direito. *In*: COELHO, Nuno M. M. Santos e SILVA, Antônio Sá da (coord.). **Teoria do Direito Direito interrogado hoje — o Jurisprudencialismo**: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012.

\_\_\_\_\_. Entre o ‘Legislador’, a ‘Sociedade’ e o ‘Juiz’ ou entre ‘Sistema’, ‘Função’ e ‘Problema’: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Volume 3. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

\_\_\_\_\_. O problema da universalidade do direito - ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas. **Digesta**: escritos acer-

DEMOCRACIA E RISCO: PERSPECTIVAS DA FILOSOFIA DO DIREITO

ca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Volume 3. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. – São Paulo: Martins Fontes, 2016.

POSNER, Richard A. El rol del juez en el siglo XXI. *In*: Lazarte Abarca e Claudia Isabel (coord.). **THEMIS: Law Review**, ISSN 1810-9934, N.º. 58, 2010 (Edição dedicada a: Direito Processual Civil) – Lima, 2010.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**; tradução de Caio Farah Rodriguez, Marcia Soares Grandchamp, com consultoria do autor. - Sao Paulo : Boitempo, 2004.



# O ATAQUE À DEMOCRACIA E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ESTUDO DO CASO SILVEIRA

## THE ATTACK TO DEMOCRACY AND FREEDOM OF SPEECH: SILVEIRA CASE STUDY

Gabriel Oliveira Cerrado<sup>1</sup>

**RESUMO:** Em 16 de fevereiro de 2021, o ministro Alexandre de Moraes determinou prisão em flagrante do deputado federal Daniel Silveira, após o parlamentar publicar vídeo na plataforma *YouTube* em que proclama ofensas e calúnias aos ministros do STF e incentiva atos golpistas, como uma reedição do AI-5. Na decisão, Moraes considerou que Silveira cometeu crimes contra a segurança nacional, como tentar mudar, com emprego de grave ameaça, o regime vigente. Esse evento ocorreu em meio aos embates de aliados do governo Bolsonaro contra instituições republicanas, como o Supremo Tribunal Federal. Com isso, o objetivo do trabalho é examinar o caso de Daniel Silveira confrontado aos limites da liberdade de expressão e à atividade parlamentar. Para isso, foi necessário entender as teorias sobre a amplitude do direito à livre expressão, sobretudo o limite definido pelo perigo claro e iminente de dano (o teste de *Brandenburg*) na jurisprudência americana, o conjunto normativo brasileiro e, consequentemente, suas implicações na estabilidade da democracia. Como resultado, conclui-se que o vídeo do parlamentar demonstra um desapeço ao regime democrático brasileiro e, embora a ação judicial buscasse a contenção aos ataques às instituições, é contestável por seu prejuízo ao pluralismo político e à liberdade de expressão e por seu efeito contraproducente na garantia do Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVES:** Liberdade de expressão. Erosão democrática. Imunidade Parlamentar.

**ÁREA DO CONHECIMENTO:** 6.01.01.05-9

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bolsista de Iniciação Científica do CNPq, sob orientação do professor Dr. Marcelo Campos Galuppo. E-mail: gabrieloliveiracosta@hotmail.com.

**ABSTRACT:** On February 16th, 2021, the judge Alexandre de Moraes ordered the arrest of the congressman Daniel Silveira in flagrant offense, after the parliamentarian published a video on YouTube, in which he proclaimed outrages and calumnies to the Brazilian Supreme Court judges and encouraged a coup acts, such as a reissue of the *Ato Institucional Nº 5*. In the decision, Mr. Moraes considers that Mr. Silveira committed crimes against national security, such as trying to change, with the use of a serious threat, the current regime. This event takes place amid clashes between Bolsonaro's government allies against republican institutions, such as the *Supremo Tribunal Federal*. Thus, the objective of this paper is to examine the case of Daniel Silveira confronted with the limits of freedom of speech and parliamentary activity. For that, it was necessary to understand the theories about the breadth of the right to free expression, especially the limit defined by the clear and imminent danger of harm (the Brandenburg test) in American jurisprudence, the Brazilian normative set and, consequently, its implications for the stability of democracy. As a result, it is concluded that the video of the parliamentary is a demonstration of disregard for the Brazilian democratic regime and, although the judicial decision sought to contain the attacks against the institutions, it is contestable for its damage to political pluralism as well as for freedom of expression and for its counterproductive effect in assurance of the Rule of Law.

**KEYWORDS:** Free Speech. Democratic Erosion. Parliamentary Immunity.

## 1 INTRODUÇÃO

“Como é difícil acordar calado  
Se na calada da noite eu me dano  
Quero lançar um grito desumano  
Que é uma maneira de ser escutado”

A música *Cálice* escrita e interpretada por Chico Buarque e Gilberto Gil foi lançada em 1978 como protesto à censura promovida pela ditadura civil-militar no Brasil. O Ato Institucional Nº 5, que visava assegurar “a autêntica ordem democrática” (BRASIL, 1968), em seu artigo 4º, permitiu que o Presidente da República poderia “suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais” (BRASIL, 1968). Conforme o artigo 5º:

Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em:  
I - cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;  
[...]  
III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política; (BRASIL, 1968).

Em 16 de fevereiro de 2021, na vigência da Constituição de 1988 e do regime democrático, o deputado federal Daniel Silveira (PSL-RJ), divulgou vídeo na plataforma *YouTube* em que conclama medidas antidemocráticas, ataca a honra de ministros do STF e pede o AI-5 (BRASIL, 2021, p. 1). No vídeo, Silveira defende a manifestação do General Eduardo Villas Bôas, sobre o julgamento de Habeas Corpus do ex-presidente Lula, como resposta ao ministro Edson Fachin, que havia criticado o comentário do militar.

Como decorrência, o ministro Alexandre de Moraes do STF decretou a prisão em flagrante delito do parlamentar, em um desdobramento do inquérito 4.781/DF - conhecido como o ‘inquérito das *fake news*’, instaurado de ofício pelo então presidente do STF Dias Toffoli. Na decisão, Moraes considera que Silveira tentou mudar o regime vigente e impedir o livre exercício dos Poderes da União, incitou a subversão da ordem política ou social, caluniou o presidente do Supremo Tribunal

Federal, entre outras condutas tipificadas<sup>2</sup> na Lei Nº 7.170/83 (BRASIL, 2021, p. 5) - a Lei de Segurança Nacional (LSN).

A decisão de Alexandre de Moraes acontece em meio à percepção de risco latente para a democracia brasileira (V-DEM INSTITUTE, 2021, p. 18) e aos ataques frequentes às instituições democráticas, sobretudo, gerados pelo presidente da República Jair Bolsonaro e seus aliados. A prisão em flagrante de Daniel Silveira, contudo, eleva o embate institucionalmente, pois é o ataque de um membro do Poder Legislativo aos ministros do mais alto órgão do Poder Judiciário, que, unanimemente, referendam a prisão do parlamentar.

Cabe ressaltar que a Constituição confere aos parlamentares imunidades material e formal. Desse modo, quanto a imunidade formal:

Art. 53. [...]

[...]

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão (BRASIL, 1988).

E quanto a imunidade material, o caput do art. 53 estabelece que “os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos” (BRASIL, 1988). Portanto, o caso, que será investigado neste trabalho, se torna ainda mais problemático. Assim, o objetivo presente é examinar os limites da expressão do discurso político e a atividade parlamentar em virtude da garantida da ordem democrática.

Para isso, a decisão da prisão em flagrante delito foi analisada à luz das propostas sobre a amplitude da liberdade de expressão de John Stuart Mill, Ronald Dworkin e Cass Sunstein, como também, o ordenamento vigente, em especial, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de liberdade de expressão. Ressalva-se, que não será foco as questões formais e processuais que basearam a decisão - como a caracterização de prisão em flagrante delito e a consideração de crimes

---

2 Segundo Moraes, “as condutas praticadas pelo referido Deputado Federal, além de tipificarem crimes contra a honra do Poder Judiciário e dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, são previstas, expressamente, na Lei nº 7.170/73, especificamente, nos artigos 17, 18, 22, incisos I e IV, 23, incisos I, II e IV e 26”.



inafiáveis como aqueles em que não são concedidas fianças, entre outras -, embora sejam igualmente importantes e questionáveis.

## 2 DESENVOLVIMENTO

A decisão de Moraes não decorreu, substancialmente, pela ofensa à honra dos ministros do Supremo Tribunal Federal, mas por exortar e proclamar ações golpistas e autoritárias. A exceção é a caracterização do crime tipificado no art. 26 da LSN, por caluniar ou difamar o presidente do Supremo Tribunal Federal, apesar de, mesmo assim, o objetivo do tipo é, teoricamente, proteger a imagem de autoridades por interesse de segurança nacional. Segundo o ministro, as manifestações de Daniel Silveira são gravíssimas pois “se revestem de claro intuito visando a impedir o exercício da judicatura, notadamente a independência do Poder Judiciário e a manutenção do Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 2021, p. 1-2). Há outro trecho da decisão que Moraes caracteriza Silveira como reiterante na prática criminosa de incitar à subversão da ordem política. Portanto, o ato decisório do STF aparenta ser uma reação ao posicionamento antidemocrático do parlamentar, visto que, para a decisão, o deputado teria infringido o art. 5º, XLIV da CRFB/88, que prevê: “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”; como também, o art. 34:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

[...]

III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; (BRASIL, 1988).

A motivação ainda cita o art. 60, §4º, que estabelece:

Art. 60. [...]

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

Com essa fundamentação, Alexandre de Moraes equivocou-se pois o art. 5º, XLIV e o art. 34, III e IV não proíbem “a propagação de ideias contrárias a ordem constitucional e ao Estado Democrático”, mas há nesses artigos uma intenção do constituinte em proteger o regime democrático de ameaças concretas, como a ação de organizações paramilitares, mas não do discurso golpista. Além disso, o ministro ignora a jurisprudência da Corte quanto à intervenção de propostas inconstitucionais que só são excepcionalmente interditas pelo Supremo durante o processo legislativo<sup>3</sup> (BRASIL, 2013). Contudo, nem disso se tratava, pois o discurso do deputado não acompanhava uma deliberação do parlamento - que trata o art. 60, §4º, CRFB/88 -, sendo, na realidade, uma fala sobre os atores políticos do Estado brasileiro. Mesmo se fosse o cenário legislativo, ainda seria equivocado confundir a opinião parlamentar com a proposição em tramitação, proibindo a manifestação de representante eleito na tribuna.

Quanto à pertinência ao discurso autoritário de Silveira, é preciso compreender a importância de uma ampla liberdade de expressão. Segundo Sunstein, os discursos protegidos pela Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América estão divididos em dois níveis: “no primeiro estão as expressões dotadas de um alto valor político (*high level speech*), enquanto que, no segundo, encontram-se as expressões de baixo valor político (*low level speech*)” (ASSAF, 2019, p. 76-77). Para essa teoria, influenciada pelo republicanismo de James Madison, as expressões de alto valor são aquelas que pretendem e são recebidas como contribuição ao debate público (ASSAF, 2019, p. 82-83), e, portanto, “está claro que para Sunstein “o discurso político é firmemente protegido e pode ser regulado baseando-se apenas em uma forte demonstração de dano” (ASSAF, 2019, p. 84). O caso em questão é indiscutivelmente um discurso de natureza política de um agente público. Dessa forma, o vídeo do deputado estaria no nível mais elevado (*top-tier*) por seu alto valor político, o qual não é mensurado por sua qualidade argumentativa ou por outro juízo de mérito, mas se nele há a intenção e a recepção como expressão política. Isso porque, o dispositivo na Constituição dos EUA - e possivelmente na Constituição brasileira - tem como núcleo de proteção os diversos pensamentos políticos da sociedade, de modo a evitar que “ti-

3 Para entender mais: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 32.033/DF**. Ministro Relator: Ministro Gilmar Mendes, 20 de junho de 2013. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

ranias ocasionais de maiorias governantes”<sup>4</sup> persigam os opositores. Isso não significa que o republicanismo defendido por Sunstein considera a liberdade de expressão absoluta, pois “o governo pode impedir muitas formas de discurso, incluindo perjúrio, tentativas de suborno, ameaças, calúnia, propaganda enganosa, aconselhamentos médicos ou jurídicos não licenciados e solicitação criminal”<sup>5</sup> (SUNSTEIN, 1993, tradução nossa). Contudo, o pensador norte-americano entende que, como está no cerne da proteção constitucional, o discurso político “está firmemente protegido contra o governo, quando o Estado tenta banir o discurso político, ele está sujeito a mais forte presunção de inconstitucionalidade. Sem uma demonstração de dano provável, imediato e grave, o governo não pode regular o discurso político”<sup>6</sup> (SUNSTEIN, 1993, tradução nossa). Portanto, “só pode ser regulado na mais grave demonstração de dano”<sup>7</sup> (SUNSTEIN, 1993, tradução nossa), mesmo se for considerado como desrespeitoso ou vergonhoso, como Moraes classificou o vídeo de Silveira.

Então, deve-se entender o que seria esse limite pelo princípio do dano, que John Stuart Mill trata em *Sobre a Liberdade*. Para o filósofo, “o único propósito para o qual o poder pode ser exercido com justiça sobre qualquer membro da comunidade civilizada, contra sua vontade, é o de evitar dano a outros. A finalidade de seu próprio bem, físico ou moral, não é suficiente para conferir essa autorização” (MILL, 2017). Para Mill, o Estado ou a maioria da sociedade não possui legitimidade para restringir a liberdade de um indivíduo se sua ação não lesar a outrem. Desse modo, para que uma expressão possa ser limitada é preciso entender se é capaz de gerar prejuízo concreto para outra pessoa.

O caso *Brandenburg v. Ohio*, julgado pela Suprema Corte dos EUA, apresentou o teste da ação ilegal iminente, que auxilia, de maneira mais objetiva, no juízo sobre o risco de dano. Nele, um membro da Ku Klux Klan (KKK), Clarence Brandenburg convocou uma manifestação

4 “[...] occasional tyrannies of governing majorities [...]”. Expressão utilizado pelo *justice* Louis Brandeis em *Whitney v. California* 274 U.S 357 (1927).

5 The government can prevent many forms of speech, including perjury, attempted bribes, threats, private libel, false advertising, unlicensed medical and legal advice, conspiracies, and criminal solicitation.

6 Such speech is securely protected against government; when the state tries to ban political speech, it is subject to the strongest presumption of unconstitutionality. Without a showing of likely, immediate, and grave harm, government cannot regulate political speech.

7 If so, it can be regulated only on the gravest showing of harm.

do movimento supremacista em uma cobertura televisa - com pessoas vestidas com o paramento do grupo queimando uma cruz - para exigir que as autoridades adotem políticas racistas, dando a subentender que do contrário sofreriam consequências negativas. Na decisão, a Corte considerou que:

o discurso político somente pode ser proibido se for direcionado para incitar a ação violência, ou se provavelmente seja capaz de incitá-la. Pelo teste de Brandenburg, um discurso apenas pode ser restringido se for capaz de encorajar as pessoas a agirem de acordo com ele, causando e incitando a violência (SÁ, 2020, p. 52).

Este não parece ser o caso do discurso de Daniel Silveira, que, pelo conteúdo da decisão, não havia outros elementos que comprovassem o dano concreto à ordem política e ao Supremo Tribunal Federal. Como dito por Nigel Warburton, “para compreender algum exemplo específico que trata da liberdade de expressão ou da livre manifestação do pensamento é preciso, então, analisar quando a expressão foi produzida, a quem ela se dirigiu, com qual intenção ou, ao menos, com qual efeito previsível” (WARBURTON, 2020, p. 15). O deputado Daniel Silveira não possuía, naquele momento, uma capacidade de comandar um efetivo ataque aos ministros do Supremo Tribunal Federal ou ao regime de governo democrático com a veiculação do vídeo no *YouTube*.

Além disso, outro autor que vê a importância de uma ampla liberdade de expressão, sob uma perspectiva constitutiva - isto é, como fim em si mesma -, é Ronald Dworkin, que a considera como condição indispensável para um governo legítimo, e, conseqüentemente, para leis e políticas democráticas (DWORKIN, 2006 *apud* WARBURTON, 2020, p. 141). Todos os cidadãos precisam ter voz - mesmo para proferir opiniões sórdidas -, como também possuem direito ao voto, pois segundo Dworkin:

Assim como ninguém pode ser proibido de votar porque suas opiniões são desprezíveis, também não se pode negar a ninguém o direito de falar, escrever ou manifestar-se pelo rádio ou pela televisão pelo simples fato de as opiniões dessas pessoas serem insultuosas demais para ser levadas em consideração (DWORKIN, 2006 *apud* ASSAF, 2019, p. 140).

Essa parecia ser a posição do Supremo Tribunal Federal, percebida especialmente no julgamento da constitucionalidade da proibição de biografias não autorizadas pelas pessoas retratadas – ADI 4.4815/DF -, presente no Código Civil. Para o ministro Luís Roberto Barroso:

vale o registro de que a liberdade de expressão não deve proteger somente ideias positivas, socialmente aceitas, inofensivas e neutras, mas também aquelas negativas, ofensivas, incômodas e chocantes. Essa é uma exigência do pluralismo e da tolerância, essencial em uma sociedade democrática. Ainda que alguns tipos de discurso sejam mais protegidos que outros (o discurso político é mais tutelado que a publicidade comercial, por exemplo), há uma presunção de que todas as formas de expressão são, em princípio, amparadas pela liberdade de expressão (BRASIL, 2015, p. 170).

Em outro trecho, Barroso entende, inclusive, que as pessoas que atuam no espaço público estão ainda mais sujeitas aos insultos, conforme o trecho do seu voto:

O que eu quero significar é que qualquer pessoa que aceite operar no espaço público está sujeita a este tipo de crítica, está sujeita à crítica injusta e à crítica justa; está sujeita à crítica construtiva e à crítica destrutiva; está sujeita à crítica mal informada e à crítica bem informada; está sujeita à crítica bem intencionada e à crítica mal intencionada. Vem com o cargo, é o preço que nós pagamos; e acho que vem com a exposição pública de quem escolheu ganhar a vida exibindo-se - no bom sentido - para a plateia (BRASIL, 2015, p. 150).

Do mesmo modo, a ministra Rosa Weber entende:

não há dúvida de que a restrição à crítica tende a propiciar um ambiente percebido como mais confortável por aqueles investidos de autoridade na seara pública. O regime democrático, contudo, não tolera a imposição de ônus excessivos a indivíduos ou órgãos de imprensa que se proponham a emitir publicamente opiniões, avaliações ou críticas sobre a atuação de agentes públicos (BRASIL, 2015, p. 194).

Ademais, Dworkin adverte sobre critérios de restrição arbitrários - “tome cuidado com princípios que você só pode confiar se forem

aplicados por aqueles que pensam como você” (2010 *apud* SÁ, 2020, p. 149) -, que são colocados para impedir que valores caros ao grupo no poder sejam atingidos. No caso presente, cabe refletir, se a composição do STF fosse diferente, com ministros indicados por governos conservadores, qual discurso político seria restringido? Se um deputado federal comunista defendesse a ditadura do proletariado também, seria preso? Ou se um cidadão defendesse a adoção do anarquismo como sistema político e social estaria cometendo crimes tipificados na Lei de Segurança Nacional?

Outro argumento, para Dworkin, é que

[...] as pessoas moralmente responsáveis fazem questão de tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé. O Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis. Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la (DWORKIN, 2006 *apud* SÁ, 2020, p. 115).

Deste modo, ao proibir a veiculação do vídeo no YouTube, como também foi determinado na decisão, o ministro estaria tutelando o julgamento pelo eleitorado da fala do deputado, retirando o direito de o cidadão decidir, por si só, a veracidade e a razoabilidade do que foi dito por um representante democraticamente eleito.

Portanto, mesmo as declarações do deputado Daniel Silveira sejam golpistas e antidemocráticas, não se pode afirmar que possuíam o perigo real e iminente de gerar os danos considerados pelo ministro Alexandre de Moraes na decisão. É contestável, ainda, a contribuição que a censura realizada contribua ao pluralismo político e ao Estado Democrático de Direito, visto que impediu o exercício do debate público e desconsiderou a voz de parte da sociedade. Mesmo sob o ponto de vista de uma democracia militante, pensada pelo filósofo germânico Karl Loewenstein, que atua na defesa de suas instituições, a decisão foi contraproducente. Loewenstein entende que movimentos fascistas utilizam os instrumentos democráticos para atacar o regime vigente:

A democracia e a tolerância democrática foram usadas para sua própria destruição. Disfarçada de direitos fundamentais e do estado de direito, a máquina antidemocrática poderia ser construída e posta em movimento legalmente. Calculando habilmente que a democracia não poderia, sem abnegação, negar a qualquer corpo de opinião pública o uso pleno das instituições de livre de expressão, imprensa, assembleia e participação parlamentar, os expoentes fascistas sistematicamente desacreditam a ordem democrática e a tornam impraticável paralisando suas funções até que o caos reine. [...]. Até muito recentemente, o fundamentalismo democrático e a cegueira legalista não estavam dispostos a perceber que o mecanismo democrático é o cavalo de Tróia pelo qual o inimigo entra na cidade. Ao fascismo disfarçado de partido político legalmente reconhecido foram concedidas todas as oportunidades das instituições democráticas<sup>8</sup> (LOEWENSTEIN, 1937, p. 423-424, tradução nossa).

Por isso, o filósofo acredita que “se a democracia está convencida de que ainda não cumpriu seu destino, deve lutar em seu próprio plano com uma técnica que serve apenas ao propósito do poder. A democracia deve se tornar militante”<sup>9</sup> (LOEWENSTEIN, 1937, p. 423, tradução nossa).

Contudo, a prisão e censura deram repercussão maior ao deputado federal, que apesar do cargo, possui baixa relevância no ambiente político atual<sup>10</sup>. Isso pode alavancar sua carreira política, pois conquistou visibilidade na sociedade – inclusive, a produção deste texto é resultado dela -, e reconhecimento como mártir do seu movimento político. É o que aconteceu com Matthew Lyon (MILLER, 1951, p. 106-108), um representante na *United States House of Representatives*, que após censura por fazer pesadas - e ofensivas - críticas ao partido federalista e ao

8 Until very recently, democratic fundamentalism and legalistic blindness were unwilling to realize that the mechanism of democracy is the Trojan horse by which the enemy enters the city. To fascism in the guise of a legally recognized political party were accorded all the opportunities of democratic institutions.

9 If democracy is convinced that it has not yet fulfilled its destination, it must fight on its own plane a technique which serves only the purpose of power. Democracy must become militant.

10 Segundo informações da Câmara dos Deputados, o parlamentar apenas relatou 6 propostas legislativas - de pouco destaque - durante o seu mandato, todas em 2019. Além disso, não ocupou a presidência de Comissões e tampouco foi líder de seu partido ou de um bloco parlamentar. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/deputados/204454>>. Acesso em: 12 mai. 2021.

presidente John Adams, publicadas em jornais e expressas na Casa dos Representantes, foi preso por violar os *Alien and Sedition Acts*. Com o encarceramento, foi elevado a condição de herói pelos opositores e reeleito ao cargo, o que demonstra a eficácia do efeito Streisand. Esse fenômeno:

que naturalmente tem ocorrência cronológica recorrente bem anterior ao fato que lhe deu origem, ganhou esse nome devido à uma polêmica judicial na qual se envolveu a cantora americana Barbra Streisand. O nome foi cunhado pelo weblogger Mike Masnick, tendo se tornado um termo utilizado nos casos em que um fato até então praticamente anônimo ou despercebido (como uma foto, um vídeo, uma ação judicial) ganha visibilidade mundial através da internet devido à interferência da própria pessoa que se sentia incomodada ou ofendida com o objeto, tentando, por algum meio, censurá-lo (REIS; COSTA, 2013, p.1).

### 3 CONCLUSÃO

Conclui-se assim, que ao punir a opinião política do deputado federal por crimes tipificados em uma lei com histórico autoritário e constitucionalidade duvidosa, a prisão foi excessiva sob o prisma da democracia liberal e até contraproducente na garantia do regime democrático brasileiro. Diante disso, é preciso lembrar o voto da ministra Carmén Lúcia na ADI 4.815/DF: “na ciranda de roda da minha infância, alguém ficava no centro gritando: “cala a boca já morreu, quem manda em minha boca sou eu”. O tempo ensinou-me que era uma musiquinha, não uma realidade” (BRASIL, 2015, p. 20). De fato, o cala boca não morreu, ele continua respirando - e sem ajuda de aparelhos.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSAF, Matheus. **Liberdade de expressão e discurso de ódio: por que devemos tolerar ideias odiosas?**. Belo Horizonte: Dialética, 2019.

BRASIL. **Ato Institucional Nº 5**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4.781/DF**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 16 de fevereiro de 2021. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/INQ4781FLAGRANTEDELITODECISAO.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983**. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 32.033/DF**. Ministro Relator: Ministro Gilmar Mendes, 20 de junho de 2013. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/DF**. Relatora: Carmen Lúcia. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 16 fev. 2015. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 12 mai. 2021.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I. **The American Political Science Review**, Washington (DC) v. 31, n. 3, p. 417- 432, jun., 1937. Disponível em: < <https://www.jstor.org/stable/1948164?seq=1>>. Acesso em: 12 mai. 2021.

MEDRADO, Vitor Amaral. **A liberdade de expressão e a Justiça Brasileira: tolerância, discurso de ódio e democracia**. Belo Horizonte: Dialética, 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FILOSOFIA DO DIREITO E SOCIOLOGIA DO DIREITO

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade e A Sujeição das Mulheres**. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. *Ebook*.

MILLER, John Chester. **Crisis in freedom: the Alien and Sedition acts**. Boston: Little, Brown, 1951.

REIS, Rosana Taynara Braga; COSTA, Rafael Rodrigues da. Efeito Streisand e WikiLeaks: estudo de um caso concreto sobre como um fenômeno típico da web 2.0 pode ajudar a alavancar ou a minar a divulgação de informações. **7º Simpósio Nacional da Associação Brasileira de Ciberultura**, 2013.

SÁ, Mariana Oliveira de. **O discurso de ódio, o silêncio e a violência: lidando com ideias odiosas**. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

SUNSTEIN, Cass R. **Democracy and the Problem of Free Speech**. New York: The Free Press, 1993. *Ebook*.

New York: The Free Press, 1993

V-DEM INSTITUTE. **Autocratization Turns Viral: Democracy Report 2021**. Gothenburg: GU Interntrycke, 2021. Disponível em: <[https://www.v-dem.net/media/filer\\_public/74/8c/748c68ad-f224-4cd7-87f9-8794add5c60f/dr\\_2021\\_updated.pdf](https://www.v-dem.net/media/filer_public/74/8c/748c68ad-f224-4cd7-87f9-8794add5c60f/dr_2021_updated.pdf)>. Acesso em: 11 mai. 2021.

WARBURTON, Nigel. **Liberdade de expressão: uma breve introdução**. Trad. Bárbara Batalha da Silva. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

# DO TEMPO DA CRISE AO ESTABELECIMENTO DA CRISE: DIÁLOGOS ENTRE FILOSOFIA, LITERATURA E DIREITO

## FROM THE TIME OF THE CRISIS TO THE ESTABLISHMENT OF THE CRISIS: DIALOGUES BETWEEN PHILOSOPHY, LITERATURE AND LAW

José Flôr de Medeiros Júnior<sup>1</sup>

“Numa palavra, não é propriamente ao tempo que a história deve o seu grau de antiguidade – e o que se pretende com essa observação feita de passagem é aludir e remeter ao caráter problemático e à peculiar duplicidade desse elemento misterioso.” (Thomas Mann)

“Nossa hipótese de trabalho consiste, portanto, em tomar a narrativa por guardiã do tempo, na medida em que não haveria tempo pensado que não fosse tempo narrado.” (Paul Ricoeur)

**RESUMO:** Objetiva-se com este trabalho estabelecer diálogo entre os territórios da filosofia, da literatura e do direito para compreensão das categorias tempo e crise perpassando, para isto, pelo tempo da crise. A escrita perpassará pela categoria intriga presente à narrativa e como o tempo, e o tempo da crise aparece no espaço da Filosofia, da Literatura e do Direito. Desta feita, se faz necessário entender a crise não apenas na condição de palavra posta para discutir a crise por ocorrer ou ocorrida. O que é crise? Qual o tempo da crise? Fala-se de crise econômica, social, política, cultural, ética, nas/das artes, na/da literatura, na filosofia, no/do pensamento, no/do conhecimento e, desta forma, vive-se em estado permanente de crise. Discutir a forma como estas variadas crises aparecem nos campos do saber passa a ser objeto de investigação à construção do presente texto.

<sup>1</sup> Mestre em Ciências Jurídicas (UFPB); Mestre em Direito (Unipê); Pós-Graduado em História (UEPB); Graduado em História (UEPB); Graduado em Direito (UNIFACISA); Membro pesquisador do Nepedill (Uniuibe); Membro pesquisador do Contra Legem (Unipampa); Membro da RDL; Membro da Abrafi.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tempo; Espaço; Crise; Filosofia; Literatura.

**ABSTRACT:** The aim of this work is to establish a dialogue between the territories of philosophy, literature and law to understand the categories time and crisis, going through, for this, the time of crisis. Writing will go through the category of intrigue present in the narrative and like time, and the time of crisis appears in the space of Philosophy, Literature and Law. This time, it is necessary to understand the crisis not only as a word to discuss the crisis that has occurred or has occurred. What is crisis? What is the time of the crisis? There is talk of an economic, social, political, cultural, ethical crisis in / of the arts, in / of literature, in philosophy, in / of thought, in / of knowledge and, thus, we live in a permanent state of crisis. . Discuss how these various crises appear in the fields of knowledge become the object of investigation in the construction of this text.

**KENWORD:** Time; Space; Crisis; Philosophy; Literature.

## 1 INTRODUÇÃO

O Séc. XXI impõe ao pesquisador espaço a necessitar um (re) pensar. Isto não quer afirmar que os séculos pretéritos não obrigaram o (re)pensar das categorias postas anteriormente como resolvidas no território da filosofia, do direito e da literatura. Afirmamos estes três territórios do saber por ser o *locus* das linhas a compor este escrito. Tempo, espaço e crise estão presentes de forma distinta, em alguns momentos se entrecruzam, na interface literatura, filosofia e direito.

Isto posto, o escrito ora apresentado discutirá do quão a crise é insubstituível ao processo de evolução do conhecimento literário, filosófico e jurídico e de como o terreno à produção vem a ser fertilizado pelas crises em suas diversas formas e maneiras moldando, assim, novos paradigmas. Econômicas, sociais, políticas e culturais são *locus* de produção aquele a ter o olhar detido aos acontecimentos presentes em seu tempo.

A possibilidade de crescer no espaço-tempo da crise perpassa por entender os elementos de transição a formatar a própria crise abrindo espaço na placa tectônica do conhecimento posto para o emergir, pelas fissuras abertas, de um novo conhecimento. Isto ocorre de forma mais fácil à compreensão, não significando menos traumática aos territórios do saber, quando existe o diálogo (necessário por sinal) entre saberes de territórios distintos comunicando-se entre si. No caso em tela, literatura, filosofia e direito.

Ao longo da escrita deste não será nossa preocupação delimitar fronteira entre literatura, filosofia e direito objetivando facilitar a comunicação entre estes saberes. Isto posto, não significa afirmar o uso de categorias de um saber em outro. A título de exemplificação temos a narrativa literária e a narrativa presente à filosofia constituindo-se como narrativas distintas, embora possuam a mesma escrita em termos de palavra são sentidos, signos e significados distintos. Esta preocupação teórico-metodológica será resolvida com o caminhar da escrita.

No concernente ao aspecto metodológico iremos procurar estabelecer caminhada pela hermenêutica filosófica proposta por Paul Ricoeur. Entendemos ser possível discutir a temática proposta partindo das premissas de Ricoeur ao longo de sua obra, não deixando à margem da caminhada os escritos de Walter Benjamin no relativo ao caminhar, a

estética e *a obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica*, título, inclusive, de um dos escritos de Walter Benjamin.

A preocupação do presente texto não é esgotar a discussão posta e exposta. Percebemos ser este um dos pontos de partida, inclusive. O de questionar discussões postas na condição de absolutas, aumentando, assim, a responsabilidade com a palavra crise delimitada no tempo-espaço em que ocorre e vem a ser percebida, ou não, pelo pesquisador.

Antes de adentrarmos ao ato de responder os questionamentos postos entendemos ser necessário expor que no universo de responder se faz necessário caminhar à procura do que devemos responder. Neste sentido concordamos com Ginzburg quando afirma que “nas ciências humanas fala-se muito, e há muito tempo, de “representação”, algo que se deve, sem dúvida, à ambiguidade do termo.” (Ginzburg, 2001, p. 85).

Embora Representação não venha a ser o cerne de nossa discussão proposta é imperioso demarcar o que representa, ou não, uma crise no universo do tempo-espaço nos territórios delimitados da filosofia, da literatura e do direito. A cada território a mesma crise afetará de forma diversa a um ou a outro espaço do saber. E é nesta trilha, a de conhecermos o afetar de maneira distinta, que iniciamos nosso espaço de escrita como que estivéssemos a caminhar através das palavras nos espaços de saber.

## 2 DO TEMPO DA CRISE E DA CRISE DO TEMPO

Em seu texto *Costumes em Comum* o historiador E. P. Thompson afirma não ser seu “desejo discutir até que ponto a mudança foi causada pela difusão de relógios a partir do Séc. XIV em diante.” (THOMPSON, 1998 p. 268) para expor o que pretende discutir. A saber: “até que ponto, e de que maneira, essa mudança no senso de tempo afetou a disciplina de trabalho, e até que ponto influenciou a percepção interna de tempo dos trabalhadores?” (THOMPSON, 1998, p. 269). Delimitando, assim, seu caminho à pesquisa e escrita a partir de seu objeto de estudo posto à reflexão.

A exposição de Thompson, consagrada pela historiografia, nos oferece elementos necessários à construção de resposta possível ao que possa ser Crise. A priori, afirmamos que o relógio, enquanto objeto imediatamente visto, não consegue traduzir o que vem (ou possa ser) o tem-

po. O relógio ao (tentar) falar do (e sobre) tempo termina por arquivar o tempo em um processo de congelamento do mesmo. Thomas Mann em *A Montanha Mágica* discorre acerca do tempo e expõe “que é o tempo? Um mistério – inessencial e onipotente. Uma condição do mundo dos fenômenos, um movimento, ligado e mesclado à existência dos corpos no espaço e a seu movimento.” (Mann, 2016, p. 399). O embate que se segue nas páginas escritas no território da Literatura são mais fecundas que o dito pelas páginas da História. Afirme-se, de imediato, que não estamos a dizer de uma importância maior à História ou a Literatura. Entretanto, o debate no alto da montanha de Mann é, filosoficamente, muito mais denso que o proposto por Thompson em sua escrita histórica. O que não elimina a possibilidade de aprofundar a discussão aberta pelo historiador inglês.

Voltemos ao relógio em sua busca do tempo.

O relógio enquanto objeto/coisa não consegue transportar para o mundo o que possa ser o tempo embora as Ciências Humanas não deixem de falar no/do tempo em recortes onde o relógio, o calendário, a data, a hora, o minuto e os eventos são situações postas como que fossem o tempo, quando não passam de marcações do/no relógio. O relógio não carrega consigo (nem consegue demonstrar) as lembranças vividas, a memória, o passado (se existente), o futuro (se possível) em seu passar de ponteiros a marcar a hora e não o tempo. O relógio, enquanto representação cultural do tempo em determinada época, inclusive neste instante, não passa de uma nomeação social da linguagem como sendo a coisa objetificada capaz de medir a passagem do tempo como possível fosse a mensuração do tempo.

O relógio ao ser transformado em símbolo do tempo termina por diminuir os sentidos e significados presentes no próprio tempo em seu passar cotidiano. Thompson ao não querer discutir a expansão dos relógios termina por não discutir o tempo dos trabalhadores, visto que o tempo trabalhado é diferente do trabalho marcado pelo relógio. O tempo do trabalho não é o tempo do relógio, como o tempo do relógio não é o tempo em si. O relógio nos impede de perceber o trabalho vivido por não permitir olharmos o tempo em seu caminhar. O relógio carrega a imagem do tempo, mas está dentro do tempo em permanente transformação e a permitir o surgimento do próprio relógio. Afirma Thompson de que “a padronização do tempo social no porto marítimo observa os ritmos do mar; e isso parece natural e compreensível para os pescadores ou navegadores: a compulsão é própria da natureza” (Thompson, 1998, p. 271).

Ocorre que o tempo não pode ser visto de forma padronizada e páginas atrás o autor havia afirmado de sua preocupação em entender “até que ponto tudo isso se relaciona com mudanças na notação interna do tempo?” (Thompson, 1998, p. 269). Duas situações devem ser vistas. Sobre a primeira reafirmamos da inexistência de um tempo padronizado em qualquer que venha a ser o tecido social. A segunda que a notação interna de tempo é algo individual e muito mais vinculado a uma visão psicológica do tempo do que a uma visão histórica ou historiográfica do tempo. Ao centrar seu olhar nas transformações no tempo com o advento do relógio e como isto afetava os trabalhadores Thompson terminou por encaminhar seu escrito em direção a uma não análise do tempo, ao momento que quer perceber sua notação interna. A contradição não é aparente e demonstra o quão a história, enquanto território do saber, não pode apontar o olhar ao tempo embora dele seja vítima e alzo na mesma medida. Afinal, como bem expõe Ricoeur, “o tempo do calendário é a primeira ponte estendida pela prática histórica entre o tempo vivido e o tempo cósmico.” (Ricoeur, 2019, p. 177). Thompson reside aprisionado ao tempo do calendário quando dele propõe um olhar diverso. Esqueceu as lembranças, a memória e a narrativa. Esqueceu, assim, a História.

Ademais, nem sempre tivemos relógios, embora o tempo sempre tenha existido. Em algum momento (totalmente impreciso o instante da ocorrência) o homem precisou demarcar algo a representar o passar de seu viver e da ampulheta ao relógio estabeleceu representações de tempo através de objetos/coisas que terminam por anular o existir do próprio tempo ao tentar construir uma mensuração do tempo. A crença agostiniana na divindade eterna o fez crer na eternidade (noção de tempo) da mesma forma que o relógio nos faz crer ser possível mensurar o tempo. Por outro prisma Emmanuel Lévinas nos apresenta que

“é chegado o momento de perguntar se esta entrada de uns na representação de outros – se este acordo entre pensamentos, na sincronia do dado – é a única – original e última – racionalidade dos pensamento e do discurso; se esta reunião do tempo em presença pela intencionalidade – e, assim, se a redução do tempo à essência (essance) do ser, sua redutibilidade à presença e à representação – é a intriga primordial do tempo; e se a manifestação da presença – se o aparecer – equivale à racionalidade.” (Lévinas, 2010 p. 189).

A hipótese levantada por Thompson reside em um tempo de crise e, ao nosso olhar, este fator não é levado em conta pelo autor. O relógio



é a crise presente à época ao modificar a concepção de tempo existente em várias situações modificando o cotidiano das pessoas no universo fabril. São diversas crises presentes ao mesmo instante: a do tempo, a do relógio, a da fábrica, do trabalhador, da filosofia, da literatura e a do direito. Embora utilize na escrita de seu texto a palavra mudança o autor questionado não a expõe no campo da crise, ou como crise. A coloca na condição de mudança, apenas. Tal situação reduz a modificação pela crise da concepção de tempo.

O relógio cria, utilizando a expressão de Paul Ricoeur, a “ficção do fim” (Ricoeur, 2019, p. 41) ao estabelecer o arbítrio do término do dia, da semana, do mês, do ano, da vida. E esta ideia de finitude posta pelo relógio ao tempo o torna símbolo, embora não o seja, do tempo. Não podemos esquecer de que os objetos sempre tiveram um simbolismo para os seres humanos. Ítalo Calvino nos ensina que “o simbolismo de um objeto pode ser mais ou menos explícito, mas existe sempre.” (Calvino, 1990a, p. 49) e este é o caso do relógio. E no campo da literatura, alude Calvino, de que

O trabalho do escritor deve levar em conta tempos diferentes: o tempo de Mercúrio e o tempo de Vulcano, uma mensagem de imediatismo obtida à força de pacientes e minuciosos ajustamentos; uma intuição instantânea que apenas formulada adquire o caráter definitivo daquilo que não poderia ser de outra forma; mas igualmente o tempo que flui sem outro intento que o de deixar as ideias e sentimentos se sedimentarem, libertarem-se de toda impaciência e de toda contingência efêmera. (Calvino, 1990b, pp. 68-69)

A propositura que emerge agora vem a ser: Que relação guarda a propositura de E. P. Thompson com a proposta exposta à elaboração deste escrito? A resposta é objetiva. E. P. Thompson não considera em seu escrito as categorias crise, espaço, crítica e memória, embora queira discorrer acerca do, e sobre o, tempo. O tempo é elemento de crise em sua natureza por romper com o espaço a partir do par espaço-tempo, constrói críticas ao passado (elemento de tempo), as possibilidades de um futuro (elemento de tempo). Por fim, não discute as lembranças e a memória contidas no espaço-tempo anterior ao advento do relógio por não considerar as narrativas. Isto posto, avancemos na conceituação da categoria Crise.

De acordo com Kujawski “o fenômeno da crise está normalmente associado à ideia de esgotamento, regressão e esterilidade.” (Kujawski, 1991, p. 33) e desta forma a crise vem sendo vista ao longo do tempo. A crise deve ser enxergada enquanto momento de criação e não de paralização, como assim ficou demonstrado quando da ocorrência do Renascimento e do Iluminismo, Maquiavel e Kant, respectivamente. O olhar para a palavra isolada transformou a palavra crise em um substantivo com característica negativa e tal fato impede de vermos o que construímos na crise.

Reinhart Koselleck, por outro olhar, nos demonstra que “o termo crise, em seu sentido provocador, só apareceu efetivamente no momento em que se exigiu que o juízo constantemente proferido pelos iluministas fosse executado, em virtude dos postulados políticos que anunciava.” (Koselleck, 1999, p. 147). Ou seja, a crise do Antigo Regime e a ascensão do Iluminismo são frutos de crise e que desta o homem retira proveito ao edificar um novo caminho à filosofia, à literatura e ao direito. Era, portanto, um novo tempo deslocado do tempo de relógio.

E é nesta linha de raciocínio que Bordoni vem afirmar que “a crise é o fator que predispõe à mudança, que prepara para futuros ajustes sobre novas bases, o que absolutamente não é depressivo.” (Bordoni, 2016, p. 11). Desta feita, Kujawski, Koselleck e Bordoni por lentes distintas se debruçam a olhar a importância da categoria crise enquanto fator de modificação do tecido social e de (re) fundação e (re) significação de um novo pensar a partir de um (re) pensar. O contrário disto será apenas isolar a palavra no mundo amorfo dos dicionários. Neste diapasão aportamos nosso raciocínio ao de José Saramago quando aduz que é

com apreciável e tranquilizadora unanimidade sobre o significado da palavra, os dicionários definem como ridículo tudo quanto se mostre digno de riso e zombaria, tudo o que mereça escárnio, tudo o que seja irrisório, tudo o que se preste ao cômico. Para os dicionários, a circunstância parece não existir, se bem que, obrigatoriamente chamados a explicar em que consiste, lhe chamem estado ou particularidade que acompanha um facto, o que, entre parêntesis, claramente nos aconselha a não separar dos factos as suas circunstâncias e a não os julgar a eles sem as ponderar a elas. (SARAMAGO, 2000, 163)

O pensamento saramaguiano discorre acerca da necessária contextualização no uso dos vocábulos, no caso em tela – crise, para que possa existir compreensão do uso da palavra. O isolamento da palavra

sem contexto, sem tempo e sem espaço construiu uma muralha a cercar o termo crise fazendo com que este apareça na condição de um substantivo onde o adjetivo passa a dizer do que estamos a falar: crise econômica, crise cultural, crise social, crise cultural. Ao tempo que não carrega consigo valor filosófico, histórico, jurídico e da narrativa presente à crise devido ao deslocamento da palavra crise para um processo de adjetivação a lhe por, em tese, um sentido/signo/significado.

### 3 A CRISE EM POSSIBILIDADES: O TEMPO DA ARTE

Nomear este tópico de crise em possibilidades é a afirmação de que o tempo em sua noção de futuro, na realidade de possibilidades, acarretará novas crises e, portanto, novos territórios de conhecimento no espaço-tempo denominado de possibilidades. Não estamos afirmando qual crise virá, apenas da permanência da crise gerando situações ao/de saber.

Por este olhar, a crise está atrelada às críticas derivadas da (e postas à) razão iluminista terminou por ser palavra mágica a tudo responder quando escrita ou pronunciada. Entretanto, tem-se que a crise ao invés de ser posta como caminho à ampliação do conhecimento vem sendo vista como resposta aos problemas contemporâneos. Advindos, que são, da Modernidade. Ou seja, a culpa é da crise. Por este raciocínio vive-se uma crise eterna e, neste ponto, termina por adentrar ao tempo na condição de construção teórica essencial à compreensão do conflito presente no tecido social representado pela crise.

A crise é, então, posta como resposta possível, mas não única, aos problemas da sociedade contemporânea fazendo surgir a eternidade (noção de tempo) da crise. O mundo está em crise. Tal afirmativa, preocupante em si, não diz absolutamente nada. O postulado “o mundo está em crise” carece de uma pergunta a edificar uma possibilidade de resposta. Na ânsia de a tudo responder sem nada perguntar afirma-se da/na crise enquanto postulado eterno. A razão iluminista, aliás, somente conseguiu edificar-se na eterna procura de, e de forma furiosa, retirar o brilho presente à fé para erguer-se enquanto nova divindade após longos períodos de crise para instalar-se administrando sua própria crise a partir da ideia da razão.

Ao longo da História, da História da Filosofia, da Filosofia, do Direito e da Literatura não foram poucos os casos onde a arte e a obra de arte foram questionados pelos valores morais e jurídicos ao tempo

da arquitetura da obra. Para não voltarmos por demais no tempo, nem ampliarmos o leque de exemplos, escolhemos utilizar, a título de exemplificação, o término do mundo medieval e o período denominado de Renascimento. O Renascimento ficou caracterizado como o período histórico de superação do pensamento teológico enquanto centro do Universo, por um pensar antropocêntrico partindo de uma nova leitura dos autores greco-romanos. No campo político ocorria o processo de centralização política com a formação dos Estados Nacionais e a decadência dos senhores feudais, alicerçados em um poder político descentralizado. Tais transformações foram as bases ao surgimento da burguesia que, mais tarde, faria novas transformações políticas, econômicas, sociais e culturais na Europa. Em uma palavra: crise.

Autores, escultores e pintores como Camões, Cervantes, Erasmo de Rotterdam, Shakespeare, Da Vinci, Maquiavel, Michelângelo estão dentro de uma lista que pode ser denominada de interminável, visto que até hoje a arte é pressionada pela sociedade em nome de valores desconhecidos do próprio tecido social, embora sejam denominados de valores morais, éticos e estéticos. Os artistas citados estão dentro de um período de transição onde a (re) leitura dos textos gregos e romanos fundamentou o período do Renascimento enquanto crise de um conhecimento construindo espaço a um novo conhecimento. Àquela época estes foram questionados, chamados de insanos, loucos, hereges dentre outras denominações que terminava por colocar estes à margem da sociedade. Hoje, estes mesmos autores, escultores e pintores são lidos, relidos, vistos, publicados, pesquisados, postos como homens geniais. O que mudou, então? Houve a superação daquele momento de crise sem que a sociedade o veja, hoje, como crise.

Ao tempo que as fogueiras a queimar hereges foram afastadas à medida que o plano jurídico avançava e as sociedades a viverem em seu próprio tempo (isolamento) passam a encontrar dificuldades para entender o retrato social que a arte faz, através da obra de arte, do próprio tecido social.

Umberto Eco em *O Nome da Rosa* chama a atenção para a proibição ao riso dentro de uma sociedade em crise, visto que em transição. Uma sociedade envelhecida a procurar nos autores clássicos, gregos e romanos, conhecimentos para superar o momento vivido. Aduz Eco que “os homens de outrora eram grandes e belos (agora são crianças e anões), mas esse fato é apenas um dos muitos que testemunham a desventura de um mundo que vai envelhecendo.” (ECO, 1983, p. 25) O envelhecimento de uma sociedade, situação comum na história da humanidade, vem

somada do empobrecimento de seus traços culturais com o emergir de novas situações culturais que, naturalmente, entram em rota de colisão. Nova crise ou a permanência da anterior em seu caminho de transição?

Ancoramos nossa nau à segunda posição. O conhecimento aristotélico, narrado por Eco, colide com o conhecimento teológico, ao tempo que os dois não conseguem enfrentar o surgimento de novos saberes. É neste espaço que a arte é denunciadora, sendo o artista um pecador para a igreja, alguém posto às margens da sociedade e, sendo assim, deve ser julgado no âmbito do direito. Pode o Direito julgar a Arte? Objetivamente, não.

O crime cometido (caso existisse) pelo artista ao utilizar-se da arte para expor seu pensar, seu refletir, pode então ser chamado de kafkiano. Kafka em *O Processo* narra a situação do personagem Josef K. que, ao questionar do que está sendo acusado, tem como resposta a de não terem sido “incumbidos de dizê-lo. Vá para o seu quarto e espere. O procedimento acaba de ser iniciado e o senhor ficará sabendo de tudo no devido tempo.” (KAFKA, 1997, p. 11). O texto kafkiano, embora pertença à literatura, é utilizado pelo Direito como caminho à construção da defesa do acusado de algo, real ou não. Assim como no mundo jurídico.

Deve-se perceber que, independentemente do artista, da arte ou da obra de arte, sendo inocente ou não, o procedimento de questionamento, de julgamento, de inquirição, está iniciado pela sociedade em uma processualística sumária. Interessante, também, que a maior parte da sociedade a criminalizar a arte desconhece Kafka e Josef K. Este ponto, o do desconhecimento, é crucial à compreensão da maneira como a crise não é percebida enquanto não afirmada pelo adjetivo a ela posto. O conjunto opinativo sobre o fato estava, e continua a residir, baseado em valores morais, éticos e estéticos ou simplesmente em um não entender sobre o que reside aos seus olhos na condição de arte. Mas, em nenhum momento as opiniões estão embasadas em valores jurídicos, que sabemos, são valores filosóficos, históricos, sociais e culturais. Estamos, portanto, diante de um triplo desconhecimento: do direito, da história e da cultura. Tal desconhecimento impede o estranhamento do olhar em direção à obra de arte ao tempo que a condena. Não é arte.

Aspecto importante a compreender em relação à arte e a obra de arte diz respeito ao tempo. Os escritos literários de uma época fazem alusão aquele tecido social, em suas modificações políticas, sociais, econômicas e culturais, ou nas permanências destas. Não é por coincidência que em regimes autoritários, ou quando da imposição de regimes ditato-

riais, a literatura é, de pronto, criminalizada por atentar contra os valores, ditos como legais e sociais por serem meramente estatais.

Vê-se, assim, não ser gesto fácil ao artista agradar (não penso que assim o queira fazer) a sociedade, sua julgadora inquisitorial, com a arte. Kant alega que a satisfação está atrelada com o interesse, no caso o interesse de quem olha, podendo gostar, ou não, da obra de arte. Segundo o autor “a satisfação com o belo depende da reflexão sobre um objeto que conduz a algum conceito (seja este qual for) e, com isso, se distingue também do agradável, que se baseia inteiramente na sensação.” (KANT, 2016, p.207).

Transgressora, desde de seu nascer, a arte denuncia algo, ataca situações políticas, sociais e ou culturais, cria uma sensação de desconforto à sociedade que passa a criticar o artista e, por consequência, a arte e a obra de arte. Sem perceber que neste conjunto de críticas ela, sociedade, está inserida. A arte é inerente à crise assim como a crise sobrevive da arte e dela é construtora.

Neste trajeto existe a perda da capacidade de reflexão da sociedade em relação ao que ver, por ser questionada através do que visualiza. Encontra-se à frente do espelho e, perde, assim, a capacidade de julgar. Diferentemente acontece com quem consegue fazer a distinção, conforme aponta Gadamer ao afirmar que “quem possui sentido estético sabe discernir o belo e o feio, a boa e a má qualidade, e quem possui sentido histórico sabe o que é possível e o que não é possível para uma época, e tem sentido para distinguir o passado do presente.” (GADAMER, 2015, P. 23)

Ocorre, entretanto, ser pequena a parcela da sociedade capaz de discernir entre o belo e o feio e, portanto, o artista estará sempre errado perante os olhos do tecido social ao qual pertence e onde sua obra de arte é apresentada. Ato contínuo, o agrupamento social chama em sua defesa o aparato jurídico estatal para aplicar a penalidade a quem quebrou o conjunto normativo estabelecido. Mas, qual norma foi quebrada? Que pena aplicar? A única norma rompida foi a de retratar a sociedade através da arte e, no Direito, não existe norma aplicável a estes, digamos, delitos. Alegar-se-á que valores morais foram atingidos pela arte exposta. Mas, são os valores morais capazes de proibir, impedir, a criação artística? A resposta é imperiosamente negativa. Pode, e isso já vem a ser muito, impedir que a criação venha a ser apresentada a sociedade, mas não impede a criação.

Estamos, assim, diante de uma situação onde o artista, a arte e a obra de arte, teriam, de ter realizado aquilo que Kant colocaria enquanto elemento necessário ao entendimento do fato a atrair a culpa a quem o pra-

ticou, e este teria de ser “um ato contrário ao dever” (KANT, 2014, p. 26), gerando, desta forma, uma transgressão. Mas a arte é transgressora em sua natureza. Deixemos clarificado não estarmos diante, ou imersos em, de um jogo de palavras. A arte não comete transgressão, embora seja transgressora.

A arte é transgressora pelo fato de denunciar os fatos sociais via a construção artística da obra de arte. Que culpa carrega o artista? A arte? A obra de arte? Não existe conduta delituosa no artista (pensar não é crime), na arte ou na obra de arte (materialização do pensar). Caso existisse, seria toda a sociedade culpada do mesmo crime. O que, digamos, é impossível. Afirmar-se, assim, a crise enquanto elemento permanente à sociedade.

Retratar a sociedade, ou parte dela, não é conduta passível de punição, visto não ser transgressão, embora seja transgressora ao conseguir expor tudo aquilo que é o tecido social, ou parte dele procura negar. Eco afirma que o homem deve ser “agudo para descobrir e prudente (se for o caso) para encobrir.” (ECO, 1983, p. 45) e a arte desnuda o homem social e termina sendo criminalizada pelo simples fato, conforme alude Eco que “nem todas as verdades são para todos os ouvidos, nem todas as mentiras podem ser reconhecidas como tais por uma alma piedosa.” (ECO, 1983, p. 54). Aproveitamos o ensejo para, pedindo licença ao semiólogo para afirmarmos que nem todas as artes são para todos os olhos.

Lê-se, por este ângulo, que nem toda a sociedade brasileira, digamos que a maior parte, está pronta para o artista, para a arte e para a obra de arte. Seria como criminalizar o beijo em Romeu e Julieta de Shakespeare. O beijo é transgressor, ocorre em uma peça, o roteiro estava escrito. Quem escreve, o artista, não cometeu nenhuma transgressão ao relatar o amor proibido entre duas famílias. Não é por demais afirmar que à época a sociedade inglesa residir em crise.

A arte, assim como a obra de arte, criações do artista que são, conformam um texto que, quando lido sem o contexto onde foi pensado antes de sua materialização forma uma situação desconexa da realidade e, sendo assim, fácil de ser criticada por quem desconhece a/da arte. Hoje é natural, até existem versões várias, da peça Romeu e Julieta. Ocorre que a trama central da peça de Shakespeare não é lida em seu contexto. As pessoas desconhecem a história e, desta forma, desconhecem, sempre, o escrito shakespeariano. Em tempo, ninguém mais fala em punir o autor.

Não é demais perguntar se o quadro Retirantes de Candido Portinari, datado de 1944, seria transgressão ou a tela uma obra de arte transgressora? Ao retratar a saída de famílias de sua terra natal por ausência de trabalho, de alimentação e pintados de forma esquelética, carregando suas crianças ao lado, seria o caso de uma transgressão por parte do ar-

tista ou o mesmo estava a usar da arte, enquanto transgressora, como um caminho à denúncia da situação de milhares de famílias no interior do Brasil a fugir de seus locais de nascimento para não morrer de fome?

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A escrita sobre crise objetivou esclarecer que a mesma não pode ser vista na condição negativa, apenas. A condição positiva da crise reside que ela nos permite pensar na superação do problema vivido. Para o trabalho ora término, a superação da crise ao longo, e dentro, do tempo terminou sendo o embate estabelecido. Urge (re)pensar a crise em seus aspectos histórico-político-jurídicos. O tempo permitiu entender o avançar das crises, a construção destas, a permanência das crises na memória. O tempo, seja ele qual for, nos remete a utopias, possibilidades e realidades, e não é como vem sendo tratada a categoria crise.

A percepção filosófica do tempo veio para o trabalho enquanto aporte teórico e delimitador da discussão (eterna) sobre ser possível, ou não, a mensuração do tempo. Embate posto à luz da Filosofia, da História e do Direito, perpassado, o tempo inteiro, pela Literatura. A evolução do pensar humano trouxe uma posição linear sobre a visão do tempo e tal visão construiu postulados históricos equivocados acerca da categoria tempo analisada, muitas vezes, sem a presença do espaço enquanto categoria.

Por fim, apontamos das diversas possibilidades de crise no universo da arte, da obra de arte e do pensar artístico. Neste ponto demonstramos o quão equivocado é tratar a obra de arte deslocada das categorias crise e tempo e como a crise é terreno fértil à elaboração de textos literários, peças teatrais e arte de forma geral.

Assim, como fez Guimarães Rosa em Grande Sertão: Veredas, eu *“me cerro, aqui, mire e veja. Isto não é um relatar passagens de sua vida, em toda admiração. Conto o que fui e vi, no levantar do dia. Auroras. Cerro. O senhor vê. Conteí tudo. Agora estou aqui, quase barranqueiro. Para a velhice vou, com ordem e trabalho. Sei de mim? Cumpro. O Rio de São Francisco – que de tão grande se compadece – parece é um pau grosso, em pé, enorme...Amável o senhor me ouviu, minha ideia confirmou: que o Diabo não existe. Pois não? O senhor é um homem soberano, circunspecto. Amigos somos. Nonada. O diabo não há! É o que eu digo, se for... Existe é homem humano. Travessia.”* (ROSA, 2014, pp. 623/624)



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt & BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro, Zahar, 2016.

BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica**. Porto Alegre, L&PM, 2020.

CALVINO, Ítalo. **Seis propostas para o próximo milênio**. Trad. Ivo Barroso. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

ECO, Umberto. **O nome da rosa**. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1983.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15ª Ed. Petrópolis, Editora Vozes, 2015.

GINZBURG, Carlo. **Olhos de madeira: nove reflexões sobre a distância**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo, Companhia das Letras, 2001.

KOSSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**. Rio de Janeiro, Editora Contraponto, 1999.

LÉVINAS, Emmanuel. **Ensaio sobre a alteridade**. Trad. Pergentino Pivatto. 5ª Ed. Petrópolis, Editora Vozes.

KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo, Companhia das Letras, 1997.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo, Martin Claret, 2008.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito: doutrina do direito**. Bauru, Edipro, 2007.

\_\_\_\_\_. **Crítica da razão prática**. Petrópolis, Vozes, 2016.

\_\_\_\_\_. **Crítica da faculdade de julgar**. Petrópolis, Vozes, 2016.

KUJAWSKI, Gilberto de Mello. **A crise do século XX**. São Paulo, Editora Ática, 1991.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FILOSOFIA DO DIREITO E SOCIOLOGIA DO DIREITO

MANN, Thomas. **A montanha mágica**. Trad. Herbert Caro. São Paulo, Companhia das Letras, 2016.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Trad. Alain François [et.al.], Campinas, Editora da Unicamp, 2007.

RICOEUR, Paul. **Tempo e narrativa: a intriga e a narrativa histórica**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2010.

RICOEUR, Paul. **Tempo e narrativa: o tempo narrado**. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ROSA, Guimarães. **Grande sertão: veredas**. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2001.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a lucidez**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

THOMPSON, E. P. **Costumes em comum**. Tradução: Rosaura Eichemberg. São Paulo, Companhia das Letras, 1998.

# FENOMENOLOGIA E CRÍTICA DA DEMOCRACIA

Luiz Fernando Coelho

Palestra proferida na sessão de encerramento da VII JORNADA BRASILEIRA DE FILOSOFIA DO DIREITO, promovida pela Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito – ABRAFI, no dia 12 de março de 2021.

**RESUMO:** Estuda-se a democracia sob um viés filosófico, especificamente, uma análise fenomenológica e crítica. Pela primeira, a democracia é identificada como ideologia e instituição, cujas características noéticas e noemáticas decorrem de sua essência paradoxal, a qual se revela em ambos os planos, o ideológico e o institucional, bem como na recorrente distinção entre dois tipos de democracia, a liberal e a socialista, tendo como pano de fundo a controvérsia doutrinária sobre democracia formal e material. Pela segunda, a mesma discussão envolve os questionamentos acerca da legitimidade da democracia quando confrontada com a realidade do poder social e político. Finalmente, a análise fenomenológica volta-se para a historicidade da democracia, no sentido filosófico-existencial da afirmação do homem como projeto vocacionado para o *eidós* de si mesmo.

**PALAVRAS-CHAVE:** democracia – ideologia - instituição – paradoxalidade – historicidade

**ABSTRACT:** Democracy is studied from a philosophical perspective, specifically a phenomenological and critical analysis. Through the first, democracy is identified as ideology and institution, whose noetic and noematic characteristics result from its paradoxical essence, which is revealed in both planes, ideological and institutional, as well as in the recurrent distinction between two types of democracy, liberal and socialist, having as background the doctrinal controversy about formal and material democracy. For the second, the same discussion involves the questions about the legitimacy of democracy when confronted with the reality of social and political power. Finally, the phenomenological analysis turns to the historicity of democracy, in the philosophical-existential sense of the affirmation of man as a project aimed at the *eidós* of himself.

**KEYWORDS:** democracy – ideology - institution - paradoxality - historicity - transcendence

## 1 INTRODUÇÃO

Meus cumprimentos mais efusivos a todos os promotores deste evento. Sendo um dos mais antigos cultores da Filosofia do Direito ainda em atividade, posso testemunhar que a importância do trabalho da Abrafi é mais relevante do que se possa imaginar, pois representa a continuidade da obra de Miguel Reale, realização do sonho de construir e enriquecer uma sólida e permanente cultura filosófica e jurídica brasileira. Nossa homenagem ao saudoso mestre de todos nós. Da mesma forma, seja-me permitido honrar a memória do Prof. Tarcísio de Miranda Burity, jusfilósofo, internacionalista, e político exemplar, cujo apoio viabilizou muitos dos Congressos Brasileiros de Filosofia do Direito, que Miguel Reale promoveu através do Instituto Brasileiro de Filosofia.

O tema da democracia é um núcleo de convergência transdisciplinar, que reúne esforços investigativos em disciplinas tais como Sociologia Jurídica, Política Jurídica, Politologia, Antropologia e História do Direito, sem falar na Dogmática, especialmente Direito Constitucional e Internacional.

Tendo em vista essa recorrência, procurei outros vieses que pudessem atrair o interesse de nossos candidatos a mestres e doutores e, por que não, despertar vocações acadêmicas e políticas, neste país tão necessitado de novas lideranças. Daí minha opção pela Filosofia, de resto, uma área onde fico mais à vontade para refletir sobre o que tem acontecido durante esta pandemia, que tanto nos prejudica.

Não pretendo falar de Política, nem de História, nem de Direito, nem de Sociologia, nem mesmo de Filosofia do Direito, e, dentre os inúmeros caminhos que a Filosofia nos indica, procuro enveredar pelas correntes de pensamento que mais têm interferido em minhas atuais elucubrações: a Fenomenologia e o Existencialismo, que espero articular com a *teoria crítica do direito*, a tese que apresentei na Universidade Federal do Paraná há mais de quarenta anos. O que justifica o título “*Fenomenologia e Crítica da Democracia*”.

Mas dissertar sobre Filosofia a estudantes, mestres e doutores em direito, envolve um alto risco: diante de tantos e tão complexos problemas que a situação política e social das nações tem enfrentado, os quais certamente envolvem a crise dos atuais regimes democrático-liberais, há o risco é parecer distanciado da realidade; se a Filosofia é voltada para a universalidade do ser e do conhecer, ao ocupar-me dos

conceitos universais da democracia, entrevejo a possibilidade de resgatar o *riso da mulher trácia*, episódio narrado por Platão no diálogo *Teeteto*, sobre a queda de Tales de Mileto num poço quando mirava as estrelas, o que provocara a risada de uma mulher da Trácia.

Mas é um risco que devo assumir, e começo então por indagar a mim mesmo o que a Filosofia tem a dizer sobre democracia. E aí o risco aumenta, pois a sensação inicial é que a Filosofia nada tem a dizer, mas, supondo que a investigação filosófica resulte em nada, seria possível avaliar o sentido e alcance deste NADA?

Por estranho que possa parecer, o nada é tão importante para a democracia, quanto para a Filosofia. Em seu livro “*Ser e Tempo*”, (HEIDEGGER, 1983. FRAGATA, 1959) Heidegger define o NADA com o argumento *a contrário*: não diz o que o ele é, mas o que não é: não é um objeto, não é um ente; mas proclama que o *nadificar do nada se encontra no ser do ente*. É uma das mais importantes obras de Sartre versa precisamente sobre “*O Ser e o Nada*”. (SARTRE, 2001). Este apóstolo do existencialismo define o nada como um *buraco no ser*, pelo qual o ser coloca em questão o seu ser, que é o *para-si* identificado na consciência. Sartre ainda enuncia que o nada é o *ato nadificador do ser*. E para não ficarmos apenas com a filosofia europeia, temos o filósofo brasileiro Luis Felipe Pondé. (PONDÉ, 2016, p. 23), que também se refere algo pejorativamente à *nadidade do nada*.

São expressões incompreensíveis fora do contexto da obra dos que as enunciaram, mas que dão ideia da dificuldade em investigar os conceitos universais de qualquer objeto. O que me causa algum desconforto ao dizer que me refiro aos universais da democracia, apesar de tão ilustres exemplos dos que discutiram a *nadidade do nada*, porque é o mesmo que discutir a *democraticidade da democracia*.

Não obstante, é o que fazem os filósofos do direito quando usam expressões como *normatividade, juridicidade e estatalidade*., referindo-se à essencialidade das normas, do direito e do Estado. Por que que não discutir a *democraticidade* da democracia? É o que em derradeira instância propõe a fenomenologia da democracia, a investigação do que nela existe de essencial e separando-o do circunstancial.

## 2 A INVESTIGAÇÃO FENOMENOLÓGICA

O método fenomenológico consiste na redução dos elementos verificáveis no objeto do conhecimento, uma redução progressiva até chegar ao que nele permanece invariável, o que se impõe ao sujeito cognoscente. Husserl denomina *epoché* a esse processo, palavra que significava, no grego antigo, “parada”, “interrupção”, e que na fenomenologia alude a uma abstenção do pensamento e do juízo sobre o mundo real. (HUSSERL, 1980).

Husserl considera este elemento invariável um *a priori* material, diferente do *a priori* formal de Kant. Para Husserl, não existe consciência pura, mas uma atividade da inteligência que recepciona os dados que formam seu objeto. No ato de *conhecer* ocorre a união de duas dinâmicas, a do sujeito, que ele denomina *noese*, e a do objeto, designado como *noema*.

Mas quando o objeto é a sociedade – esta ilação é por minha conta -, verifica-se uma peculiaridade: o cientista que procede à investigação está dentro do objeto, a sociedade a que pertence; por isso, é impossível situar-se em posição de neutralidade, realizar a *epoché*, pois qualquer juízo que emita será sempre parcial. Como descrever neutralmente a sociedade se você é parte dela? Como descrever o direito se você é participante da experiência jurídica, como profissional ou cidadão? E como descrever o fenômeno democrático se ele ocorre na comunidade de que você faz parte?

É claro que esta circunstância interfere na dinâmica da articulação *noesis/noema*, visto que ocorre uma transferência dos fatores noéticos para os noemáticos. É como se o objeto incorporasse as *noeses* e as devolvesse à consciência cognitiva como *noemas*. Não o encontro de duas dinâmicas, mas a identificação entre ambas.

A analítica fenomenológica trata então de descrever as *noeses* e *noemas* da democracia, mas dando-se conta desta dialética participacional. É aí que interfere a *crítica da democracia*.

O conjunto das *noeses* identifica a ideologia democrática e o das *noemas*, a instituição democrática. Assim sendo, nossa investigação contempla a democracia nessas duas formas de manifestação: como ideologia e como instituição.

### 3 A IDEOLOGIA DEMOCRÁTICA

É preciso considerar que a *noese*, dinâmica do sujeito, não se limita à racionalidade, pois envolve todos os fatores que condicionam o saber: percepção, imaginação, preconceitos, sentimentos, ideologias, vivências místicas e religiosas, bem como o próprio saber como atitude consciente direcionada ao que se postula como verdadeiro. E tudo isso compõe a ideologia democrática, que pode ser *racional*, à medida que construída pela teoria, e *psicossocial*, porque presente no inconsciente coletivo e na intersubjetividade comunicativa, sendo as mais das vezes despercebida pelo sujeito cognoscente.

A análise do fenômeno democrático revela então uma característica que o integra em sua própria essência: a *paradoxalidade*.

Sabemos o que é um paradoxo: a incompatibilidade entre ideias, conceitos e enunciados dentro de um mesmo contexto significativo. Na lógica do senso comum evitam-se contradições e incongruências, asserções ou negações que não podem ser tidas simultaneamente como verdade ou falsidade. Trata-se porém da linguagem científica, pois em literatura são perfeitamente admissíveis, pois o que importa é a beleza do texto e as emoções que provoca. Exemplo de paradoxo literário é o belo verso de Camões: “*Amor é fogo que arde sem se ver, é ferida que dói, e não se sente (...)*”

A paradoxalidade admite dois tipos: *problemática* e *aporética*. O primeiro diz respeito ao ser, o segundo, ao conhecimento. Mas ambos são aspectos da mesma paradoxalidade.

O caráter *problemático* da ideologia democrática apresenta-se desde logo no modo como se constrói o seu conhecimento, o qual se volta para um objeto cuja especificidade ontológica não é a de um objeto real, nem ideal, nem metafísico, mas a de um *objeto cultural*, eis que produzido pela racionalidade como uma das expressões da sociedade.

Bem a propósito, o tema desta Jornada, *Democracia e Risco*, lembra a *Sociedade de Risco*, de Ulrich Beck, (BECK, 1997, p. 207ss) mas a sociedade não é só de risco, ela tem sido definida como *de massa, pós-industrial, de conhecimento, do espetáculo, líquida, do medo, da exclusão* etc., visões parciais que acentuam ora uma, ora outra, das características da sociedade do presente.

E quando nos referimos à sociedade, nela estão incluídas todas as expressões da existência comunitária, o direito, o Estado, a norma-

tividade social, as tradições e, com toda a certeza, a democracia, realidades que receberam o impacto de opiniões as mais diversas sobre a contemporaneidade.

A noção de democracia é ligada desde logo ao Estado, mas hoje em dia ela banalizou-se de forma tal, que a exigimos no quotidiano, dentro das organizações a que pertencemos, agremiações esportivas, sindicais, clubes, instituições educacionais, enfim, sentimos necessidade de democracia em todos os espaços comunitários onde exista um mínimo de organização, o que pressupõe alguma forma de liderança ou poder.

Pois bem. Como especificidade do conhecimento do social, temos um *paradoxo*, o *primeiro* de uma série, pois a democracia não é objeto pressuposto ao respectivo conhecimento, mas se constitui pelo conhecimento, à medida que se problematizam as relações comunitárias, engendrando conflitos e contradições. Ou seja, o conhecimento democrático não é *descritivo*, voltado para o passado, mas *construtivo* em relação ao presente e ao futuro. Aliás, esta é a tese básica da teoria crítica do direito quanto ao alcance epistemológico do saber jurídico.

O segundo paradoxo poderia ser chamado *paradoxo de Camões*, em alusão ao verso que citei (“... **É ferida que dói e não se sente**”), mas proponho denominá-lo “*paradoxo de Hamlet*”, pois inspirado em Shakespeare, ao por na boca de seu personagem Hamlet a famosa frase: “*To be, or not to be, that is the question*”. “*Ser ou não ser, eis a questão*”. Com a devida vênua, não vejo problema em *ser ou não ser*. Teria sido problemático, aliás, aporético, se Hamlet houvesse proclamado: “*To be AND not to be, that is the question*”. *Ser E não ser, eis a questão*, o que contraria toda a lógica, a científica e a do senso comum, e o princípio de identidade: *uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa*.

É uma aporia lógica, mas também transcendental, sendo justamente o caso da democracia: *ela é E não é*, ao mesmo tempo, e, antes que pensem que estou senil, vejam o que disse o notável sociólogo da mesma terra de Shakespeare, Antony Giddens. Numa das Conferências do Estoril, em Portugal, Giddens defendeu a “*democratização da democracia*”, pela via *crítico-reflexiva*, como necessidade que se impõe em todo o mundo.

Ora, minha gente, se é necessário “*democratizar*” a democracia é porque a democracia não é democrática. É o paradoxo de Hamlet, um tanto distorcido, confesso, porque Hamlet não disse “*ser E não ser*”, ele disse “*ser OU não ser*”.

Há um *terceiro paradoxo*, que advém da possibilidade de investigar a democracia sob dois aspectos distintos: como objeto de conhecimento ou como *ser-em-si* dotado de autonomia ontológica.



Para a ontologia tradicional, a paradoxalidade avulta quando se confronta a correlação dos discursos racionais com o ser dos entes respectivamente investigados. Conforme Hartmann é um problema insolúvel, eis que, na análise do fenômeno como fato comprovável, existe a possibilidade de perda da essência do ser, se for confundido com o fenômeno, que é a aparência do ser, sua objetividade existencial. Hartmann enuncia então que *a objetualidade não pode reduzir-se à essencialidade*.

É o *paradoxo de Hartmann* que se reflete na democracia: uma coisa é sua prática, donde surgem os referenciais noemáticos correspondentes à sua realidade, ainda que imaginária, outra, os enunciados doutrinários que a pretendem definir com pretensão de universalidade.

O histórico do instituto bem demonstra a distância entre o que diz a doutrina e o que se pratica, a título de democracia.

E um *quarto paradoxo*, mais diretamente relacionado com o caráter ideológico da democracia: a denominação recorrente é *paradoxo de Mannheim*, alusivo à possibilidade de toda ideologia ser direcionada contra quem a produz.

Mannheim não concordava com a ideia marxista de redução da sociedade a duas classes em oposição, a dominante e a dominada, pois a entendia como constituída por grupos sociais extremamente diferenciados, cada um almejando tornar-se hegemônico, não sendo possível distinguir quais os dominantes e quais os dominados.

Essa mesma discordância, direcionou-a contra a referência de Marx à ideologia da burguesia em sua condição de dominante, sendo o marxismo igualmente uma ideologia que aspirava a ser dominante.

O que isto significa para a democracia nos tempos atuais? Que ela mesma, ideologicamente ou institucionalmente, carrega dentro de si os germens de sua própria destruição.

#### 4 A INSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA

Quando analisamos a democracia a partir de seus dados noemáticos, verificamos os paradoxos ideológicos se repetem na experiência histórica.

Costuma-se dividir o histórico da democracia em três períodos: o ateniense, da democracia direta, o romanístico-medieval, da soberania popular, e o moderno, pós-maquievélico, da democracia republicana.

Podemos acompanhar esse evoluir desde seu aparecimento na Grécia, no séc. V a. C., até a Revolução Francesa e a Independência Americana, chegando ao famoso Discurso de Gettysburg, em 1863, quando Abraham Lincoln proferiu a definição que se tornou emblemática: *governo do povo, pelo povo e para o povo*.

Após esses eventos, há relativo consenso quanto aos requisitos mínimos de uma democracia: a *separação dos poderes*, o *sufrágio universal* e a *garantia dos direitos fundamentais*; exige-se ainda que no Estado democrático de direito haja uma lei fundamental, a Constituição, onde tais requisitos e prerrogativas sejam assegurados.

**É óbvio que a discussão sobre estas condições mínimas não está acabada, e parece perpetuar-se com a recorrente separação entre dois tipos de democracia**, a liberal e a socialista, tendo como pano de fundo o debate doutrinário sobre democracia formal e material ou substancial.

Sabemos o que significa democracia formal: a inserção no texto constitucional e nas leis da obrigatoriedade da democracia e a declaração solene, no papel, das prerrogativas inerentes à dignidade da pessoa humana, mas faz-se muito pouco para efetivá-las.

A distância entre as boas intenções e a práxis da ação política levou à busca de um meio termo aceitável, que os marxistas propuseram como democracia social, apanágio dos regimes socialistas, um nobre objetivo a atingir no estágio da ditadura do proletariado. E que a verdadeira democracia *seria a social, a ser implantada mediante a abolição das classes e do Estado, que é a organização típica da burguesia*.

A utopia marxiana viu-se desmentida pelos fatos, já que nos países em que o socialismo foi implantado, não aconteceu propriamente a abolição da dominação burguesa, fundada no direito de propriedade, mas sua substituição por outra forma, uma dominação burocrática assentada na ditadura, não do proletariado, mas do partido único, apoiado na força militar.

E quanto às democracias liberais, é possível considerá-las substanciais?

A sociedade, hoje, apresenta-se como um emaranhado de interesses, valores, projetos e exigências de indivíduos e grupos, os quais constituem redes de dimensão global, com estruturas as mais diversas, amplas redes comerciais, complexos de produção e distribuição, sistema financeiro mundial e mercado de trabalho, marcos que transcendem as fronteiras geopolíticas e culturais.

Nesse panorama da sociedade mundial, é possível conceber a democracia com fundamento na ideia da luta de classes? À luz da concep-

ção sistêmica de Luhmann, articulada com a tese da microfísica do poder, de Foucault, pode-se dizer que dominantes e dominados existem mesmo nos grupos tidos por dominados.

Ademais, torna-se cada vez mais difícil identificar quem são os dominantes; veja-se o exemplo de milhares de proprietários incluídos na *classe média* ou, na designação marxista, algo despicienda, na *pequena burguesia*, que são explorados, não por ricos capitalistas, industriais, latifundiários e grandes comerciantes, mas por organizações bancárias nacionais e internacionais que não ajudam os povos que delas mais necessitam e que se omitem em face da devastação ético-monetária causada por paraísos fiscais. E percebe-se que a exploração vem muito mais de um Estado opressor, de um sistema econômico absurdo que penaliza os mais pobres e privilegia os mais ricos, Esta é a tragédia do contemporâneo Estado Democrático de Direito, onde os ricos ficam mais ricos e os pobres cada vez mais empobrecidos..

São as *noemas* da democracia, cuja análise evidencia outros paradoxos, os quais constituem riscos no plano institucional.

Um deles é a *partitocracia*, governo de partidos, o que é coerente com a democracia representativa, mas que se transforma em risco quando aqueles que são alçados poder político usam de todos os meios possíveis para beneficiar as respectivas agremiações e, no desiderato de ganhar as eleições, sobrepõem os interesses partidários aos da população. No Brasil, a partitocracia se manifesta na famigerada política do “*toma lá dá cá*”, disfarçada sob o manto de um *presidencialismo de coalisão*, expressão cunhada por Sérgio Abranches, que mal esconde a ganância em cima dos bilhões do fundo partidário, instituído por uma entidade congressional destinada a legislar em favos do povo, mas que se vale do poder de legislar para ganhar dinheiro. Uma situação deplorável que explica a proliferação de partidos políticos na democracia brasileira.

Outro risco é o *populismo*, a forma atual da *demagogia*, definida por Aristóteles como corrupção da democracia e considerado por Anna Arendt como um caminho para o totalitarismo.

Apesar dos exemplos históricos do *bom populismo*, quando líderes carismáticos, sem intermediação institucional, atraem grande parte da população, para segui-lo em um projeto político ou ideologia racional, a exemplo de Martin Luther King, Mahatma Gandhi e Nelson Mandela, temos na história moderna o que pode ser descrito como um *mau populismo*.

Graças à capacidade pessoal de sedução, o populista irresponsável atrai a adesão de camadas da população, as mais necessitadas, para

seguir-lo num projeto pessoal ou partidário de tomada do poder, praticamente às cegas, com um mínimo de oposição e pouco ou nenhum questionamento. São lideranças comprometidas com grupos hegemônicos necessitados de apoio popular para vencer eleições, mas pouco identificadas com as reais necessidades das populações marginalizadas da riqueza produzida no país; políticos que fazem da política uma profissão, aliás bastante rentável, mais inclinados a ganhar dinheiro para si, seus familiares, amigos, correligionários e bajuladores, do que a trabalhar por nobres ideais.

Observe-se que este populismo irresponsável tem seu *locus* próprio na atualidade em face da proliferação de partidos, profissões, cargos e funções definidos como políticos e, principalmente, da quantidade de eleitores, contados aos milhões. Se a demagogia antiga surge com a degeneração da democracia direta, sua expressão atual surge com a corrupção do modelo representativo. Mas tal situação só é percebida como tal em um contexto democrático, o que constitui um paradoxo institucional.

Um dos fatores que facilitam o mau uso da política é outro mal, o *excesso da burocracia estatal*, conjugada com a má gestão dos serviços públicos, os quais acabam se convertendo *fim-em-si*.

Concordo com o Professor Adeodato, de que a incompetência é o maior dos males que aflige uma nação. E dá-se aqui outro paradoxo: o Estado não aplica os recursos recolhidos da atividade produtiva em saneamento básico, hospitais, creches e escolas, mas é isso mesmo que o justifica, pois a população não concebe outra instância a quem apelar.

Finalmente, tenho que me referir a um paradoxo que se transforma em risco para a democracia: é a compreensão da legitimidade da ordem social, da ordem jurídica e do poder como decorrência da legislação. É o *Idealtypus* da dominação racional-legal a que se referia Max Weber, constituindo hoje o entendimento do senso comum.

A legitimidade radica em critérios diferentes dos da legalidade. Esta pode ser imposta por um governo despótico, mas a legitimidade, não. Só é legítimo um governo e suas leis, se estiver de acordo com os sentimentos, aspirações e desejos da grande maioria da população, e com os valores básicos considerados conquistas irreversíveis da civilização, entre os quais os direitos humanos e a democracia. Donde o paradoxo: a legitimidade será sempre falsa enquanto a sociedade for alienada, sendo a liberdade individual e a emancipação coletiva o único caminho válido para uma democracia autêntica. Mas estamos longe desde ideal.

## 5 A HISTORICIDADE DA DEMOCRACIA

Os paradoxos da democracia são uma realidade histórica, integram-se tão fortemente no âmago da democracia que a ela se incorporaram, e por isso mesmo são paradoxais, portanto, insolúveis, becos sem saída. Como sair deles sem destruir a democracia?

A resposta radica em outra característica, essencial da mesma forma, eis que se apresenta em paralelo com a paradoxalidade: designa-se por *historicidade*.

O fracasso das tentativas de descobrir um núcleo universal na democracia radica num erro básico, a ideia recorrente de que a sociedade, como todas as expressões da vida comunitária, inclusive a democracia, consistem em algo pressuposto ao respectivo conhecimento.

Além da impossibilidade de uma descrição neutra e isenta de preconceitos, visto que o investigador se encontra no interior de seu objeto, o pesquisador tem que levar em conta que a democracia não dispõe de uma essência universal *a priori*, pois só se concretiza no momento histórico em que é praticada. O ser da democracia é um contínuo fazer-se, é atualidade e não fato anterior, não é um instituto acabado, mas possibilidade a ser concretamente determinada.

A democracia não é realidade objetiva, mas objetivo para uma realidade, e só pode ser concebida como obra humana que nunca está acabada, sendo criada e recriada num trabalho executado à medida que o ser humano cria e recria sua própria essência. E este labor é permanente, muito mais que um *dever ser*, mas aberto para o ser na medida da receptividade do humano para o ser.

A historicidade da democracia não é um fato temporal ou sucessão de fatos históricos, narrativa do passado, mas a incorporação plena da ideia da precedência do existir do homem sobre sua essência, uma existência que se afirma como projeto vocacionado para o *eidos* de si mesmo, uma entelúquia permanentemente construída em função da liberdade responsável que impregna as respectivas escolhas. A democracia é histórica do mesmo modo que é no mundo. Como vocação, se a admitirmos num plano ideológico, ela tem mesmo uma dimensão transcendental a desenvolver-se *pari passu* com o a marcha da humanidade rumo ao absoluto, cujo conteúdo se identifica com a vocação do ser humano para a transcendentalidade. A democracia é o absoluto ao nível da existência coletiva e continuará a ser constantemente invocada para alimentar os

movimentos sociais conscientemente destinados ao aperfeiçoamento da espécie humana. O absoluto da democracia está na consciência de cada um, como indivíduo, família, sociedade, nação e humanidade.

Não há democracia em si, pois o que existe é um modo de interpretar fatos da vida, quando as consciências que o fazem constroem precisamente o *sentido* da democracia, não aprioristicamente revelado, mas resultado do esforço ingente do trabalho intelectual e da práxis política compromissada com os anseios da nação, liberada da alienação endêmica, da partitocracia, do populismo irresponsável, da roubalheira, da burocracia desnecessária e de todas as formas ilegítimas de exercício do poder.

De igual modo como Nietzsche concebeu a moralidade como interpretação moral de fenômenos da existência, a democracia só se configura no fato, nas vivências, que repercutem nas consciências individuais como práxis democrática e podem ser interpretadas ideologicamente como vivência democrática em todos os círculos comunitários de que se consitui a sociedade. Democracia é vida, esperança, trabalho e amor.

E qual o papel dos intelectuais? Dirijo-me especialmente aos colegas de magistério, formadores de opinião. Somos em grande parte responsáveis pela tomada de consciência da população, na medida em que o pensamento democrático recobra a reflexão crítica sobre seus próprios fundamentos e desvela os sentidos últimos constitutivos de sua normatividade e da maneira como a constroem.

Para concluir, é de reforçar a convicção de que somente a democracia possibilita o enriquecimento pessoal pelo trabalho racionalmente orientado, por meio do qual é possível produzir com justiça o bem-estar das pessoas e das nações. Se analisada em sua polaridade valorativa, a democracia resplandece como instituição cuja antítese não é sua falta ou alguma forma de opressão, mas seu próprio ser existencial, quando não apresenta as condições que a possam tornar instrumento para a consecução de outros valores, principalmente as expressões históricas da liberdade, da igualdade e da justiça.

Muito obrigado pela audiência e atenção.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, ULRICH. *Autodissolução e autorrisco da sociedade industrial: o que isto significa?* São Paulo: UNESP, 1997.

FRAGATA, J. *A Fenomenologia de Husserl como Fundamento da Filosofia*. Braga: Livraria Cruz, 1959.

HEIDEGGER, M. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2000. Tb. *Que é metafísica*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção “Os Pensadores”).

HUSSERL Edmund. *Investigações lógicas. Sexta Investigação (Elementos de uma Elucidação Fenomenológica do Conhecimento)*, 2ª ed. Seleção e Trad. Zelyko Loparic e Andréa Maria A. C. Loparic. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

PONDÉ, Luiz Felipe. *Filosofia Para Corajosos*. São Paulo: Planeta, 2016.

SARTRE, Jean-Paul. *O Ser e o Nada – Ensaio de Ontologia Fenomenológica*. Petrópolis: Vozes, 2001.





# INTOLERÂNCIA E TOLERÂNCIA EM TEMPOS DE PÓS-VERDADE E DE CRISE DA DEMOCRACIA

## INTOLERANCE AND TOLERANCE IN POST-TRUTH TIMES AND DEMOCRACY CRISIS

José Flôr de Medeiros Júnior<sup>1</sup>  
Lucas Batista Carriconde<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente texto visa discutir o conceito de tolerância em seu sentido filosófico e político em sua relação com os movimentos da pós-verdade e seus impactos no modelo democrático vigente no Brasil. Objetiva, ainda, perceber de que forma a crise presente à democracia atinge, ou não, os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro constituído a partir da Constituição Federal de 1988. A discussão proposta atravessa, portanto, as categorias da filosofia em diálogo com o direito de forma a apresentar a necessidade da tolerância enquanto alicerce à democracia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tolerância, intolerância, política, democracia, filosofia.

**ABSTRACT:** This text aims to discuss the concept of tolerance in its philosophical and political sense in its relation to the movements of the post-truth and its impacts on the democratic model in force in Brazil. It also aims to understand how the present crisis to democracy affects, or not, the foundations and objectives of the Democratic State of Brazilian Law constituted from the Federal Constitution of 1988. The proposed discussion crosses, therefore, the categories of philosophy in dialogue with the right to present the need for tolerance as a foundation for democracy.

**KEYWORDS:** tolerance, post-truth, politics, philosophy

- 1 Mestre em Ciências Jurídicas (UEPB); Mestre em Direito (Unipê); Pós-Graduado em História (UEPB); Graduado em História (UEPB); Graduado em Direito (UNIFACISA); Membro pesquisador do Nepedill (Uniuibe); Membro pesquisador do Contra Legem (Unipampa); Membro da RDL; Membro da Abrafi.
- 2 Mestre em Filosofia Contemporânea, graduando em Direito (Uniuibe); Membro pesquisador do Nepedill (Uniuibe)

## 1 INTRODUÇÃO

Adentramos ao novo século sem resolubilidade de problemas crescentes no Séc. XX, como a intolerância. Neste sentido discutir acerca da tolerância é imperioso aquele a pensar no espaço da Filosofia em conversação com o Direito ao tempo que não podemos negar a urgência de dialogar sobre tolerância no momento que vivemos. Além disso, mas não menos problemático, é a necessidade de abordar elementos teóricos fundantes do embate sobre a tolerância.

Desta feita, necessário se faz separar, a bem da Filosofia e do Direito, as elaborações teóricas da realidade vivenciada pela sociedade para por este caminho, entendermos porque, ao serem aplicadas não apresentaram os resultados devidos de quando pensadas. Estamos a falar da tolerância. E, em caminho inverso, o cidadão da democracia e do Estado Democrático de Direito cresce no exercício da intolerância e, para tal exercício usa da liberdade garantida pelo texto constitucional.

Procurando estabelecer este diálogo sobre tolerância e intolerância é preciso caminhar pela estrada aberta por John Locke e perceber a evolução, ou não, da ideia de tolerância na sociedade presente. Ademais, preciso traçar caminho até os elementos constitucionais a reger o Estado brasileiro e como o pensamento filosófico sobre tolerância aparece na Carta Magna de 1988 estabelecendo direitos e deveres ao conjunto de cidadãos.

A cidadania reside alocada como um dos fundamentos da Constituição da República de 1988, precisamente em seu Art. 1º, II/CRFB/88 (BRASIL, 1988). Entretanto, isto não afirma a prática cidadã ou o exercício da cidadania, apenas nomeia-a enquanto fundamento constitucional abrindo, assim, um debate teórico no campo jusfilosófico sobre o que pode vir a ser, ou não, a cidadania. E, por este prisma, entendemos importante compreender como esta cidadania, presente na Constituição da República de 1988, tem origem e afirma-se em nosso ordenamento jurídico.

Da mesma forma que o pluralismo político presente no Art. 1º, V/CRFB/88 (BRASIL, 1988) não garante o respeito às opiniões diversas no plano político e filosófico estabelecendo, assim, um olhar para a intolerância crescente no seio do tecido social brasileiro. Tal situação reflete no comportamento individual e coletivo de forma a ultrapassar o tolerável e definindo espaço as práticas de intolerância política, filosófica e religiosa.

No referente ao caminho teórico-metodológico à elaboração deste a opção reside pela hermenêutica de forma à compreensão do estabelecido nos textos filosóficos e jurídicos no que diz respeito a tolerância.

## 2 TOLERÂNCIA E INTOLERÂNCIA: ALGUMAS VISÕES

A categoria tolerância no plano filosófico é percebida de diversas formas a depender do paradigma presente à análise. Para citar apenas duas, iremos considerar sua relação com a religião e posteriormente sua essencialidade no pensamento e desenvolvimento das teorias políticas. Em sua relação com a religião podemos citar dois autores principais no cenário filosófico denominado de moderno e que em suas principais obras discutem a categoria tolerância: Locke e Voltaire. Em Locke esse conceito se apresenta de forma mais pura em suas reflexões sobre a tolerância religiosa, sua importância para o bem-estar social, e os casos em que a intolerância é permitida.

A preocupação de Locke aparece discutida em *Carta sobre a tolerância*, é a convivência pacífica entre as denominações religiosas no espaço territorial inglês, que não somente perseguiram uns aos outros, dentro e fora das igrejas, mas matavam e torturaram aqueles que acreditavam estar seguindo uma religião falsa e profana, que em todos os sentidos essenciais diferenciavam-se da sua.

Locke defende a separação entre religião e Estado, explica a função de cada um e argumenta a favor da tolerância entre as denominações cristãs e entre todos os cidadãos mesmo de outras religiões. Para o autor apenas os pagãos e ateus não devem ser tolerados, pois representam uma resistência as verdades relevadas do cristianismo sendo assim um risco social e moral as convicções religiosas sadias. Aparece, portanto, uma intolerância para com os diversos pensamentos distintos ao exposto na verdade revelada.

Voltaire, por sua vez, em *Dicionário Filosófico e Tratado sobre a tolerância*, expõe a necessidade da tolerância recíproca entre fiéis de diferentes denominações religiosas. Para Voltaire em *Dicionário Filosófico*: “é claro que todo indivíduo que persegue um homem, seu irmão, porque não é da sua mesma opinião, é um monstro.” (Voltaire, 1978, p. 290-291). Percebe-se a separação do caráter não humano daquele a não respeitar os demais humanos ao categorizar com a palavra monstro.

Com o desenvolvimento do pensamento científico e a efetiva separação entre Estado e religião o conceito de tolerância, antes presente apenas no pensamento religioso, adentra o campo da civilidade e da moral laica tornando-se conceito essencial para as discussões e relações sociais e políticas na atualidade. Esta palavra como nos ensina Bobbio (2002, p. 19), pode se referir a dois problemas diferentes onde

Uma coisa é o problema da tolerância de crenças ou opiniões diversas, que exige uma reflexão sobre a compatibilidade teórica e, sobretudo, prática entre verdades contrapostas; outra coisa é o problema da tolerância diante daquele que é diverso por razões físicas ou sociais, que põe em primeiro plano o tema do preconceito e da consequente discriminação. As razões que se podem apresentar em defesa da tolerância no primeiro significado não são as mesmas que se apresentam para defendê-la no segundo. Em decorrência, são distintas as razões das duas formas de intolerância. A primeira deriva da convicção de possuir a verdade; a segunda se fecunda geralmente num preconceito.

Percebe-se a preocupação do jusfilósofo italiano em discorrer acerca da intolerância no terreno da verdade e do preconceito. Em um primeiro plano tratemos do preconceito crescente, enquanto intolerância, no tecido social contemporâneo. A intolerância política ou religiosa, vertentes presentes neste escrito, e que crescem contrapondo-se a própria ideia de liberdade presente na Carta Magna de 1988.

Em um terreno social e cultural absolutamente diverso daquele de Locke e Voltaire, a tolerância, agora, está relacionada a não aceitação de opiniões, políticas ou não, e crenças diferentes e a resistência a características físicas e sociais particulares, como é o caso do preconceito e da discriminação mesmo que o texto constitucional afirme o respeito a uma sociedade onde o pluralismo político está previsto conforme Art. 1º, V/CRFB/88 (BRASIL, 1988) e construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme previsão do Art. 3º, I/CRFB/88 (BRASIL, 1988). Imperioso perceber que ao discutirmos tolerância estamos a defender a liberdade e neste sentido a lição de Rawls é necessária ao afirmar que “o Estado não pode favorecer nenhuma religião específica e nenhuma penalidade ou incapacitação legal pode estar vinculada a uma dada afiliação religiosa ou ausência dela.” (Rawls, 2016, pp. 260-261).

A posição de Rawls, ao analisar a tolerância o interesse comum é uma postura em favor Estado Democrático de Direito que não pode

ser aviltado pelas ideias particulares pertencentes a pessoas ou a grupos em sentido contrário à democracia. A própria defesa da ideia intolerante necessita da liberdade de expressão para emergir no tecido social e, sendo assim, ser uma contraposição não à tolerância, mas ao Estado e a postura democrática nele presente. O existir da intolerância quando exposta na forma de postura política ou religiosa não atingirá apenas o Outro, mas irá contra os fundamentos da liberdade e da liberdade de expressão. E por este prisma a “limitação da liberdade só é justificada quando isso é necessário para a própria liberdade, para evitar uma infração à liberdade que seria ainda pior.” (Rawls, 2016, p. 264)

À medida que as normas constitucionais perdem espaço para a prática de atos de intolerância a escrita de Locke e de Bobbio são atualizadas no referente à tolerância, ainda mais em tempos tão intolerantes como os que vivemos. O problema parece ser que como no início do século passado, bem como no presente em que estamos inseridos, somos incapazes de aceitar a diversidade humana em suas infinitas manifestações. Agora, como em outros tempos, referenciando-se à época de Locke, Rousseau e Voltaire, a tolerância em muitos casos permanece apenas encerrada nas páginas dos escritos de pensadores ao invés de ser amplamente aplicada social e politicamente por ausência de consciência política de quem do tecido social é membro.

Em tempos como o presente, categorizado por polarizações políticas e religiosas, produção de notícias falsas, pós-verdade e a dificuldade de encontrar um terreno para o diálogo sadio, Bobbio parece encaminhar solução possível para o problema ao afirmar que

Como modo de ser em relação ao outro, a serenidade resvala o território da tolerância e do respeito pelas ideias e pelos modos de viver dos outros. No entanto, se o indivíduo sereno é tolerante e respeitoso, não é apenas isso. A tolerância é recíproca: para que exista tolerância é preciso que se esteja ao menos em dois. Uma situação de tolerância existe quando um tolera o outro. Se eu o tolero e você não me tolera, não há um estado de tolerância, mas, ao contrário, de prepotência. (Bobbio, 2002, pp. 42-43)

Antes de adentrarmos ao exposto por Bobbio é importante ressaltar que a escrita diversa acerca de prática antigas. Estamos a falar das notícias falsas e do quão antiga é a ideia de propagação de notícias inverídicas com o intuito de atingir o Outro. Umberto Eco no escrito O Cemitério de Praga discorre sobre as intrigas, envenenamentos e falsificação

de documentos realizados pelos espiões dos Estados dentro de outros Estados. Em passagem o escritor italiano nos diz que “os serviços secretos de todos os países só acreditam naquilo que ouvirem dizer alhures, e, por isso, repelem como inconfiável qualquer notícia inteiramente inédita.” (ECO, 2010, p. 196). Na filosofia ou na literatura a atitude desonrosa, aliçada no ato de mentir, deve ser criticada e afastada não somente pela incorreção do ato, mas em nome da própria ética. Em outras palavras, o agente propagador de notícias falsas não pode ser considerado uma pessoa ética pela própria estrutura do ato praticado.

A solução para a intolerância como apregoado por Bobbio parece estar no reconhecimento do Outro, no reconhecimento da alteridade e de sua relevância para o bem-estar social e político. Intolerância segundo essa visão é, portanto, a negação do Outro e a supremacia do Eu, a incapacidade de reconhecer a alteridade e com ela se relacionar. É a esse movimento de supremacia do Eu e negação do Outro que é necessário resistir com fundamento na tolerância.

Para resistir é necessário entender o que produz (e como?) essa intolerância. Um dos fatores que parecem mais contribuir para o crescimento da intolerância e a relativização da verdade e a criação de inimigos imaginários, tudo isso, acreditamos, tem relação com um conceito muito atual, embora pouco discutido na Academia: o conceito da pós-verdade.

### **3 A ERA DA PÓS-VERDADE: DÚVIDA, DESCONFIANÇA, DESCONTEXTUALIZAÇÃO E INTOLERÂNCIA.**

Em seu *Dicionário de Filosofia*, Abbagnano (2007, pp. 994-998) procura definir filosoficamente a verdade. Em seu percurso etimológico e conceitual ele percorre a história da filosofia e deixa claro que apesar de ter sido abordada por quase todos os filósofos, a verdade, não tem uma única definição. Ora se é tão difícil definir a verdade (considerando a existência da mesma) e se ela aparentemente é escolhida pelos intelectuais, será ela confiável?

É assim que aparentemente pensam os negacionistas e os adeptos conscientes e/ou inconscientes do movimento da pós-verdade, ignorando fatos, evidências e consensos, eles se armam de narrativas conspiratórias e escolhem a verdade que mais lhes convém preparando o terreno para a prática da intolerância.

O termo pós-verdade apesar de remontar à segunda metade do século XX ganhou notoriedade apenas em 2016 quando foi escolhido como palavra do ano pelo *Dicionário Oxford*. A definição do termo não poderia ser mais simples é o tipo de verdade “que se relaciona ou denota circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos influência em moldar a opinião pública do que apelos à emoção e a crenças pessoais” (Priolli, 2017)

Importante salientar que a ideia de uma pós-verdade somente é possível com a presença da descontextualização do fato, da notícia de forma a gerar uma situação diversa da real, ficcional portanto, e que ganha espaço no recorte da sociedade aberta a negação do Outro e afirmação de um individualismo a negar o cidadão, o pluralismo político, a diversidade cultural, diversidade religiosa e opiniões contrárias à estabelecida enquanto uma nova verdade a se aproximar de um dogma. Nesse momento emergem questionamentos como: Por que deveríamos nos preocupar com esses movimentos? Não seriam esses apenas exemplos da liberdade de expressão e de um desejo sadio de questionar os conhecimentos adquiridos pela ciência?

O combate a esses movimentos não seria de algum modo totalitário e contraproducente? Agir com intolerância na preservação de um estado de diálogo e tolerância é legítimo. Quais seriam os limites da tolerância em casos como esse? Como bem nos afirma Locke em *Carta sobre a tolerância*:

Um mal mais sub-reptício, e, no entanto, mais perigoso para comunidade, ocorre quando os homens se atribuem a si mesmos, aos de sua própria seita, alguma prerrogativa peculiar, encoberta por palavras enganosas, mas na verdade contrária ao direito civil da sociedade. (Locke, 2019, p. 51)

É nessa postura passiva que parece residir o problema. Se deixarmos de nos preocupar com a manutenção da ciência e de suas conquistas, considerando como normais os ataques irracionais a ela postos na condição de naturais e inofensivos, corremos o risco de retornarmos a um mundo de certezas indefinidas e baseadas unicamente na crença e na opinião única e sem fundamento filosófico e racional. Em um contexto discursivo como esse é essencial discutir quais os tipos de movimentos sociais permitiram seu surgimento e que tipo de políticas públicas, ações políticas, ideologias e escolhas governamentais deram ensejo ao seu crescimento.

Movimentos e posturas como estas ressaltam a importância de uma política pública voltada à educação cidadã, assim como a necessidade de mudança do paradigma e dos objetivos da política e da sociedade. Uma educação voltada apenas para manutenção de um modelo produtivo parece não ser a melhor alternativa em tempos de acesso ilimitado e irrestrito a informação. Afinal, de que nos serve a informação se não sabemos como usá-la? De que nos serve vivermos em um mundo globalizado capaz de produzir foguetes e conquistar o espaço, um mundo de informação constante, se não somos capazes de formar indivíduos autoconscientes de seu papel social, cultura e político.

Em um período como esse que associa pós-verdade, discursos extremistas, ausência de consciência política e incapacidade de aceitar os conhecimentos pacificados pelos diversos campos científicos, não encontramos nada além de ideologias que incentivam o extermínio do diferente, a intolerância e o retrocesso civilizatório. O objetivo como afirma Bauman (1998, 78) parece ser

“Livrar-se do adversário não é um fim em si. É um meio para atingir determinado fim, uma necessidade que decorre do objetivo último, um passo que se deve dar caso se queira chegar um dia à meta final. O fim em si mesmo é a visão grandiosa de uma sociedade melhor e radicalmente diferente.”

Em tempos como o nosso permeado por novas tecnologias, capazes de conceder voz a todos, é imperioso que tenhamos cuidado com o que essas vozes dizem e o que elas podem produzir. Não estamos mais em um período de centralização da informação e no controle constante dos discursos. Todos, independentemente de sua formação, classe social, grau de instrução ou localidade, são capazes de influenciar milhares, mudando definitivamente a forma como nos relacionamos com o mundo e seus saberes. (Quadrado, 2020)

Desse modo é importantíssimo entendermos o que produz a pós-verdade e a intolerância e quais são os meios de combatê-las. Todos têm direito à opinião, mas o diálogo, a razoabilidade, o consenso e o respeito às conquistas científicas e históricas são essenciais para preservação da democracia, do pensamento crítico e de uma educação para diversidade.

Tentaremos explicar de que forma a pós-verdade surge a partir das relações do indivíduo com a verdade, com a ciência, a sociedade e a política. Neste sentido é possível perceber que, apesar de ter sido definida



apenas em 2016, a pós-verdade é resultado de um processo histórico de resistência das massas ao conhecimento científico, a uma educação crítica, ao desenvolvimento das ideias no campo das liberdades terminando por atingir às liberdades civis.

### 3.1 Impactos políticos dos movimentos da pós-verdade.

Em um mundo de pós-verdade e intolerância não surpreende, ou pelo menos não deveria surpreender, o fato de a democracia no Brasil residir novamente em risco apesar da estrutura jurídica constante na Constituição Federal de 1988. Afinal, uma população sem capacidade de pensar criticamente, facilmente influenciável e incapaz de dialogar com a diferença, produz, sem muita consciência, os elementos da própria ruína. (ARENDDT, 2003; LEVI, 2004; BAUMAN, 1998)

Aqui se vê novamente a importância do incentivo e do cultivo da tolerância e de um diálogo sadio entre ambos os lados do jogo político e social. A sociedade presente parece, novamente ignorar, os alertas dos pensadores do passado como Locke e Voltaire e da contemporaneidade como Primo Levi, Hannah Arendt, Heidegger, Baumann e Todorov.

Vê-se o crescimento da pós-verdade no avanço do conservadorismo político e religioso, que tem permitido em todo o mundo a eleição de pessoas a demonstrar, de forma inequívoca, o desejo de parcela da população em retornar a modelos de inspiração conversadora próxima ao totalitarismo. Os defensores e participantes do movimento conservador no campo da política, com força expressa nos últimos anos, parecem querer deter o futuro e as conquistas do passado. Além de detentores de espaço no Parlamento, o que faz perceber sua presença no seio da população quando a elege na condição de seus representantes. Representando, assim, milhões de brasileiros e brasileiras que preferem à própria verdade às evidências e teorias científicas. Sendo, desta forma, um espaço ao conservadorismo, ao negacionismo e território amplo a ideias de características totalitárias.

Usam os direitos constitucionais e a liberdade para perseguirem a própria liberdade e o próprio Estado Democrático de Direito. Confirmando o que diz Tzvetan **Todorov em seu** *Os inimigos da Democracia* “[...] hoje, as ameaças que pesam sobre ela [a democracia] não vêm do exterior, da parte daqueles que se apresentam como seus inimigos, mas sobretudo de dentro, de ideologias, movimentos ou gestos que alegam defender os valores democráticos.” (TODOROV 2012, p. 12)

### 3.2 Pós-verdade, diálogo e democracia

O crescimento desses movimentos políticos (ou seriam apolíticos?) que se aproveitam da pós-verdade e da intolerância levam-nos novamente à mentalidade extremista que, como afirma Todorov (1995, 143), auxiliam a criar a ideia de que: quem não está comigo, necessariamente, está contra mim:

Todas as doutrinas extremistas servem-se do princípio “quem não é a favor é contra mim” (que infelizmente provém do Evangelho), mas nem todas prosseguem: “E quem é contra mim deve perecer”; nem todas, dispõem dos meios do Estado totalitário para executar a ameaça contida nesse princípio. O que mais especificamente caracteriza o totalitarismo é que o inimigo se encontra no próprio interior do país.

Com a eleição de inimigos, a depreciação do conhecimento científico em suas diversas formas e uma campanha de relativização da verdade, os supostos reformadores políticos manipulam a opinião pública, e dela são originários, fazendo com que a população esteja disposta a qualquer coisa para defender suas ideias e visões de mundo. Aqui jaz o perigo, pois uma população sem a prática da tolerância, incapaz de confiar na ciência e defensora da pós-verdade e de seus conhecimentos sem base científica é capaz de qualquer coisa, até mesmo de perseguir e exterminar seus opositores transformados em supostos inimigos. Como afirma Levi (Levi, 2004) a partir de uma educação irreflexiva e a criação de um ambiente alienante, o sujeito percebe-se incapaz de reagir às ideias que lhe são propostas tornando-se um autômato que simplesmente segue ordens, torna-se de fato um ser de ação irrefletida.

São muito mais importantes as motivações e as justificativas: por que você fez isso? Você se dava conta de que cometia um delito? [...] E eles [...] terminam por dizer substancialmente a mesma coisa: fiz porque me mandaram [...] *dada a educação que recebi e dado o ambiente em que vivi, não podia fazer outra coisa, se não o tivesse feito, outro agiria com maior dureza em meu lugar* (LEVI, 2004, p. 21-22 – grifo nosso).

Com o crescimento da ideologia extremista corremos o risco de repetirmos os mesmos erros do passado optando novamente pelo au-

toritarismo ao invés do diálogo. Afinal segundo Bauman (1998, p.109), citando Harry L. Feingold, não é possível afirmar que os elementos que causaram o Holocausto não estão mais presentes em nosso tempo.

A ideologia e o sistema que deram origem a [Auschwitz] permanecem intactos. Isso significa que a própria nação-Estado está fora de controle e é capaz de desencadear atos de canibalismo social em escala sequer sonhada. Se não for controlada, ela pode consumir toda uma civilização pelo fogo. Ela não pode carregar uma missão humanitária; suas transgressões não podem ser controladas por códigos legais ou morais, ela não tem consciência. (Harry L. Feingold)

Desse modo sem que combatamos os movimentos da pós-verdade através de uma educação de qualidade voltada para construção de uma consciência crítica e cidadã, corremos o risco de voltarmos no tempo e vivenciarmos, novamente, os horrores dos regimes totalitários nos quais a educação para o extermínio do diferente é o mais importante expediente estatal.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em tempos de relativização da verdade, polarização e extremismo político e ideológico, fake news disseminadas via redes sociais, a importância do diálogo e do consenso deve ser ressaltada. Tornando-se não somente necessário, mas essencial para o Estado Democrático de Direito. A invalidação do Outro, sua caracterização como inimigo e não como opositor no embate político, sua desumanização, leva a sociedade a repetir os mesmos erros do passado.

Passado este permeado por excessos, crueldade, extermínio e perseguição. Bauman (1998), Arendt (2003), Todorov (2012), Locke (2019) nos apresentaram as consequências da adoção da intolerância como expediente estatal e social. Não nos faltam referência para discussão do tema o que nos impõe a condição de falar sobre objetivando evitar que a sociedade incorra no erro passado em grau maior ou menor. Afinal, a história não se repete, mas fatos análogos aos ocorridos ressurgem a partir de ideias não suplantadas. Não é necessário eliminar o opositor nem criar na imagem do Outro a figura do inimigo.

O problema, da forma como abordado, consiste na negação do processo de invalidação do Outro como um ser digno e capaz de participar da condução da sociedade. O tecido social deve perceber que somente existe enquanto sociedade pela existência do Outro. Não é, portanto, anulando o Outro que serei melhor. Pelo contrário. Estarei negando meu próprio existir com a invalidação do outro, sua eleição como o responsável/culpado, pelos frequentes problemas sociais, econômicos e políticos, que todos os povos enfrentaram e ainda enfrentam. A solução a partir desse momento não poderia ser simplória: extermínio, negação e opressão. A superação dos problemas existentes passa pelo caminho (difícil) do diálogo, do enfrentamento às ideias do Outro a partir do argumento, da argumentação, do contraditório.

Um caminho onde inexista o diálogo pode reproduzir situações próximas à barbárie. Em um mundo globalizado onde todos participam ativamente (ou deveriam) da formação da opinião pública, dos debates políticos, a resistência à intolerância, às ideias intolerantes e ao intolerante tem que ser mais argumentativa que nunca.

Resistir nesse cenário é necessariamente reconhecer o Outro, incentivar o diálogo e ao mesmo tempo ser intolerante com a intolerância e com o discurso de ódio polarizador. Resistir nesse momento é em essência combater os discursos contrários à democracia, enquanto se incentiva o diálogo sadio, o debate e aceitação do outro desde que também esteja disposto a usar de tolerância com quem pensa diferente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, N. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADORNO, T. W. **A técnica psicológica das palestras radiofônicas de Martin Luther**

ADORNO, T. W. **Teoria freudiana e o padrão da propaganda fascista**. Artigo em colaboração com Max Horkheimer. 1951. Disponível em: <https://bibliotecasocialvirtual.files.wordpress.com>

AMARILDO, Luiz Trevisan. **Moralidade, biopolítica e educação em tempos de pós-verdade**. CONJECTURA: FILOSOFIA E EDUCAÇÃO (UCS), v. 25, p. 17-33, 2020.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2003

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BLANCO, Patricia. **A era da pós-verdade?** Disponível em: <http://www.palavraaberta.org.br/artigo/a-era-da-pos-verdade.html>. Acesso em: 20 jun. 2020

BOBBIO, N. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. São Paulo: UNESP, 2002.

COSTA, Marilda de Oliveira; SILVA, Leonardo Almeida da. **Educação e democracia: Base Nacional Comum Curricular e novo ensino médio sob a ótica de entidades acadêmicas da área educacional**. Rev. Bras. Educ., Rio de Janeiro, v. 24, e240047, 2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-24782019000100302&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782019000100302&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 21 June 2020.

DUARTE, Newton. **Sociedade do conhecimento ou sociedade das ilusões?** Quatro ensaios crítico-dialéticos em filosofia da educação. 1. ed., 1. reimpressão. Campinas, SP: Autores Associados, 2008. 106 p. (Coleção polêmicas do nosso tempo, 86)

FEITOSA, C. Pós-verdade e política. **Revista Cult**. 19 jul. 2017. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/pos-verdade-e-politica/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

ECO, Umberto. **O cemitério de praga**. Editora Record, Rio de Janeiro, 2011.

LEVI, Primo. **Os afogados e sobreviventes**. Tradução de Luiz Sérgio Henrique. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

LLORENTE, José. et al. **A era da pós-verdade: realidade versus percepção**. UNO. São Paulo, Mattavelli Gráfica e Editora, n. 27, mar. 2017

LOCKE, J. **Carta sobre a tolerância**. Tradução de Luiz Sérgio Henrique. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019.

MOCHCOVITCH, L. G. **Gramsci e a escola**. São Paulo: Ática, 1988. **O negacionismo histórico como arma política**. CartaCapital, 03 abril. 2019. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/o-negacionismo-historico-como-arma-politica/>>.

PERINI, Ernesto. **O que move as fake news e o negacionismo científico?** [Entrevista concedida a] Marco Weissheimer. Outras Palavras, 27 nov.2019. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/outrasmidias/o-que-move-as-fake-news-e-negacionismo-cientifico/>>.

PRIOLLI, Gabriel. A era da pós-verdade. **Carta Capital**, 13. jan. 2017. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/revista/933/a-era-da-pos-verdade>>. Acesso em: 20 jun. 2020

QUADRADO, Jaqueline Carvalho; FERREIRA, Ewerton da Silva. Ódio e intolerância nas redes sociais digitais. Rev. katálysis, Florianópolis, v. 23, n. 3, p. 419-428, Dec. 2020. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-49802020000300419&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802020000300419&lng=en&nrm=iso)>. acesso em 10 May 2021. Epub Oct 16, 2020. <https://doi.org/10.1590/1982-02592020v23n3p419>.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo, Marins Fontes, 2016.

TODOROV, T. **Em face do extremo**. Campinas, Papirus, 1995.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Tradução de Joana Angélica d'Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012

VOLTAIRE. **Dicionário Filosófico**. Trad. Bruno da Ponte, João Lopes Alves e Mari- lena de Souza Chauí. Coleção Os Pensadores. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

# LUIZ GAMA E O DIREITO DE RESISTÊNCIA À ESCRAVIDÃO

## LUIZ GAMA AND THE RIGHT TO RESIST SLAVERY

Rômulo Filizzola Nogueira<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo estudar o direito de resistência no pensamento de Luiz Gama (1830-1882). Para alcançar tal objetivo, desenvolve-se, de início, uma análise do direito de resistência na Era das Revoluções, relacionando-o à escravidão moderna. Examina-se, em seguida, o conto “Uma sessão de espiritismo” a partir da troca de cartas do seu autor Abdhallah com Luiz Gama, explorando as questões de teoria do direito suscitadas por essa narrativa. O estudo conclui que Luiz Gama mobilizou as suas múltiplas habilidades intelectuais, na literatura, no direito e no jornalismo, para refletir sobre o direito de resistência no Império escravocrata brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito de Resistência. Escravidão. Luiz Gama. Abolicionismo radical.

**ABSTRACT:** The objective of this article is to study the right to resist, from the thoughts of Luiz Gama. To achieve this goal, an analysis of the right to resist in the Age of Revolution is initially developed, relating it to modern slavery. Then, the short story “A session of spiritism” is examined based on the exchange of letters by its author Abdhallah with Luiz Gama, exploring the questions of the theory of law raised by this narrative. The study concludes that Luiz Gama mobilized his multiple intellectual skills in literature, law and journalism, to reflect on the right to resist in the Brazilian slave empire.

**KEYWORDS:** Right to resist. Slavery. Luiz Gama. Radical abolitionism.

---

<sup>1</sup> Mestre e doutorando em Teorias Jurídicas Contemporâneas na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

## 1 INTRODUÇÃO

Em 29 de janeiro de 1881, o jornal *Gazeta da Tarde* do Rio de Janeiro publicou a pedido de Luiz Gama uma carta anônima que lhe havia sido enviada de um “importante povoamento” do interior da Província de São Paulo. Apesar de abatido pela diabetes, doença que o levaria à morte no ano seguinte, o advogado afro-brasileiro expressou grande esperança nesse documento, declarando que uma nova era no combate à escravidão se iniciava no país: “essa carta será, quando gravada na história da humanidade, a página de ouro da evolução abolicionista no Brasil”. A carta vinha assinada apenas com o pseudônimo “Uma Neta de Zambo”, o que sugere ser o avô da autora um mestiço de negro com índio, um zambo ou cafuzo. Embora desconhecesse a sua correspondente, Luiz Gama não hesitou em descrevê-la como “uma personificação de virtudes: uma senhora de brios: uma brasileira benemérita: uma heroína da liberdade” (GAMA, 1881, p. 2).

Ao longo da carta, a misteriosa autora de ancestralidade africana relatou ao renomado advogado dos escravos episódios de desrespeito à lei pelos “odiosos senhores” de sua região, pedindo a ele que agisse junto aos “poderes competentes” contra semelhantes “injustiças e abusos”, perpetrados por senhores que eram os “piores tiranos”. Caso as medidas judiciais não melhorassem a “sorte destes infelizes”, a autora sugere a Luiz Gama que pusesse em prática a solução por ele alvitrada em escrito publicado no final do ano anterior na imprensa paulista, ensinando aos “infelizes” o “caminho do desespero” (NETA DE ZAMBO, 1881, p. 3).

Nesse escrito, o intelectual baiano declarou de forma enfática: “quando a Justiça fechar as portas dos tribunais, (...) eu saberei ensinar aos desgraçados a vereda do desespero”. Luiz Gama expressou, ademais, a sua admiração pelas “revoluções da liberdade”, afirmando: “quero ser louco como John Brown, como Spartacus, como Lincoln, como Jesus; detesto, porém, a calma farisaica de Pilatos” (GAMA, 2020, p. 268-269). Com essas palavras, o jurista afro-brasileiro retomou um tema que o acompanhava há mais de uma década. Em 1871, ele publicara um artigo na imprensa, reconhecendo que, “se algum dia”, “os respeitáveis juízes do Brasil”, esquecerem-se “do respeito que devem à lei”, “abandonando a causa sacrossanta do direito”, eu “aconselharei e promoverei” a “resistência”, “uma virtude cívica”, para realizar a “devida justiça aos infelizes que sofrem escravidão indébita” (GAMA, 2020, p. 199).



Comungando com as ideias de seu correspondente, a Neta de Zambo evocou ao final de sua missiva o art. 35 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Convenção Jacobina de 1793: “Contra o despotismo, a insurreição é o mais sagrado e mais santo dos deveres – Declaração da imortal Convenção”. Em seguida, ela levantou uma indagação: “Pois bem, se a Convenção aconselhava aos povos livres a insurreição contra o despotismo, por que no Brasil não se aconselhará aos escravos a rebelião contra a odiosa e cruel opressão de seus execráveis senhores?!” (NETA DE ZAMBO, 1881, p. 3).

A pergunta deixada pela correspondente de Luiz Gama coloca em questão um antigo e relevante tema da teoria política que desempenhou importante papel no início do constitucionalismo moderno: em quais situações o povo pode legitimamente insurgir-se contra um governo injusto. No caso, a Neta de Zambo reconheceu na opressão da classe senhorial o despotismo que autorizaria o exercício do direito de resistência dos indivíduos escravizados. Luiz Gama, como vimos, aderiu entusiasticamente às palavras de sua correspondente, solidarizando-se com o sofrimento dos afrodescendentes subjugados por seus proprietários. Na história do Brasil, o intelectual baiano singulariza-se por ser o único autor de um livro a ter vivenciado a experiência da escravidão. Após libertar-se do cativo, Luiz Gama assumiria a defesa dos direitos dos afrodescendentes escravizados, atuando nos três ramos do saber que viria a dominar: a literatura, o direito e o jornalismo.

Diferentemente de sua correspondente oculta no pseudônimo, Luiz Gama não podia proclamar abertamente o direito humano de resistência à opressão, pois o código criminal do Império punia como crime a insurreição de escravos (ALMEIDA, VELLOZO, 2020). Isso parece explicar a maneira peculiar como o tema do direito de resistência foi abordado em sua obra, por meio da troca de cartas com correspondentes anônimos, como é o caso de Abdhallah, autor do escrito que encerra uma das principais expressões do abolicionismo radical na história da escravidão brasileira.

Este artigo tem como objetivo analisar o direito de resistência no pensamento de Luiz Gama. Na primeira seção, eu farei uma contextualização histórica do direito de resistência na Era das Revoluções, demonstrando como essa noção circulou pelas margens do Oceano Atlântico. Na seção seguinte, eu examinarei o conto “Uma sessão de espiritismo” a partir da troca de cartas de seu autor Abdhallah com Luiz Gama. Publicado em folheto no ano de 1867, a narrativa representa na ficção uma reunião

mediúnica em que são recebidos os espíritos de Spartacus e John Brown, explorando o tema do direito de resistência nas sociedades escravocratas.

## 2 O DIREITO DE RESISTÊNCIA NA ERA DAS REVOLUÇÕES

Na Idade Média europeia, construiu-se a noção de que o povo poderia, em determinadas situações, resistir ao arbítrio do soberano injusto (MAGALHÃES, 2013, p. 175-195). No século XVII, o tema do direito de resistência teria em John Locke o seu principal teórico. Em sua obra, o filósofo inglês estruturou o contrato social no consentimento dos governados, reconhecendo ao povo o direito de legitimamente revoltar-se contra o governo caso este violasse o referido contrato (GINSBURG et al., 2013, p. 1202; GARGARELLA, 2019). Influenciado por seu pensamento, Thomas Jefferson justificou a Declaração de Independência dos Estados Unidos numa “longa série de abusos e usurpações” praticadas pela Coroa Britânica contra o povo das colônias norte-americanas.

Publicada em 1776, a declaração norte-americana inicia-se assumindo como “verdades evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade”. De acordo com esse documento, as “repetidas injúrias e usurpações” do rei da Grã-Bretanha revelavam o seu propósito de estabelecer “uma tirania absoluta sobre estes estados”, submetendo-os ao “despotismo absoluto”. Dessa maneira, assistia ao povo o “direito, bem como o dever, de abolir tal governo e estabelecer novos guardiões para sua segurança futura” (ARMITAGE, 2010, p. 140). Naquele contexto, as declarações de direitos elaboradas pelos estados de Maryland e Carolina do Norte reconheceriam como “absurda” e “servil” a “doutrina da não-resistência” contra o “poder arbitrário” e a “opressão” (ALPAUGH, 2016, p. 574, tradução nossa).

Por sugestão do Marquês de La Fayette, que havia lutado na Guerra da Independência Norte-americana, os revolucionários franceses adotaram uma declaração de direitos (ALPAUGH, 2016). Em 1789, a primeira e mais conhecida Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa afirmava em seu artigo 2º: “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” (COMPARATO, 2001, p. 152).

No ano de 1792, a linguagem dos direitos humanos foi empregada pelos líderes da revolta de escravos na colônia francesa de São Domingos, que culminaria na década seguinte na criação do Estado do Haiti. Em documento dirigido às autoridades francesas, eles basearam-se no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 para reivindicar os seus direitos naturais a “liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão” (BELAIR et al., 2008, p. 7).

Com a proclamação da República na França, a Convenção Nacional elaborou uma nova constituição em 1793, cuja declaração de direitos assinalava: “a resistência à opressão é a consequência dos demais Direitos do homem” (COMPARATO, 2001, p. 158). Ademais, adotando a proposta de seu líder Robespierre, os jacobinos reconheceram o direito humano à insurreição no artigo 35, que, como vimos, seria evocado pela Neta de Zambo em sua carta a Luiz Gama: “Quando o governo viola os direitos do povo, a insurreição é, para o povo inteiro e cada uma de suas parcelas, o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres” (COMPARATO, 2001, p. 158; EGGERS, 2017; TOMBA, 2015, p. 116).

A constituição de 1793 não chegou, porém, a entrar em vigor. A necessidade de manutenção da ordem e estabilidade do governo levaria à supressão do direito de resistência da constituição seguinte de 1795 (ALPAUGH, 2016, P. 590). Do período revolucionário francês, Luiz Gama tinha especial admiração pela experiência constitucional jacobina. Em 1882, ele afirmou em artigo publicado na imprensa carioca: “A soberania popular, excetuando-se O NOVENTA E TRÊS, é uma miséria política, sob a régia forma de um escárnio sacramental” (GAMA, 2020, p. 355, grifo do autor).

O advogado afro-brasileiro também não escondia a sua admiração por Spartacus e John Brown, chegando a dizer, como vimos, que queria “ser louco” como o gladiador romano e o abolicionista branco norte-americano. Líder da principal revolta de escravos da Antiguidade, a Terceira Guerra Servil, Spartacus ameaçou a ordem instituída pela República romana de 73 a.c. a 71 a.c. Apesar de derrotado no conflito bélico, o gladiador entrou para a história como uma figura lendária, verdadeiro símbolo da recusa humana à subjugação e à exploração (SHAW, 2001, p. 28).

John Brown, por sua vez, inspirou-se no exemplo dos rebeldes haitianos e promoveu um ataque ao arsenal federal de armas em Harpers Ferry, na Virgínia, em 1859, para iniciar uma revolta que pretendia pôr fim à escravidão nos Estados Unidos. Em seus escritos, o abolicionista branco defendia a liberdade e os direitos humanos dos negros escravi-

zados, reivindicando que a eles se aplicassem as máximas da Declaração de Independência Norte-americana de que todos os homens são iguais, dotados dos direitos inalienáveis à vida e à liberdade (REYNOLDS, 2006, p.130, 213; SISTARE, 2008, p. 106-107).

Um dos principais defensores da ação de John Brown no debate público norte-americano foi o filósofo Henry David Thoreau, autor do célebre ensaio sobre “A desobediência civil”, publicado originariamente com o título “Resistência ao Governo Civil”. Nesse texto, Thoreau (THOREAU, 2012a p. 11) defendeu a liberdade de consciência do indivíduo, justificando a sua recusa a pagar um imposto estadual, para não prestar apoio à escravidão e à Guerra contra o México: “Não posso, nem por um instante, reconhecer como *meu* governo essa organização política que é também o governo do *escravo*” (grifo do autor). Em sua argumentação, o filósofo assinalou: “Todos os homens reconhecem o direito de revolução; isto é, o direito de recusar obediência ao governo, e de resistir a ele, quando sua tirania ou sua ineficiência são grandes e intoleráveis”. Thoreau (2012, p. 11) recorda que assim se compreendeu na “Revolução de 75”, ou seja, quando da independência dos Estados Unidos em 1775. Ele declarou, ademais, que se deveria “fazer justiça aos escravos e ao México, *custe o que custar*” (THOREAU, 2012, p. 13, grifo do autor).

Após o ataque de John Brown a Harpers Ferry, o filósofo sustentou a legitimidade dos seus atos de violência para pôr fim à “tirania” da escravidão, criticando, ademais, o processo criminal que o levaria à morte por enforcamento, como veremos na próxima seção.

### 3 O DIREITO DE RESISTÊNCIA NO CONTO “UMA SESSÃO DE ESPIRITISMO”

No dia 20 de fevereiro de 1867, o jornal *Correio Paulistano* publicou na seção “a pedido” uma carta de Luiz Gama a Abdhallah, elogiando o “precioso folheto “uma sessão de espiritismo” que acaba de ser publicado” (GAMA, 1867). Naquela ocasião, Luiz Gama ainda não era reconhecido como um advogado que defendia o direito dos escravos, mas desfrutava de uma reputação no meio intelectual paulista. Em 1859, ele havia publicado a coletânea poética *Primeiras Trovas Burlescas de Getulino*, que teria uma segunda edição dois anos depois. Além disso, participara da fundação do efêmero *Diabo Coxo*, primeiro jornal ilustrado da capital, e

do *Cabrião*, periódico humorístico, para o qual então colaborava (FERREIRA, 2000).

Não tendo cursado a faculdade de direito, Luiz Gama adquiriu o seu conhecimento jurídico trabalhando como funcionário de uma repartição policial e na biblioteca particular de seu protetor, além de ter absorvido a influência do ambiente intelectual da cidade de São Paulo, então um burgo de estudantes. Considera-se que, no ano seguinte à troca de cartas aqui analisada, o intelectual afro-brasileiro teria iniciado o seu ativismo judicial pela libertação dos escravos (AZEVEDO, 1999, p. 192).

Em sua carta aberta a Abdhallah, Luiz Gama exaltou as ideias desenvolvidas na narrativa de “Uma sessão de espiritismo”. Assim como o texto elogiado, o escrito do intelectual afro-brasileiro contrapõe duas ordens de valores, a democracia, a liberdade, o direito e a razão, de um lado, o despotismo, a tirania e a escravidão, do outro. Luiz Gama coloca-se ao lado de Spartacus e John Brown, “os dois maiores quadros da história humana”, que se insurgiram contra a escravidão em épocas distintas, na “liberticida Roma” da Antiguidade e nas “cercanias da fraticida Charles Town” da civilização moderna, acabando as suas vidas como “dois Calvários ensanguentados pela tirania, em cujos cimos avultam dois Cristos soberanos avassalando as eras” (GAMA, 1867).

O intelectual afro-brasileiro interpreta o “martírio” dos dois insurgentes como “dois espantosos anacronismos sociais”, “duas afrontas imorredouras feitas ao direito e à razão”. E assim declara ao autor de “Uma sessão de espiritismo”:

O vosso folheto, meu caro Adhallah, encerra a descrição pomposa de uma festa solene, em que fez de sacerdotisa a liberdade; a moral ergue-lhe altares; perfuma a verdade às aras sacrossantas; o gladio romano tinto de sangue e a força de Charles Town coberta de luto, representam o despotismo agonizante (GAMA, 1867).

Como se vê, Luiz Gama adere integralmente às ideias presentes nesse “pequeno livro, bem comparável ao facetado diamante” (GAMA, 1867). O opúsculo foi publicado pela editora Tipografia Imparcial de J.R. de Azevedo Marques, abolicionista e amigo de Luiz Gama, que era também proprietário do *Correio Paulistano*. A narrativa do conto “Uma sessão de espiritismo” inicia-se num salão na “histórica cidade da Bahia”. Nesse recinto, o norte-americano Mr. Derby e o acadêmico brasileiro Eduardo Ramos debatem sobre a abolição da escravidão e o futuro do

Brasil. Com a chegada da médium Angelina ao local, pergunta-se ao estrangeiro qual o espírito ele gostaria que fosse evocado. Mr. Derby escolhe o de John Brown, seu compatriota. Ao “ouvir pronunciar tal nome”, conta o narrador, a “indignação do atroz suplício do abolicionista” enche a “cabeça e o coração” de Eduardo Ramos, que, “por associação natural pronuncia, entusiástico, o nome de Spartacus” (ABDHALLAH, 1867b, p. 8).

Em seguida, interrompe-se a parte ficcional da narrativa, passando-se a uma análise histórica do “vício ingênito das duas civilizações”, a escravidão da Roma Antiga e a dos Estados Unidos até a Guerra Civil. Ao discorrer sobre o “povo romano”, o narrador assinala que à “proporção que elevou-se na grandeza política e social, rebaixou-se na degradação moral”. Naquela sociedade, apenas os titulares da cidadania tinham a sua humanidade reconhecida: “As instituições absorveram o homem no cidadão; e fora do cidadão só havia um ente, mais ou menos desprezível, confundindo-se com os irracionais, a palavra excetuada” (ABDHALLAH, 1867b, p. 9).

É possível identificar na narrativa de Abdhallah as mesmas premissas da “crítica da ideologia jurídica” reconhecidas por Derrida em textos de Montaigne e Pascal dos séculos XVI e XVII. Segundo o intelectual argelino, esses dois pensadores questionaram as “superestruturas do direito que ocultam e refletem, ao mesmo tempo, os interesses econômicos e políticos das forças dominantes da sociedade” (DERRIDA, 2010, p. 23). No escrito publicado no Brasil oitocentista, o narrador afirma que o “sistema” da escravidão romana era favorecido pela “guerra e a conquista”: “o homem da lança tornou pela força o seu semelhante escravo” (ABDHALLAH, 1867b, p. 9, grifo do autor). O “ato fundador” do direito, observa Derrida (2010, p. 24-26), baseia-se num “golpe de força, numa violência performativa”, que “não é nem justa nem injusta”: “a origem da autoridade, a fundação ou o fundamento, a instauração da lei não podem, por definição, apoiar-se finalmente senão sobre elas mesmas, elas mesmas são uma violência sem fundamento”.

Dissociada das noções de justiça e humanidade, a “doutrina política dos romanos sobre os escravos” sintetizava-se na frase “os nossos escravos são os nossos inimigos”: “ainda mais nulo, do que desprezível” (ABDHALLAH, 1867b, p. 9, grifo do autor). O narrador evita empregar o vocábulo direito para designar o sistema jurídico da escravidão romana, o direito do homem sobre o homem, preferindo as expressões “poder da força” e “tirania dos homens” para descrevê-lo (ABDHALLAH, 1867b,

p. 11). Ainda que implicitamente, o narrador de “Uma sessão de espiritismo” desenvolve uma reflexão sobre as relações entre justiça e direito. Assim, reserva-se o vocábulo direito para a ação de Spartacus ao liderar a Terceira Guerra Servil:

Após infrutíferas tentativas anteriores, os escravos com as armas em punho, impelidos pelo frenesi da desesperação, lançam-se, por seu turno, a conquistar dos romanos o direito de viver, a liberdade. Spartacus, na frente de seus conservos gladiadores, bateu às portas quase de Roma, passando por sobre os cadáveres dos pretores (ABDHALLAH, 1867b, p. 10).

A insurreição dos escravos simboliza na narrativa o “apelo à justiça”, o “clássico ideal emancipatório”, de que fala Derrida. Com efeito, o “brado raivoso do escravo latino” (ABDHALLAH, 1867b, p. 8) pretendia obrigar a República a “reconsiderar”, “reinterpretar”, os “próprios fundamentos do direito, tais como eles haviam sido previamente calculados ou delimitados” (DERRIDA, 2010, p. 56). O narrador ressalta que o “embate do direito e da força ia decidir dos destinos do orbe romano”; mas “baqueou o direito nas margens do Silare; e a liberdade, envolvendo-se no crepe funerário dos míseros escravos, retraiu-se no tempo” (ABDHALLAH, 1867b, p. 10).

O capítulo seguinte de “Uma sessão de espiritismo” aborda a escravidão moderna dos afrodescendentes nos Estados Unidos da América, o “maior vulto das nacionalidades modernas” (ABDHALLAH, 1867b, p. 16). Assim, afirma-se que a nação cujo “pacto federal” era “recheado das ideias de liberdade e igualdade” estava reservada a “reproduzir os horrores da escravidão, qual a apresentamos entre os romanos” (ABDHALLAH, 1867b, p. 18, 21).

A posição assumida pelo narrador neste capítulo permite-nos estabelecer uma aproximação com o pensamento abolicionista do filósofo Henry David Thoreau. A narrativa de Abdhalla ressalta o caráter seccional da escravidão nos Estados Unidos, a “bifurcação da União Americana”, o Sul escravocrata, de um lado, o Norte abolicionista, do outro. Em 1820, o Compromisso do Missouri marcou “a latitude de 36º, como linha, aquém e além da qual, se aceitava ou repelia a escravidão” (ABDHALLAH, 1867b, p. 20). A disputa pelo predomínio na federação norte-americana levava a “invasões sobre territórios vizinhos, as anexações forçadas, a vitória nas eleições pela força, ou pelo dinheiro”. Enquanto os republicanos do Norte “excluem a escravidão dos territórios novos”, os

democratas do Sul “legitimam *essa projeção da propriedade, ou instituição patriarcal*” (ABDHALLAH, 1867b, p. 20, grifo do autor).

Em 1850, o “Norte rendeu-se à derradeira humilhação pela lei dos escravos fugidos”: “Reconhecia essa lei a escravidão, como de *direito*, e por conseguinte autorizava o senhor do Sul a vir arrancar do seu solo o escravo evadido; ou antes, prestava os seus agentes, os seus *homens* para caçarem o escravo do Sul” (ABDHALLAH, 1867b, p. 20-21, grifo do autor). Thoreau ( 2012b, p. 67) foi um acerbo crítico da Lei do Escravo Fugitivo, proclamando que a referida lei não estava “à altura da cabeça ou da razão; seu habitat é a lama”. Como a escravidão havia sido abolida em Massachusetts, o filósofo não podia admitir que a força militar de seu estado se colocasse “a serviço de um tal sr. Suttle, um proprietário de escravos da Virgínia, para permitir-lhe capturar um homem que ele chama de sua propriedade” (2012b, p. 64).

A nova lei federal também causou a indignação de John Brown, que, em reação, criou uma liga para promover a fuga de negros escravizados para o Canadá. Naquele contexto, o abolicionista exteriorizou os seus primeiros planos revolucionários de luta armada contra a escravidão (REYNOLDS, 2006, p. 121-124).

Em “Uma sessão de espiritismo”, o narrador discorre sobre os esforços saídos dos “peitos generosos dos abolicionistas”:

As excursões dos flibusteiros, a adjudicação forçada dos territórios vizinhos, as lutas à mão armada, quaisquer violências, contanto que determinadas pelos princípios de justiça, são atos legítimos de um povo livre!

John Brown tinha já representado glorioso papel numa dessas lutas em que o Kansas, erigido em território, era presa do Missouri, para lhe impor a aceitação da escravidão em seu seio.

De ódio concentrado contra a *instituição*, mais a mais estimulado pelos inimigos, John Brown premedita, e executa o drama de Harpers Ferry, uma revolta à mão armada, para emancipação dos escravos na União (ABDHALLAH, 1867b, p. 21, grifo do autor).

A narrativa reconhece como legítimos os atos de violência praticados pelo grupo de John Brown contra o sistema escravista. Antes do ataque a Harpers Ferry, Brown envolvera-se no assassinato de cinco defensores da escravidão no território do Kansas, que havia se tornado um local de disputa do futuro da nação após a edição da Lei Kansas-Nebraska em 1854. Esse ato legislativo do congresso norte-americano reviu o Com-



promisso do Missouri, criando os dois novos territórios, que decidiriam pelo voto se iriam estabelecer a escravidão. Para influenciar as eleições, escravocratas do Missouri migraram para o Kansas. Do lado dos abolicionistas, grupos do Norte, como o de John Brown, também partiram para o novo território, gerando a série de confrontos conhecida como “*Bleeding Kansas*”.

A legenda em torno do nome de John Brown começou a criar-se após o seu envolvimento nos assassinatos no Kansas. Para alguns, ele seria um assassino criminoso; para outros, um herói da luta antiescravista (REYNOLDS, 2006, p. 138). Os escritos de Abdhallah e Thoreau abraçam essa segunda visão. No texto brasileiro, enaltece-se o “glorioso papel” de John Brown no Kansas contra os escravocratas do Missouri, assumindo como legítimo o emprego da violência por “princípios de justiça”.

No mesmo sentido, Thoreau (1987, p. 49) assinalou que John Brown “nunca reconheceu as leis iníquas, resistiu-lhes como lhe competia”. Contra os críticos do abolicionista, que diziam ser ele um homem rústico, sem estudo, o filósofo argumentava que “onde ele se formou foi na grande universidade do Oeste, onde se dedicou afincadamente ao estudo da Liberdade, pela qual desde muito cedo nutriu um amor profundo”, começando a “praticar publicamente no Kansas a disciplina de Humanidade”: “As suas *humanidades* não tinham nada a ver com a gramática” (Thoreau, 1987, p. 32, grifo do autor). Aos que taxaram de louca a ação de Brown no novo território, Thoreau (1987, p. 51) contra-argumentou: “Normal é o tirano que domina com mão de ferro quatro milhões de escravos”: “perguntai ao tirano quem é o seu mais perigoso inimigo, se o louco ou o ajuizado”.

Falando sobre o “drama de Harpers Ferry”, Thoreau (1987, p. 61) procura sintetizar o reformismo de John Brown: “A sua teoria particular era a de que todo o homem tem absoluto direito de intervir pela força contra os donos de escravos se quer salvar o escravo. Eu sou dessa opinião”. A resistência liderada pelo abolicionista branco terminou, porém, com a sua prisão, processo e condenação pelos crimes de assassinato, incitamento à insurreição e traição ao Commonwealth da Virgínia.

Após a captura de John Brown pelos fuzileiros navais no dia 18 de outubro de 1859, Thoreau (1987, p. 56) criticou uma notícia de jornal que dizia agora reinar a calma em Harpers Ferry: “que espécie de calma poderá reinar onde prevalece a lei e impera o traficante de escravos?”. O processo criminal contra o abolicionista levou o filósofo a refletir sobre as relações entre justiça e direito: “Quando um governo coloca a sua força

ao serviço da injustiça, como é o caso do nosso, a serviço da continuação da escravatura e da matança dos libertadores dos escravos, mostra ser apenas uma força bruta ou, pior do que isso, diabólica”. Para ele, tratava-se de um “governo de inspiração tirânica”, pois “mantém presos quatro milhões de escravos” (Thoreau, 1987, p. 56). Ante um “governo diabólico e hipócrita”, Thoreau (1987, p. 57) reputa legítimo o gesto do “heroico libertador” dos escravos: “Quando se trata de resistir à tirania, a alta traição dá origem ao poder que recria o homem e este poder basta para a justificar”.

Em “Uma sessão de espiritismo”, o narrador assinala que a sociedade norte-americana ainda não estava “na altura das aspirações” de John Brown, encerrando-se a sua “revolta armada” com “o seu corpo pendente de uma forca em Charles Town (...) em 2 de dezembro de 1859” (ABDHALLAH, 1867b, p. 22). Como vimos, Luiz Gama interpretou a cena da execução de John Brown como um “Calvário” ensanguentado pela “tirania”.

Após finalizar o capítulo sobre os fatos históricos da escravidão nos Estados Unidos, a narrativa retoma a sua ficcionalidade, representando na literatura a sessão em que a médium Angelina psicografa as cartas de Spartacus e John Brown. A mensagem do líder da Terceira Guerra Servil em Roma irá pregar abertamente o direito de resistência contra a escravidão:

A revolução é o sagrado direito de um povo oprimido, num país de escravos ela se traduz pela insurreição.

A escravidão mata o direito, e se baseia na força: para repelir a força todos os meios são bons.

A covardia de uns, e a conveniência de outros, inventou a doutrina da obediência passiva.

Os crédulos a admitirão, os expertos aproveitaram-se, e a força continuou a dominar.

Entre a liberdade e a escravidão, não há meio termo possível.

Ou o homem não há de viver, ou há de viver na liberdade: a liberdade é a vida (ABDHALLAH, 1867b, p. 25).

A primeira parte da carta explora as relações entre direito, resistência e justiça. A começar pelo reconhecimento do direito humano à insurreição nas sociedades escravocratas, inspirado no artigo 35 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793, mais tarde sugerido pela Neta de Zambo a Luiz Gama. Para Spartacus, “a escravidão mata o direito”, pois significa a negação da vida e da liberdade. Compreende-se, assim, que o direito de propriedade do homem sobre o homem reduz-se

a uma expressão de força, uma força tirânica, que pode ser repelida por todos os meios, inclusive a violência.

Neste ponto, a mensagem do gladiador alinha-se plenamente com o pensamento jurídico de Luiz Gama, pois, como observam Silvio Almeida e Julio Vellozo (2020, p. 189), para o jurista afro-brasileiro, “direito e escravidão constituem um oxímoro, um paradoxo diabólico”, a escravidão encerra a “vitória da falta de sentido, da contradição e da injustiça”. O trecho inicial da carta psicografada condena, ainda, a doutrina da “obediência passiva” ou não-resistência, repetindo, com isso, os exemplos das declarações de direitos dos estados de Maryland e Carolina do Norte, que a consideraram absurda e servil.

A mensagem do escravo romano segue com a ameaça de uma insurreição que poria fim à existência da classe senhorial brasileira:

A atmosfera da escravidão que asfixia o cativo, desprende os miasmas que pesteiavam o senhor.

Para assegurarem a escravidão, embruteceram o escravo; mas o bruto também tem garras, e na falta os escravos têm o ferro de seus próprios grilhões.

Mataram o sentimento moral no escravo. Inda bem! O tigre não se comove às lágrimas, quando se arroja sobre a presa.

O sangue do escravo, jorrando ao látego do senhor, é o pequeno fundo de vingança que se vai capitalizando: será cobrado todos os prêmios no dia do vencimento.

As lágrimas – que regam o negro pão do escravo, transudam o veneno que há de um dia terminar a existência do senhor (AB-DHALLAH, 1867b, p. 25-26).

Em seguida, passa-se à leitura da mensagem psicografada de John Brown, que fala do isolamento para o qual caminhava o Império da América do Sul com o fim da escravidão nos Estados Unidos, a sua condenação moral no quadro das nações civilizadas.

O Brasil somente será grande, quando for moralizado.

Não pode haver moralidade num país, enquanto nele perdura a escravidão.

O sangue - que gera escravos - não pode alimentar a homens livres. (...)

No cimo, e na base da pirâmide, dorme-se o sono da indiferença; e a gangrena vai lavrando. (...)

E o futuro do país vai-se, porque a escravidão é essencialmente improdutiva (ABDHALLAH, 1867b, p. 26).

O espírito de John Brown conta que assistiu “à luta gigantesca da União, sempre ao lado de Lincoln”. Após a vitória e “emancipação dos escravos” nos Estados Unidos, o abolicionista sentiu-se impelido a “procurá-la no Brasil”, pela emigração e colonização. E assim tentaram “transplantar a ideia, mas achamos o solo refratário e rebelde”: “O leite da escravidão que sucou da metrópole – inoculou no Brasil o ódio à liberdade”. Segundo o filantropo anglo-saxão, “a seiva da liberdade definhou nas veias do latino” e o Brasil arrastava-se numa “existência ignóbil e raquítica”, “destinado à morte prematura”:

Dilacerado pela política interna, desacreditado no exterior, acometido de bancarrota, ludibriado em sua dignidade, sem honra nem bríos de nação, sem patriotismo em seus filhos, compensa-se de tudo em enumerar os seus escravos, em sugar-lhes o sangue para alimentar-se.

Mas o sangue clama sangue, e a hora fatal está iminente.

As crateras vão vomitar suas lavas; e após o cataclisma, quem poderá dizer:

Onde foi o Brasil? (ABDHALLAH, 1867b, p. 26-27)

Além da condenação moral da nação, a carta psicografada antevê a insurreição dos escravos contra o sistema opressor, que produzirá um “cataclisma”, uma ruptura no sistema político-econômico do Brasil. Na sua *Crítica da Razão Negra*, Achille Mbembe assinala que “se há algo que desde sempre assombra a modernidade, é justamente a possibilidade de um acontecimento singular, “a revolta dos escravos””. Esta significaria, segundo o pensador camaronês, “não apenas a libertação dos subjugados, mas também uma reformulação radical, se não do sistema da propriedade e do trabalho, ao menos dos mecanismos de sua redistribuição e, a partir daí, das bases da reprodução da própria vida” (MBEMBE, 2018, p. 77).

Após a leitura dos dois manuscritos psicografados, o narrador encerra o conto: “Sem buscar saber da exatidão das doutrinas de Spartacus, nem da justeza das apreciações de John Brown, entrego-os à publicidade. Tenham o destino que merecem. Até outra vez. ABDHALLAH” (1867b, p. 27).

A resposta de Abdhallah à carta aberta de Luiz Gama seria publicada no mesmo jornal dois dias depois. O missivista opta por não comentar acerca de sua personalidade ocultada no pseudônimo de origem islâmica: “Deixemos à margem minha triste personalidade; mísera e mesquinha - não vale a pena contemplá-la” (ABDHALLAH, 1867a). Como o conto se passa na cidade de Salvador, o pseudônimo de seu autor remete à Revolta do Malês, levante de escravos de maioria mulçumana ocorrido naquela capital em janeiro de 1935 (Cf. REIS, 2012).

Esse evento marcante da história da escravidão no país iria repercutir na vida do próprio Luiz Gama, que, ao chegar como escravo na cidade de São Paulo, aos dez anos de idade, foi rejeitado por eventuais compradores por ser oriundo da Bahia, província cujos escravos tinham a fama de ter o espírito rebelde. Ademais, a sua mãe, a mítica Luíza Mahin, integra o imaginário criado em torno dessa revolta, embora nada se tenha comprovado de sua participação no levante.

Em sua carta aberta, Abdhallah manteve o mesmo tom ameaçador do conto, alertando o seu “patrício e amigo”, bem como os leitores do jornal, da inevitabilidade da insurreição dos escravos: “A luz se há de fazer a despeito das trevas. Do excesso do mal há de surgir a necessidade do bem. Como o réprobo asselado com o estigma da maldição de um Deus, a escravidão há de ser espancada do solo do Brasil: Cumpre, quanto antes, prevenir os horrores do caos”. Em seguida, o misterioso correspondente de Luiz Gama transcreve palavras ditas pelo Czar Alexandre da Rússia à nobreza de Moscou, quando se discutia a emancipação dos servos: “Tenho vos entretido da necessidade de proceder à reforma das leis que regem a instituição dos servos; reforma que deve partir de cima, para que não venha de baixo” (ABDHALLAH, 1867a).

Com essas palavras, Abdhallah alude à necessidade da reforma da legislação sobre a escravidão, um tema então objeto de discussão no Brasil. No ano anterior, tentara-se submeter à apreciação do Conselho de Estado projetos de lei que tratavam da libertação das crianças nascidas do ventre escravo, e que estabeleciam como prazo final para a abolição definitiva o dia 31 de dezembro de 1899. Na ocasião, prevaleceram, porém, as forças conservadoras, defensoras do *status quo*, e o tema não foi debatido. No dia 22 de fevereiro de 1867, momento da publicação da carta de Abdhallah, os conselheiros preparavam-se para se manifestar sobre o assunto na sessão a ser realizada no dia 2 de abril. Eram as primeiras deliberações dentro do aparelho do Estado monárquico do processo que

se encerraria com a edição da Lei do Ventre Livre em 1871 (MORAES, 1917, p. 11-13; BARMAN, 2012, p. 308-310; SALLES, 2010).

Ante a inércia do Estado brasileiro, o missivista reforça a mensagem do conto, dizendo que, cedo ou tarde, os escravos iriam agir coletivamente contra o sistema que os oprimia:

E estará no poder do homem esmagar a liberdade?  
Tentativas inúteis! digamo-lo com um grande abolicionista:  
« Os ecos da palavra franqueiam as fronteiras e as muralhas, como o sopro do vento, ou o raio do sol. Nenhum poder, nenhuma muralha pode impedir que a voz da liberdade chegue até o coração do cativo.»  
Té no futuro; o brasileiro há de ser livre.  
Teu patrício e amigo  
Abdhallah (1867a, p. 27).

Os dois amigos não continuaram a troca de cartas na imprensa, uma estratégia de *marketing* usada na época para atrair a atenção para as obras lançadas no mercado (Cf. PINTO, 2018, p. 161). No mesmo ano de 1867, o jurista Perdigão Malheiro lançaria o terceiro volume de *A Escravidão no Brasil*, fazendo um levantamento das manifestações favoráveis à emancipação dos escravos, então baseadas sobretudo na libertação dos filhos nascidos das mulheres escravizadas. Malheiro (1867, p. 99) refere-se ao folheto de Abdhallah, mostrando desconhecer o seu autor: “Em S. Paulo publicou-se em 1867 um escrito adverso à escravidão sob o título – *Uma sessão de espiritismo*” (grifo do autor). Diferentemente das demais manifestações indicadas pelo jurista, a narrativa de Abdhallah é o único desses escritos a assumir a linguagem da violência, o discurso do abolicionismo radical, compreendendo os indivíduos escravizados como sujeitos portadores de direitos humanos irrenunciáveis, bem como agentes coletivos na luta contra o regime opressor.

## 4 CONCLUSÃO

A insurreição dos escravos liderada por Spartacus e o ataque de John Brown ao arsenal de armas de Harpers Ferry são eventos constitutivos da simbologia do direito de resistência no imaginário universal. Tanto Spartacus como John Brown responderam positivamente à per-

gunta deixada pela Neta de Zambo, considerando legítimo o exercício do direito de resistência contra a opressão da escravidão. Embora não tenha pegado em armas, Luiz Gama não escondeu o seu entusiasmo com a carta escrita pela misteriosa admiradora da Convenção Jacobina de 1793.

No mesmo artigo em que declarou querer “ser louco” como John Brown e Spartacus, ele recordou o seu passado como “fabricante de sátiras”, dizendo ainda ter o “vezo da arte” (GAMA, 2020, p. 268). No mês seguinte, Gama receberia a carta da enigmática Neta de Zambo, cujo texto apresenta claros elementos de continuidade com o conto “Uma sessão de espiritismo”, publicado quatorze anos antes. Tamanha a sintonia de pensamento entre a correspondente entusiasta da Revolução Francesa e o advogado afro-brasileiro que a historiadora Ana Flávia Magalhães Pinto (2018, p. 108) suspeitou da existência real da neta de Zambo, questionando se a carta seria “obra de ficção ou não”. E assim argumentou que “a carta bem poderia ter sido um jeito arrumado por Luiz Gama e seus consortes de ir além do que a segurança lhe garantia, sem poder ser acusado de qualquer crime contra a ordem ou a propriedade” (PINTO, 2018, p. 109-110).

Comprovadamente, o intelectual baiano empregou pseudônimos que remetiam à sua ascendência africana, como *Getulino*, referência ao Norte do continente, usado em sua coletânea de poesias, e *Afro*, com que assinou escritos na imprensa. Embora não se possa provar, é razoável supor que Abdhallah seria uma criação que permitiu a Luiz Gama abordar o tema do direito de resistência à escravidão no debate público da época. De qualquer forma, numa análise estritamente jurídica, o intelectual afro-brasileiro endossou integralmente as ideias apresentadas por Abdhallah e pela Neta de Zambo. Por ter vivenciado a desumanização da escravidão, sendo reduzido ao *status* de coisa pelo ordenamento jurídico, Luiz Gama era o intelectual brasileiro vocacionado a apresentar uma compreensão verdadeiramente universal dos direitos humanos e a assumir como legítimo o direito de resistência contra o sistema opressor da escravidão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDHALLAH. Abdhallah a Luiz Gama. **Correio Paulistano**, São Paulo, 22 fev. 1867a, p. 3.

ABDHALLAH. **Uma sessão de espiritismo**. São Paulo: Tip. Imparcial de J. R. de Azevedo Marques, 1867b.

ALMEIDA, Silvio Luiz de; VELLOZO, Júlio César de Oliveira. “Saberei ensinar aos desgraçados a vereda do desespero” – Entre o crime de insurreição e o direito à resistência: o abolicionismo radical de Luiz Gama. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 57, p. 166-193, jun/set 2020.

ALPAUGH, Micah. The right of resistance to oppression: protest and authority in the French Revolutionary World. **French Historical Studies**, vol. 39, n. 3, p. 567-598, ago. 2016.

ARMITAGE, David. **Declaração de Independência**: uma história global. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

AZEVEDO, Elciene. **Orfeu de carapinha**: a trajetória de Luiz Gama na imperial cidade de São Paulo. Campinas: Ed. Unicamp, 1999.

BARMAN, Roderick J. Imperador Cidadão. São Paulo: Unesp, 2012.

BELAIR, BIASSOU, JEAN-FRANÇOIS. Letter to the General Assembly from Biassou, Jean-François and Toussaint L’Ouverture, July 1792. In: NESBITT, Nick (org.). Jean-Bertrand Aristide presents Toussaint L’Ouverture: The Haitian Revolution. Londres: Verso, 2008. p. 5-8.

CARSON, Herbert L. An eccentric kinship: Henry David Thoreau “a Plea for Captain John Brown”. *The Southern Speech Journal*, v. 27, n. 2, p. 151-155, 1961.

COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

DERRIDA, Jacques. Força de lei: o fundamento místico da autoridade. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.



DOUZINAS, Costas. *Philosophy and resistance in the crisis: Greece and the Future of Europe*. Philosophy and resistance. Cambridge: Polity, 2013.

EGGERS, Nicolai von. The right to resist in the 1793 Declaration of Rights. In: SIMONSEN, Karen-Margrethe. KJAERGARD, Jona Ross (org.). *Discursive Framing of human rights: negotiating agency and victimhood*. New York: Routledge, 2017. p. 58-75.

FERREIRA, Ligia Fonseca Ferreira. Introdução. In: GAMA, Luiz. *Primeiras trovas burlescas*. Org. Ligia F. Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GAMA, Luiz. [Meu caro Abdhallah]. *Correio Paulistano*, São Paulo, 20 fev. 1867, p. 3.

GAMA, Luiz. [Carta a Ferreira de Menezes]. *Gazeta da Tarde*, 29 jan. 1881, p. 2.

GAMA, Luiz. *Lições de resistência: artigos de Luiz Gama na imprensa de São Paulo e Rio de Janeiro*. Organização, introdução e notas de Ligia Fonseca Ferreira. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2020.

GARGARELLA, Roberto. *The Last Resort: The Right of Resistance in Situations of Legal Alienation*. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/23](http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/23)>. Acesso em: 05 out. 2019.

GINSBURG, Tom; LANSBERG-RODRIGUEZ, Daniel; VERSTEEG, Mila. When to Overthrow Your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions. *UCLA Law Review*. 60, 5, 2013, p. 1184-1260.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *A formação do conceito de direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2013.

MALHEIRO, Perdígão. *A escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social: africanos*, v. III. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1867.

MBEMBE, Achille. *Crítica da razão negra*. São Paulo: n-1 edições, 2018.

MEYER, Michael. Thoreau's rescue of John Brown from History. *Studies in the American Renaissance*, p. 301-316, 1980.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FILOSOFIA DO DIREITO E SOCIOLOGIA DO DIREITO

MORAES, Evaristo de. A lei do ventre livre (ensaio de história parlamentar). Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1917.

NETA de Zambo. A Luiz Gama. Gazeta da Tarde, 29 jan. 1881, p. 3.

PINTO, Ana Flávia Magalhães. Escritos de liberdade: literatos negros, racismo e cidadania no Brasil Oitocentista. Campinas: Editora da Unicamp, 2018.

REIS, João José. Rebelião Escrava no Brasil: a história do levante dos malês em 1835. 3ª ed. São Paulo: Cia das Letras, 2012.

REYNOLDS, David S. John Brow, abolitionist: The man who killed slavery, sparked the Civil War, and seeded civil rights. New York: Alfred A. Knopf, 2005. Nova Iorque: Vintage Books, 2006.

SALLES, Ricardo. A Guerra do Paraguai, a “Questão servil” e a questão nacional no Brasil (1866-1871). In: PAMPLONA, Marco; STUVEN, Ana Maria (org.). Estado e nação no Brasil e no Chile ao longo do Século XIX. Rio de Janeiro: Garamond, 2010. p. 125-156.

SHAW, Brent. Spartacus and the slave wars. New York: Palgrave Macmillan, 2001.

Sistare, Christian T. In: REIDY, David A; RIKER, Walter J (org). Coercion and the State. John Brown’s Duties: Obligation, Violence, and “Natural Duty”. Nova Iorque: Springer, 2008. p. 95-112.

THOREAU, Henry David. A desobediência civil. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2012a.

THOREAU, Henry David. A escravidão em Massachusetts. In:\_\_. A desobediência civil. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2012b. p. 60-80.

THOREAU, Henry David. Defesa de John Brown. Lisboa: Antígona, 1987.

TOMBA, Massimiliano. 1793: The Neglected Legacy of Insurgent Universality. History of the Present: A Journal of Critical History, v. 5, n. 2, p. 109-136, out. 2015.

# RIESGO Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA: EL ODS 16 COMO PRETEXTO PARA MEJORAR LA CALIDAD DEMOCRÁTICA

Dra. Nuria Belloso Martín<sup>1</sup>

## 1 INTRODUCCIÓN

La democracia, a lo largo de la historia del pensamiento jurídico, ha dado lugar a debates y propuestas filosóficas acerca de su naturaleza, de las razones morales en las que se apoya, de sus desafíos y, cómo no, también de sus crisis. El riesgo es un elemento que se proyecta e incide en las democracias y que merece ser valorado. A su vez, las formas de participación y deliberación en un sistema democrático, es decir, los procedimientos que se sigan para articular la democracia también están interligados con el riesgo. La teoría de sistemas se interesa por el Derecho como comunicación, lo cual se proyecta de forma más significativa en uno de los modelos de democracia, como es la deliberativa, que impulsa la participación en los asuntos públicos.

Superando crisis, avances y retrocesos, la democracia está llamada a ir superando las muchas dificultades que encuentra en su camino. Los retos son numerosos (desde crisis como la sanitaria actual, a Gobiernos pandémicos y Gobiernos populistas). Su capacidad de salir airosa se pondrá a prueba en la capacidad que tenga la razón para superar la incertidumbre y el miedo.

En estas páginas, se pondrá de relieve la conexión entre sociedad del riesgo, democracia deliberativa e implementación de la Agenda 2030 “Transformar nuestro mundo” en general, y del Objetivo de Desarrollo Sostenible 16, “Paz, Justicia e instituciones sólidas”, en particular, conceptos todos ellos unidos por el cordón umbilical del riesgo.

---

1 Es Catedrática de Filosofía del Derecho en el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España). Desde 2011 es Directora del Departamento de Derecho Público. Ha sido Coordinadora del Programa de Doctorado del Departamento de Derecho Público desde 1996 hasta 2016.

## 2 LA SOCIEDAD DEL RIESGO

Hay prestigiosos especialistas que han trabajado la teoría del riesgo, por lo que aquí me limitaré a subrayar algunos de sus rasgos, a modo de situar el contexto en el que intentaré justificar un determinado modelo de democracia. Como es sabido, la Modernidad trajo consigo un propósito de orden y control, derivado de una racionalidad que pretendía imponer un orden metódico. Sin embargo, la realidad es que el mundo se caracteriza por la complejidad, la contingencia, la incertidumbre.

Se suele pensar nuestra **Modernidad** en relación con la individualidad, las libertades personales y el Estado de derecho. El modelo jurídico ha desempeñado aquí una función paradigmática: derechos individuales, incorporación de las libertades de las personas en los textos constitucionales, limitación del ejercicio legítimo del poder estatal. Todo esto forma parte de nuestra Modernidad; pero no es más que una de las caras de la moneda. Tomando como referencia el desarrollo de la **medicina social**, los análisis foucaultianos han explorado su contracara, donde emergen con no menor importancia las nociones de población, seguridad y riesgo. Se presenta así una imagen de nuestra Modernidad mucho más compleja, donde no se trata de cambiar un término por otro (el individuo por la población, la libertad por la seguridad, el Estado de derecho por el riesgo), sino de comprender que ninguno de estos puede ser pensado independientemente (CASTRO, 2020).

El riesgo ha existido siempre y es connatural a una precaria existencia humana y a un frágil orden social. Pero la modernidad supuso un cambio en cuanto a la percepción de tal riesgo y las formas de su control y tratamiento. Anteriormente, en las sociedades premodernas, las amenazas y peligros se contemplaban en **términos de destino**. **A partir de** la modernidad y la consiguiente racionalización, el riesgo deja de considerarse como el resultado de la intervención de los dioses sobre la tierra, y empieza a entenderse que la contingencia y la incertidumbre es el tributo que se debe de pagar por la vocación de control y orden.

Asimismo, la propia razón encuentra razones para dudar de sí: el conocimiento, incluso el científico, es muchas veces provisional -la reciente pandemia así lo ha puesto de manifiesto-, lo que lleva a una constante duda, a una revisión, provocando la paradoja de que un mayor conocimiento produzca, a su vez, mayor incertidumbre. El riesgo deriva de la imposibilidad de predecir con total certidumbre las consecuencias de

nuestras acciones, de las que muchos de sus efectos -al menos, los colaterales- escapan a nuestra capacidad de control.

**En el bien conocido libro de Ulrich Beck *La sociedad del riesgo*, se alude a la sociedad en la que vivimos con unas palabras que, escritas en 1986, no parecen haber perdido un ápice de vigencia casi treinta y cinco años después: en la disputa pública sobre la definición de los riesgos se trata**

**“no solo de las consecuencias para la salud de la naturaleza y del ser humano, sino de los efectos secundarios sociales, económicos y políticos [...]: hundimiento de mercados [...] controles burocráticos de las decisiones empresariales, apertura de nuevos mercados, costes monstruosos, procedimientos judiciales. En la sociedad del riesgo surge así a impulsos pequeños y grandes el potencial político de las catástrofes. La defensa y administración de las mismas pueden incluir una reorganización del poder y de la competencia. La sociedad del riesgo es una sociedad catastrófica. En ella, el estado de excepción amenaza con convertirse en el estado de normalidad” (BECK, 1998) (PRESNO LINERA, 2020).**

Tal y como Beck explica, el surgimiento de nuevos riesgos no es -a su juicio- resultado de una anomalía o de un funcionamiento anormal de las instituciones sociales, sino el producto de la evolución misma de la modernidad. Tanto Beck como Giddens se adhieren a una forma débil de construccionismo social, según la cual, los riesgos no pueden comprenderse nunca al margen del sistema de creencias y posiciones morales vigente.

Los riesgos son el resultado de una decisión, lo que da lugar al problema de su imputación, es decir, a la pregunta de quién los produce, cómo y por qué. Los riesgos preindustriales podían imputarse a un agente externo, como los dioses o la naturaleza (BECK, 1995: 78). Posteriormente, los riesgos industriales se mantuvieron en el marco de una escala limitada, “produciendo una inseguridad mensurable en términos tanto de probabilidad como de indemnización”. Sin embargo, los nuevos riesgos de la modernidad presentan unas características que se alejan de esos patrones, siendo ahora potencialmente globales, irreversibles e irremediables” (ARIAS MALDONADO, 2003: 235), lo que impide la aplicación a los mismos de un cálculo inútil tomando como referencia los estándares de normalidad y las bases de medida. (GIDDENS, 1993; DE GIORGI, 1998; INNERARITY et al.: 2013).

El riesgo se puede definir, siguiendo a De Giorgi como una modalidad de relación con el futuro. Es una forma de determinación de las indeterminaciones según la diferencia de probable / improbable (DE GIORGI, 1998): El riesgo no debe de entenderse como un concepto opuesto al de seguridad necesariamente. Las coordenadas de tiempo y espacio aportan al ser humano las bases sólidas para conocer qué ha sucedido en el pasado y, a partir de ahí, hacer sus previsiones para el futuro. Sin embargo, esa pretendida seguridad -al menos para planificar y programar el futuro- ya no resultan posibles. Una catástrofe ambiental o una epidemia, como la que actualmente estamos sufriendo, provocan situaciones excepcionales a las que el Derecho debe dar una respuesta.

Desde el **ámbito** político, se dirige a la sociedad para evitar que tengan puestas sus miras en el futuro. El cortoplacismo político, interesado en logros a breve término y a asegurar el voto del electorado en períodos breves, acaba inundando el **ámbito** social. Se acostumbra a los ciudadanos a vivir en el presentismo, postergando la mirada hacia el futuro, intentado que los enfoques prospectivos queden aparcados y, como si con ello, la incertidumbre, el riesgo y el peligro pudieran neutralizarse (BELLOSO MARTÍN, 2018b).

El riesgo adopta diferente significado si lo construimos con la diferencia riesgo / seguridad o con la diferencia riesgo / peligro (FERNANDES CAMPILONGO et alt, 2020). Los conceptos de incertidumbre, riesgo y peligro han venido a sustituir a los de certidumbre, seguridad y confianza. Como explica el profesor Fernández Campilongo (2020), se trata de tres conceptos relacionados pero distintos. Se está en una situación de incertidumbre cuando se tiene dificultad para calcular las consecuencias. No se sabe entonces cómo medir el futuro y, si se adopta una decisión o se implementa una medida, no se pueden controlar sus consecuencias. Se está en una situación de riesgo cuando se participa en el proceso decisorio. Y, por último, si no se es consultado ni se participa, pero se expone a las consecuencias, se está en una situación de peligro. Es decir, si no se siguen las orientaciones, de la incertidumbre se pasa al riesgo y del riesgo se pasa al peligro. Tal distinción cobra especial relevancia en el actual contexto para entender la sociedad actual, la cual no ha tenido posibilidad de participar en las decisiones para hacer frente al virus, un virus que ni se había previsto y del que las consecuencias del propio virus son imprevisibles. El riesgo futuriza el futuro. A través de un vínculo de posibilidades se reabren otros muchos.

Los nuevos riesgos poseen un horizonte semántico dominado por las ideas de invisibilidad, inmanencia, latencia e incertidumbre que se oponen a los discursos basados en la prueba científica, la predicción, la certidumbre y medidas empíricas. Ni el modo de consideración del riesgo, ni el proceso de toma de decisiones relativas al mismo, dominantes en la democracia liberal, reconocen tal circunstancia, dotándolo de un tratamiento inadecuado. Se adopta una visión científico-cognitiva del riesgo, como suceso preexistente en la naturaleza y susceptible de identificación mediante control, cálculo y conocimiento científico (LUPTON, 1999: 17 ss). Pero el riesgo no puede afrontarse meramente con **más** conocimiento. Como señala, Luhmann, “conforme más racionalmente se calcula y más complejo se hace el proceso de cálculo, mayor es el **número de facetas** en las que reina la incertidumbre del futuro y, por ende, del riesgo (LUHMANN, 1996:150).

Un ejemplo se puede encontrar en la concepción **técnico-administrativa de** la sustentabilidad medioambiental, que en sí misma podría muy bien considerarse como una política de control y producción de riesgos, y sobre la que cada vez se urge que recupere el ingrediente de participación ciudadana y de debate público, habida cuenta de su cualidad eminentemente social. La incertidumbre, asociada tanto a los riesgos de grandes dimensiones como a las soluciones aplicables a los mismos, trae consigo la necesidad de que sean procesos democráticos lo **más inclusivos y participativos** posibles los que encaucen la deliberación y toma de decisiones “cuya legitimidad no deriva aquí de su eficacia, sino del procedimiento que las produce”.

Nos adherimos a la tesis de Arias Maldonado cuando sostiene que la democracia deliberativa constituye el modelo adecuado para el tratamiento y control democrático del riesgo.

Seguidamente, ofrecemos algunas de las claves de la teoría deliberativa de la democracia para, después, proponer una fundamentación de tal pertinencia. Por último, se pondrá en relación tal procedimiento deliberativo como el **más** adecuado para la correcta implementación de la Agenda 2030 y, concretamente, del ODS 16.

### 3 PROCEDIMIENTO DELIBERATIVO Y MODELOS DE DEMOCRACIA

Democracia es básicamente una “forma de gobierno”, un sistema de decisión colectiva. En este trabajo no podemos detenernos en el aná-

lisis de las numerosas cuestiones a las que se podría hacer alusión vinculándolas a la democracia (AA.VV., 2008) y nos vamos a limitar a reflexionar sobre una de esas modalidades, como es la democracia deliberativa.

D. Held considera la democracia deliberativa como el décimo modelo de democracia, junto con: i) La democracia clásica: Atenas; ii) El republicanismo: la libertad, el autogobierno, el ciudadano activo; iii) La democracia liberal: a favor y en contra del Estado; iv) La democracia directa; v) El elitismo competitivo y la visión tecnocrática; vi) Pluralismo, capitalismo corporativo y Estado; vii) De la estabilidad de posguerra a la crisis política: la polarización de los ideales políticos; viii) La democracia tras el comunismo soviético; ix) La democracia deliberativa y la defensa de lo público (HELD, 2007).

Viola reconoce que la expresión “democracia deliberativa” es de por sí una fórmula vaga, capaz de albergar teorías con contrastes profundos entre ellas. Este término de “democracia deliberativa” fue originalmente acuñado por J. M. Bessette, en *Deliberative Democracy: The majority Principle in republican Government*, en 1980 y, posteriormente, otros filósofos -como Mannin, Fishkin, Cohen y Elster- han ido configurando los modelos deliberativos. Este término abarca diversas posiciones, aunque sus defensores lo suelen utilizar para destacar un enfoque político dirigido a una mejora de la calidad de la democracia.

*El auge del modelo deliberativo pone en crisis una concepción puramente procedimental de la democracia. Como acertadamente plantea F. Viola, “¿Debemos todavía creer con Bobbio (BOBBIO, 1984: 4-7 y 55) y con Kelsen (KELSEN, 2006) que, entre las reglas del juego democrático, el principio procesal de la mayoría será siempre el más distintivo de la democracia, si bien no el único? (VIOLA, 2006: 1). En las dos últimas décadas, han sido numerosos los filósofos y teóricos de la política que intentan explicarnos que la democracia del futuro no podrá seguir siendo “liberal, formal y procedimental” y que está llamada a convertirse en una democracia participativa o deliberativa (GREPPI, 2006). Los deliberacionistas citan experiencias –escasas y siempre en países en vías de desarrollo y en lugares de dimensiones manejables-, tales como la del Presupuesto participativo en Porto Alegre (Brasil), Villa del Rosario (Perú), San Joaquín (Chile) (CASTILLO Y VILLACIENCIO, 2005).*

Frente a una democracia deliberativa y participativa, nuestras democracias contemporáneas se situarían en el otro extremo: las decisiones las toman los representantes, predominan procesos de negociación y existen amplios ámbitos de decisión que quedan



fuera del juego de mayorías y minorías, protegidos por derechos e instituciones contramayoritarias (PRESNO, 2000: 267).

Para comprender qué sea el procedimiento deliberativo debemos partir del propio concepto de democracia deliberativa, también conocida como democracia discursiva. Constituye un sistema que pretende equilibrar la democracia representativa con la toma de decisiones consensuadas. A diferencia de la teoría tradicional de la elección racional proveniente de la economía, que enfatiza el acto de votar como institución central de la democracia, los teóricos de la democracia deliberativa argumentan que las decisiones sólo pueden ser legítimas si llegan como consecuencia de una deliberación pública por parte de la ciudadanía. No se trata de un procedimiento de decisión basado necesariamente en el consenso, pero sí de un prerequisite de la votación mayoritaria, bajo la premisa de que votar sin discutir no es democrático. Mientras los liberales suelen mostrar su satisfacción con la democracia representativa, porque respeta la decisión de quienes prefieren dedicar la mayor parte de su tiempo a los asuntos privados, los republicanos son más proclives a la democracia deliberativa.

En la defensa del ideal deliberativo militan diversas tendencias, basadas en la igualdad, la autonomía y el valor de la participación. No se trata de un simple refugio de filósofos y politólogos progresistas nostálgicos de las utopías participativas de sus ideales de juventud. A juicio de Nino, la democracia debe ser un diálogo moral y debe generar una perspectiva imparcial con respecto a los intereses de todos los ciudadanos (NINO, 19979).

Democracia y participación se requieren mutuamente. Como ha apuntado, Zafra, en diálogo con el Sartori, **“la deliberación no es una alternativa a la representación, sino un medio para mejorar esa representación y articular mejor la diversidad social”** (ZAFRA, 2015). No debe necesariamente acabar en acuerdo, pero sí estimular que, una vez se hayan planteado los términos del debate, quien deba decidir valore razonadamente los distintos argumentos y pondere cuáles son aplicables a la política que se quiere poner en marcha y descarte, también motivadamente, cuáles no lo deben ser. Por su parte, Innerarity, preocupado por cómo se podría mejorar la participación ciudadana, propone reforzar la dimensión deliberativa en el ámbito local de gobierno, en el municipio, lo que facilitaría la entrada de la participación ciudadana en los asuntos públicos (INNERARITY, 2018).

Los ciudadanos atenienses deliberaban en la asamblea antes de tomar decisiones, ponderaban públicamente los pros y contras de las alternativas posibles en las distintas cuestiones, como expresará más tarde el verbo “deliberar” del latino *libra*, es decir, *balanza*. Así pues, delibera quien “considera atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos” (CORTINA, 2004). Sin embargo, en una asamblea, no todos pueden tomar la palabra, y aquellos que lo hacen tienden a convencer a los otros de la justeza de sus propias opiniones. Parece que la imposibilidad de la democracia directa hace disminuir la exigencia de persuadir a una audiencia. El electorado controla a sus representantes *ex post*, es decir, en las votaciones sucesivas. Los representantes son aparentemente libres de formarse las opiniones que decidan, pero saben que si no actúan según los deseos de los representados no serán reelectos.

Cuando un grupo de individuos iguales, libres y racionales debe tomar una decisión que concierne a todos y cuando falta la unanimidad, no restan más que tres vías posibles: argumentar, negociar y votar. Argumentar y negociar son formas de comunicación, mientras que votar no lo es. Votar y argumentar se colocan en los dos extremos opuestos: con el voto la decisión colectiva es tomada por vía agregativa, es decir, sumando las preferencias. Con la argumentación es tomada por vía deliberativa, es decir, apelando a valores imparciales sostenidos por razones prevalentes (VIOLA, 2006: 17). La deliberación en un contexto democrático no es mera conversación, sino que es, ante todo, decisión.

Cohen (1996) ha apuntado unas reglas del modelo deliberativo, como son: i) Las deliberaciones se efectúan de forma argumentativa, es decir, mediante el intercambio regulado de informaciones y razones entre partes que hacen propuestas y las someten a crítica; ii) Las deliberaciones son inclusivas y públicas, y en ellas todos los que pueden verse afectados por las resoluciones han de tener las mismas oportunidades de acceso y deliberación; iii) Las deliberaciones están exentas de coerciones internas que puedan mermar la igual posición de los participantes, y en ellas todos tienen las mismas posibilidades de ser escuchados, de introducir temas, de hacer propuestas y de criticarlas; iv) Las deliberaciones se dirigen en general a alcanzar un acuerdo racionalmente motivado y pueden, en principio, proseguirse o retomarse en cualquier momento, pero han de ponerseles término mediante acuerdo mayoritario

Sin embargo, el procedimiento deliberativo de democracia no escapa a las objeciones, de las que conviene destacar tres:

i) El elitismo: la democracia deliberativa suele caracterizarse como elitista, pues no todas las personas tienen el capital cultural suficiente para ganar una discusión, aunque tengan preferencias políticas legítimas (HELD, 2007: 331). Puede pensarse que no resulta adecuado que todos los ciudadanos –la mayoría de los cuales carecen de las condiciones intelectuales y morales apropiadas– deliberen. Por el contrario, es mejor que lo haga la minoría de las personas intelectual y moralmente destacadas de la sociedad que son capaces de juzgar reflexivamente y de deliberar correctamente. Ésta sería la opción del republicanismo aristocrático, la del gobierno representativo y, en el fondo, la de la democracia elitista competitiva. Según esta tesis, o bien se restringe la ciudadanía a los mejores, o bien, supuesta una ciudadanía universalizada, la mayoría de los ciudadanos, aunque sean legalmente e incluso políticamente iguales, se limitan a seleccionar a los más capaces o más virtuosos para que deliberen y decidan en su lugar.

*ii) La división del trabajo: La política requiere dedicación, y no podemos pensar que todos los ciudadanos están en condiciones de destinar tiempo y esfuerzo a la política, ya que deben compaginarlo con sus respectivas profesiones, familia y demás. Por ello, de la política se deben encargar personas especialmente designadas para esta función, los políticos. Si este argumento ya se utilizaba para justificar la representación, ahora, en una sociedad tecnológica y del conocimiento, con mayor razón. Este argumento de la división del trabajo se presenta como una cuestión de eficiencia. A ello hay que sumar el argumento de la libertad individual, por el que no se puede obligar a los ciudadanos a participar en los asuntos públicos.*

*iii) El coste de la deliberación. Los costes pueden ser de tres órdenes: en primer lugar, de tiempo, ya que el procedimiento deliberativo exige que los participantes expongan y debatan todos sus argumentos a favor de sus preferencias; en segundo lugar, de esfuerzos personales empleados, ya que los participantes deben interesarse por los asuntos públicos, realizar un seguimiento de las acciones de sus representantes, participar en las deliberaciones, etc; en tercer lugar, económicos, derivados de abrir la deliberación política a todos los ciudadanos (MARTÍ, 2006: 268-269).*

#### 4 RIESGO Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA

*La necesidad de controlar los riesgos y someterlos a un proceso democrático lleva a plantearse cuáles serían los procedimientos democráticos más idóneos para la consecución de tal fin. La democracia deliberativa es el modelo que mejor se adapta a la naturaleza de los nuevos riesgos con la consiguiente necesidad de integrar el conocimiento experto en el proceso democrático. Y ello porque una democracia deliberativa permite politizar el riesgo sin desatender su dimensión técnica. Es decir, el riesgo también tiene una dimensión normativa lo que desbarata los intentos de despolitizarlo, y reclama su sujeción a control y decisión pública y colectiva. La ciencia y la técnica que los trate, deberán ser aplicadas dentro del marco de regulación democrática (BARRY, 199: 203). Ahora bien, como advierte Arias Maldonado, “las relaciones entre conocimiento experto, decisión democrática y participación ciudadana no son, sin embargo, unívocas ni de fácil arbitraje” (ARIAS MALDONADO, 2003: 249).*

*Seguidamente, y siguiendo las propuestas de Arias Maldonado, se aportan algunas razones para sostener porqué, la flexibilidad institucional que preside el modelo deliberativo de democracia se plantea como forma política adecuada a las exigencias de una sociedad del riesgo.*

i) *Construcción social del riesgo. El riesgo tiene una dimensión real y material, pero su conocimiento es social y su percepción depende necesariamente del contexto. Por tanto, siempre intermedia la interpretación del riesgo, marcada por el contexto, la perspectiva o el poder (ADAM, 1998:236). Es una relación interna a la sociedad. Por ello afirma Beck que la sociedad del riesgo “empieza allí donde termina la naturaleza” (BECK, 1998: 10). Procesos más abiertos, que permitan el acceso a puntos de vista diferenciados, harán que encajen mejor en la naturaleza abierta e inclusiva del modelo deliberativo, ya que permite y facilita la comunicación en torno al riesgo de forma diversa y ordenada. Deliberar aquí sobre el riesgo es deliberar sobre su percepción social, sobre cómo debería definirse, y cómo se debería de gestionar política y técnicamente. Comunicación racional, abierta y plural, participación, diálogo, se erigen como importantes elementos de un marco adecuado para definir y gestionar socialmente el riesgo*

ii) *Deliberación y legitimidad. La democratización de la deliberación en torno al riesgo contribuye a que la ciudadanía deje de*

*contemplar el riesgo en términos de fortuna o casualidad, y adopte una actitud basada en la premisa de que se puede controlar y conducir el riesgo (DE-SHALIT, 2000:169). La incertidumbre se comparte así socialmente. Una política deliberativa favorecerá incrementar la legitimidad de una decisión que, a su vez, repercutirá en el conjunto de actores sociales. Se redistribuye la responsabilidad vinculando a los miembros de la sociedad a partir de relaciones susceptibles de control recíproco.*

*iii) Mayor eficacia de las decisiones. La aplicación de mecanismos deliberativos a la definición y gestión de riesgos puede desembocar no sólo en decisiones más legítimas sino también, más eficaces y racionales. Para lo cual, es necesario que la aplicación del marco deliberativo proporcione una ventaja comparativa respecto a otras formas de decisión. Por ejemplo, la pluralidad y flexibilidad de los participantes en la deliberación les permitirá tomar decisiones que pueden adaptarse y autocorregirse según las circunstancias nuevas o sobrevenidas, o porque se recabe más información o se aporten nuevos argumentos. Que haya mecanismos de voto y limitaciones temporales para adoptar una decisión, paliará la perversidad que este modelo de discusión sin fin podría tener.*

*iv) Juicio experto y juicio ciudadano. Cuando se trata de una materia técnica y compleja, la compatibilización de un juicio experto con el juicio ciudadano y profano se verá enriquecida con diversos puntos de vista y vivencias sobre ese mismo riesgo. Ahora bien, no resulta fácil compatibilizar ambos juicios ya que surgen problemas como que entre un discurso técnico y otro profano se empleen lenguajes incommensurables entre sí y sólo puedan entenderse a costa de desnaturalizarse. Tal vez esos inconvenientes pudieran paliarse recurriendo a foros específicos de discusión y de decisión entre representantes de los afectados, de los expertos y miembros de la administración.*

*En definitiva, la flexibilidad institucional que distingue a la democracia deliberativa, que permite su corrección representativa y su adaptación a múltiples contextos y actores, puede favorecer alcanzar una decisión lo más racional y legítima posible.*

*Habría otras cuestiones para tratar, como la de las futuras generaciones en cuanto colectivo afectado por esos riesgos y que no tiene posibilidad de participar en la decisión. La propuesta de la teoría de la justicia de Rawls, con una justicia universal (para todas las generaciones) estaría en esa línea. En otro sentido, también Habermas ha advertido contra una*

*exageración de la política deliberativa, reclamando la necesaria distinción entre aquellas deliberaciones orientadas a la decisión, reguladas por procedimientos democráticos, y aquellos procesos informales de formación de la opinión en la esfera pública (HABERMAS, 1998:384).*

## **5 EL ODS 16, ¿POSIBILIDAD U OBSTÁCULO PARA MEJORAR LA CALIDAD DEMOCRÁTICA?**

En la cumbre de Naciones Unidas, celebrada en septiembre del año 2015, mediante la Resolución 70/1 de la Asamblea General de Naciones Unidas, titulada “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, 193 países aprobaron los 17 objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) para toda la Comunidad Internacional. La progresiva implantación de la Agenda 2030 “Transformar nuestro mundo”, con sus consiguientes diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) constituye, para esta próxima década, uno de los grandes retos de políticas públicas a las que las democracias deben dar respuesta. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), herederos de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, pretenden garantizar un desarrollo que satisfaga las necesidades actuales sin repercutir e impactar en el de las futuras generaciones (BELLOSO MARTÍN, 2018a).

De los ODS se puede hacer una lectura en el sentido de que se proponen neutralizar o, al menos, paliar, algunos de los grandes riesgos globales: hambre, desigualdad, medio ambiente y tantos otros. Entre esos objetivos se pueden citar: el fin de la pobreza (Objetivo 1), el hambre cero (Objetivo 2), la salud y bienestar (Objetivo 3), la educación de calidad (Objetivo 4), la igualdad de género (Objetivo 5), la reducción de las desigualdades (Objetivo 10) y la paz, justicia e instituciones sólidas (Objetivo 16).

El análisis de la implementación de la citada Agenda 2030 y, de forma específica, en el Objetivo de Desarrollo Sostenible 16, puede hacerse muy bien a la luz de los parámetros que caracterizan la sociedad del riesgo. Y ello porque el ODS 16, enfocado en la paz, la justicia y las instituciones sólidas, constituye una excelente oportunidad para testar la solidez de nuestras democracias. De hecho, el ODS 16 hace referencia a la democracia al pedir sociedades e instituciones inclusivas y participativas.

El ODS 16 es tanto un fin en sí mismo como un instrumento para la consecución de ese desarrollo sostenible en los diversos países.

Puede considerarse como un ODS transformador, con una significación que va más allá de las metas que engloba. El Objetivo 16 de la Agenda 2030 –cuya denominación abreviada es Paz, Justicia e Instituciones sólidas– propone lo siguiente:

Objetivo 16. Promover *sociedades pacíficas* e inclusivas para el desarrollo sostenible, *facilitar el acceso a la justicia para todos* y construir a todos los niveles *instituciones eficaces e inclusivas* que rindan cuentas. (La cursiva es nuestra)

Como puede deducirse del enunciado del ODS 16, se plantean tres importantes retos: a) Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible (IZQUIERDO RAMÍREZ; ORTEGA CAMARERO: 2020); b) facilitar el acceso a la justicia para todos; y c) construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas.

A diferencia de otros ODS, este es especialmente complejo porque es poliédrico: es jurídico, politológico y sociológico. Y contiene tres metas principales: conseguir una sociedad pacífica, una sociedad justa y unas instituciones transparentes e inclusivas. El ODS 16 resulta especialmente difícil de concretar. Es el que tiene el número más elevado de metas –concretamente, doce– y la menor precisión y claridad respecto a los medios para su implementación.

Tal y como establece el *Plan de Acción para la implementación de la Agenda 2030. Hacia una Agenda Española de Desarrollo Sostenible*, el ODS 16 busca “conseguir la justicia y su corolario, la paz, así como facilitar el derecho fundamental de acceso a la justicia para los más desfavorecidos, reforzar la lucha contra el narcotráfico, la corrupción y la delincuencia organizada transnacional, y aplicar las nuevas tecnologías a la administración de justicia de forma que esta sea más rápida, ágil y eficaz y cumpla por tanto con su doble labor de castigar al culpable y contribuir a reparar el daño causado sin demoras”. Y continúa el Plan explicando que los retos actuales planteados por la pobreza, el hambre, la disminución de los recursos naturales, la escasez de agua, la desigualdad social, la degradación ambiental, las enfermedades, la corrupción, el racismo y la xenofobia, entre otros factores, suponen un desafío para la paz y generan un terreno fértil para el surgimiento de conflictos.

En primer lugar, para la consecución de la paz, las democracias deben enfrentarse a problemas tales como el terrorismo internacional yihadista, que busca destruir la democracia, la sociedad de la informa-

ción, con tecnologías disruptivas, las ciberamenazas, la Inteligencia Artificial, los androides, los transhumanos, etc. Todo eso son retos para los derechos humanos, para la privacidad y para la propia gestión del sistema democrático. Ello ya está requiriendo estudios y equipos de investigación interdisciplinarios que, gracias al diálogo, al establecimiento de objetivos comunes y a que se están fijando determinados límites éticos que no puede traspasarse, permite un intercambio fructífero de información, de avance del conocimiento, de proyectos I+D+I que ayudan a crear un clima deliberativo, idóneo para avances científico- tecnológicos y convenios de cooperación en aras de la paz.

Para la consecución de la segunda meta, la justicia requiere el acceso a la justicia, es decir, lo que se conoce como tutela judicial efectiva. Sin embargo, si el sistema judicial no es independiente y está al servicio de los poderes fácticos, ese acceso a la justicia es ineficaz. La implantación de las MASC (Medios adecuados de solución de controversias) puede ser un instrumento que contribuya a intensificar la cultura del diálogo, la cooperación, la autonomía y la deliberación, y que repercuta beneficiosamente, tanto en la consecución de la paz como en la justicia y, por ende, en los sistemas democráticos. El objetivo de conseguir paz y justicia puede lograrse potenciando y consolidando los MASC, por tanto, mediante diálogo, comunicación, cooperación racional para la búsqueda de un objetivo común, elementos todos ellos que, como ya se ha indicado, forman parte de los procedimientos deliberativos.

La tercera meta del ODS, son las instituciones sólidas e inclusivas. Para esta implementación se debe reforzar el acceso a la información pública por parte del ciudadano, la transparencia, el buen gobierno y la gobernanza, con el fin de evitar la corrupción y los sobornos. La transparencia y la dación de cuentas es un tema relevante en la medida en que forma parte de la calidad de la democracia, y que ha avanzado en teoría, pero no en la práctica. Las instituciones que no funcionan conforme a la ley son más propensas a la arbitrariedad y al abuso de poder, y tienen menos capacidad para prestar servicios para todos, provocando así situaciones de desigualdad, en una actuación diametralmente opuesta a su esencia, naturaleza y finalidad. De nuevo, el procedimiento deliberativo se presenta como el marco idóneo para la consecución de esta meta.

La herramienta del *compliance* y el establecimiento del *compliance officer* podrían ayudar en su consecución. El *compliance* tiene como propósito identificar, asesorar, alertar, y permite diseñar un mapa de riesgos de cumplimiento en las organizaciones en relación con las leyes



aplicables, las regulaciones, los códigos de conducta y los estándares de buenas prácticas (corrupciones, sobornos, acceso público a la información). Es un instrumento diseñado para prevenir la comisión de delitos dentro de las corporaciones (insolvencias punibles, daños informáticos, receptación y blanqueo de capitales, financiación ilegal de partidos políticos, delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social, delitos de edificación o urbanización ilegal, delitos contra el medio ambiente, tráfico de influencias, incitación al odio y a la violencia, financiación del terrorismo y tantos otros). En los ordenamientos jurídicos se contempla la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero suelen llegar tarde. El *compliance* pretende ir más allá del cumplimiento normativo presentando los códigos éticos y la normativa interna de la empresa como referencias. Más allá de las derivaciones penales de estas técnicas, su utilización en el sector público tiene una proyección de mejora transversal al conjunto de la organización y directa en términos de transparencia, equidad y buen gobierno.

La consecución de los ODS no es una tarea que corresponda en exclusiva a los poderes públicos, sino que se plantea como un reto global, multinivel y transversal en el que deben colaborar empresas, organizaciones sociales y demás actores relevantes. Ahora bien, todos esos loables propósitos contrastan con que, ni en el ODS 16 ni tampoco en la Agenda 2030, no se haga ninguna referencia a la democracia. Lo cual constituye ya un signo inequívoco de que algo falla, en la medida en que el desarrollo sostenible no puede entenderse desligado de la democracia. Resulta también paradójico que la Agenda 2030 apenas haga referencia a los derechos humanos (a lo sumo, podría entenderse que constituyen su sustrato, pero apenas se alude a los mismos).

En el fondo se esconde un problema de falta de verdadero compromiso democrático por parte del ODS 16. Todo su contenido versa sobre calidad democrática, pero apenas se cita, y se prefiere hablar de Parlamentos, de Estado de derecho, y otros pseudo términos, por lo que se llega a la conclusión de que la palabra “democracia” molesta. No se trata de que las democracias estén en peligro sino en situaciones de peor calidad que antes. Todo ello reafirma la idea de que debe examinarse si la democracia deliberativa podría salvar esas dificultades apuntadas y ofrecer un *plus* de calidad democrática frente a otras formas, además de ayudar a tratar normativamente los riesgos.

En definitiva, el ODS 16 es especialmente revelador en cuanto a dar pistas sobre cuáles podrían ser las líneas de trabajo a seguir para

impulsar una política de participación ciudadana alineada con este ODS en particular y con la Agenda 2030 en general:

-Diseño de una participación ciudadana con un horizonte estratégico 2030.

-Promover pactos o acuerdos que articulen compromisos institucionales y ciudadanos con los ODS de la Agenda 2030.

-Vincular la participación ciudadana con la política de transparencia. Derecho al saber y participación ciudadana.

-Articulación de un sistema de rendición de cuentas que haga realidad el acceso a la información a la que el ciudadano tiene derecho y posibilite su participación.

## 6 REFLEXIONES FINALES

Primera.- Para los críticos de la sociedad del riesgo, todo parece indicar que antaño los riesgos eran mucho mayores que hoy. Sustentan que, mientras que antes la humanidad quedaba literalmente sometida a los riesgos, ahora –gracias al cálculo de probabilidades y al creciente dominio que se ha conseguido sobre la naturaleza facilitada por el desarrollo tecnológico– podemos protegernos de diversas maneras. Sin embargo, ha llegado un virus invisible y microscópico y todas las salvaguardas de protección construidas han fallado. Ello pone de relieve que el riesgo preside la vida del ser humano del siglo XXI, de forma tan acusada como siempre ha venido sucediendo. E incluso, el mayor conocimiento agudiza la incertidumbre y, con ella, el riesgo.

**Segunda.- El modelo de democracia deliberativa se caracteriza por acoger unos procedimientos y características que contribuyen a paliar o reducir, en alguna medida, el riesgo social. Deliberaciones y diálogos argumentativos, inclusivos, donde las presiones interesadas quedan mucho más diluidas o neutralizadas, la consecución de acuerdos racionales y mayor nitidez a la hora de concretar los objetivos finales,**

Tercera.- La consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible depende, a su vez, de que se articulen en sistemas democráticos. La implementación de la Agenda 2030 se basa en un enfoque holístico e inclusivo, por lo que los aspectos relativos a la buena gestión de gobierno y a la garantía de los derechos fundamentales adquieren un renovado protagonismo. Las democracias más participativas y transparentes son

un requisito para reducir las desigualdades y proteger el planeta. **Aunque no se haga mención expresa a los riesgos en la Agenda 2030, de forma implícita están presentes. Instituciones transparentes y sujetas a rendición de cuentas necesariamente deben de respetar las reglas democráticas. Sin embargo, de forma llamativa, el término “democracia” o el calificativo de “democrático” no aparece entre los Objetivos. De ahí que se deba subrayar la falta de compromiso político para dejar claro que los Estados gobernados democráticamente son condición necesaria para una verdadera sostenibilidad.**

**Cuarta.- Concretamente, el ODS 16, “Paz, Justicia e instituciones sólidas” se plantea reducir significativamente toda expresión de violencia y de corrupción a través de la creación de estructuras institucionales que fomenten la participación social en todos sus ámbitos, metas que se adecúan e insertan muy bien en los procedimientos que caracterizan a la democracia deliberativa. Asimismo, la paz se sitúa como una meta transversal e imprescindible para la consecución de todos los ODS, ya que, en una sociedad presidida por la violencia, ni se puede trabajar en implementar los demás ODS, y además de agudizan los riesgos y peligros.**

Quinta.- La Agenda 2030 tropieza con un sistema que, en lugar de impulsar la construcción de sociedades inclusivas, se desarrolla movido por nociones que, al fin y al cabo, lo que generan es exclusión: nacionalismo, religión, raza, género, etnia. De ahí que para la próxima década cabe vaticinar una creciente demanda por el reconocimiento de la identidad y la dignidad que implicará importantes desafíos para las democracias constitucionales. Se plantean cuestiones sobre cómo (re)configurar o (re)crear instituciones políticas para hacer frente a la crisis de representatividad o cómo (re)formular modelos económicos que propicien la reducción de las desigualdades y el desarrollo sostenible (BELLOSO MARTÍN, 2020). Ello conlleva estar atentos a neutralizar demagogias y populismos que, en ningún caso, deben confundirse con los mecanismos de una democracia deliberativa, siendo conscientes, de las grandes limitaciones que tiene la democracia deliberativa en nuestras sociedades y que tampoco es la panacea de los ideales democráticos.

La década de 2021 a 2030, será seguramente un tiempo de cambios relevantes en los que se profundizará en mutaciones políticas y sociales. Y no sólo obedecerá a un cambio de costumbres provocadas por las tecnologías de la comunicación y la inteligencia artificial sino también por mudanzas en las formas de organización política de las sociedades. En los próximos diez años habrá complejos desafíos para conciliar la

protección de los derechos humanos, los ideales del constitucionalismo y la democracia con el de un desarrollo sostenible. El modelo de democracia deliberativa, debidamente articulado y sin hacer en procedimientos poco realistas e incluso utópicos, podría ser un canal adecuado para su consecución.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA. VV. (2008). *Número monográfico de la Revista Sistema 203-204, dedicado al tema: "Nuevos desarrollos de la democracia"*.

ADAM, Bárbara (1998). *Timescapes of Modernity. The Enviroment and Invisible Hazards*, Londres: Routledge, 1998.

ARIAS MALDONADO, Manuel (2003). "Democracia y sociedad del riesgo. Deliberación, complejidad, incertidumbre", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº122, octubre-diciembre, pp.233-268.

BECK Ulrich (1995). *Ecological Politics in an of Risk*, Cambrigde: Polity. BECK Ulrich (1998). *La Sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Paidós.

BELLOSO MARTÍN, Nuria (2018a). *El debate sobre la tutela institucional: generaciones futuras y derechos de la naturaleza*, Alcalá: Editorial Universidad de Alcalá.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. (2018b). "Algunas propuestas prospectivas de las políticas públicas: su proyección en los intereses de las generaciones futuras", *Espaço Jurídico: Journal of Law*, Vol. 19, Nº. 1, Joacaba, pp. 61-86. Disponible en: [dialnet.unirioja.es › servlet › articulo](http://dialnet.unirioja.es › servlet › articulo)

BELLOSO MARTÍN, Nuria (2020). "El ODS 16 en la Agenda 2030: de la indefinición a algunas propuestas para su concreción", *Revista Quaestio Iuris*, Universidade Estadual de Rio de Janeiro, vol.13, nº4, Río de Janeiro, pp.1939-1974. DOI: 10.12957/rqi2020.45898. Disponible en: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/51991/36664>

BESSETTE, Joseph M. (1980). "Deliberative Democracy: The majority Principle in republican Government". En: *How democratic is the constitution?*, Washington, D.C., American Interprise Institute for Public Policy Research, 1980, pp.102-116.

BESSETTE, Joseph M. (1994). *The Mild Voice of Reason*. Chicago: University of Chicago Press.

BOBBIO, Norberto (1984): *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*. Turin: Einaudi.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FILOSOFIA DO DIREITO E SOCIOLOGIA DO DIREITO

BOHMAN, J. (1988): “*The Coming of Age of Deliberative Democracy*”, *The Journal of Political Philosophy* 6, 4, pp.400-425.

CASTRO, Edgar (2020). “Debate. Giorgio Agamben y el nuevo estado de excepción gracias al coronavirus”, *Revista Ñ. Clarín*, (27/03/2020). [https://www.clarin.com/revista-enie/ideas/giorgio-agamben-nuevo-excepcion-gracias-coronavirus\\_0\\_PudxE2ilo.html](https://www.clarin.com/revista-enie/ideas/giorgio-agamben-nuevo-excepcion-gracias-coronavirus_0_PudxE2ilo.html)

COHEN, Joshua (1991). “*Procedure and substance in Deliberative Democracy*”, en S. Benhabib (Ed), *Democracy and differency constenting the boundaries of the political*, Princeton University Press, pp.95-119.

DE GIORGI, Rafeale (1998). *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

ELSTER, John (2001): *La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.

FERNANDES CAMPILONGO, Celso; VEIGA DA ROCHA, Jean-Paul, FARIA, José Eduardo; PORTO MACEDO Jr. Ronaldo. “E quando o futuro começar? Uma análise sobre o direito no pós-pandemia”, *JOTA - Opinião & Análise*, 19 Agosto 2020. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/e-quando-o-futuro-comecar-19082020>

GREPPI, Andrea (2006). *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid, Trotta.

HELD, David (2007). *Modelos de democracia*, 3ª ed., trad. Mª. Hernández, Madrid: Alianza Editorial.

INNERARITY, Daniel y SOLANA, Javier (Organizadores) (2013). *La Humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales*, trad. de Emilio Moreira Guedes, Lisboa: Teodolito.

INNERARITY, Daniel (2018). *Comprender la democracia*. Barcelona: Gedisa.

KELSEN, Hans (1929): *De la esencia y valor de la democracia* (2006). Trad. y notas prel. de J.L. Requejo Pagés, Oviedo: KRK.

LUHMANN, Niklas (1996). “*El concepto de riesgo*”, en J. Berian (comp.), *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona: Anthropos, pp.123-154.

LUPTON, Deborah (1999). *Risk*, Londres: Routledge.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2000). *Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia*. Barcelona: Ariel.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2020). “Estado de alarma y sociedad del riesgo global” **en Elena Atienza y Juan Francisco Rodríguez, Coordinadores**, *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública*, Madrid: Dykinson, 2020, pp.15-28.

VIOLA, Francesco (2006). *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*. Trad. J. Saldaña, México: UNAM.

ZAFRA VÍCTOR, Manuel (2015). *La democracia según Sartori*. Valencia: Tirant Humanidades.

## INFORMES

Transformar nuestro mundo: Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015. A/RES/70/1. <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>.

*Plan de Acción para la implementación de la Agenda 2030. Hacia una Agenda Española de Desarrollo Sostenible*. Gobierno de España. (22 de junio de 2018), pp.61-63. [www.exteriores.gob.es/.../PLAN%20DE%20ACCION%20PARA%20LA%20IMPLEME..](http://www.exteriores.gob.es/.../PLAN%20DE%20ACCION%20PARA%20LA%20IMPLEME..)





# PARA ALÉM DA REPRESENTAÇÃO: UMA ANÁLISE DA AUTORIDADE CIENTÍFICA NOS PROCEDIMENTOS DE TOMADA DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

## BEYOND REPRESENTATION: AN ANALYSIS OF SCIENTIFIC AUTHORITY IN THE SUPREME FEDERAL COURT'S DECISION-MAKING PROCEDURES

Isabelle Vieira Barros<sup>1</sup>

**RESUMO:** O atual trabalho tem como escopo analisar de que modo as relações de autoridade se fazem presente no sistema judiciário brasileiro a partir da instrumentalização de institutos voltados à abertura da jurisdição constitucional exercida pela Suprema Corte. Nesse contexto, buscou-se indagar de que forma a necessidade de se legitimar democraticamente os procedimentos decisórios estatais torna-se um discurso mobilizador das vias institucionais previstas à participação direta da sociedade como meio de revestir de autoridade os argumentos dispostos pelos julgadores, com a hipótese de que tais institutos podem atuar como simulacro da abertura constitucional democrática do sistema judiciário brasileiro. Diante disso, os institutos jurídicos considerados à análise da questão foram as audiências públicas e o *amicus curiae*, positivados pelas Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, que são, atualmente, vias pelas quais o STF busca a participação de especialistas e de segmentos sociais interessados à contribuição argumentativa para questões técnicas e/ou socialmente controversas julgadas pela Corte em sede de controle de constitucionalidade. A partir do marco teórico de Hannah Arendt relativamente às definições de autoridade, enquanto obediência a uma estrutura hierárquica, que indispõe de meios coercitivos e persuasivos, mas é antes simplesmente aceita e tem seu direito e legitimidade reconhecidos, o presente trabalho tentou analisar a hipótese de que, com as audiências públicas e

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Membro do grupo de pesquisa “DIREITO, PARTICIPAÇÃO SOCIAL E CIÊNCIA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: Relação entre valoração dos fatos, participação social, autoridade científica e reputação judicial na construção decisória do Supremo Tribunal Federal”, coordenado pelo Prof. Dr. Mário César da Silva Andrade. E-mail: isabellebarros01@hotmail.com.

com o *amicus curiae*, a obtenção de argumentos científicos, viabilizados por *experts*, pode ter um efeito condicionante e excludente, tendo em vista o seu potencial cooptativo da racionalidade decisória, possibilitando a marginalização dos demais segmentos sociais, por vezes, partícipes dos institutos. Metodologicamente, a pesquisa qualitativa bibliográfica valeu-se de textos normativos e jurisprudenciais com vistas à investigação crítica e jurídico-interpretativa dos institutos mencionados e a repercussão das relações de autoridade conformadas às decisões da Suprema Corte. Em conclusão, buscou-se identificar de que modo as audiências públicas e o *amicus curiae*, enquanto vias de participação social, possibilitam a atuação reflexivo-dialógico às decisões da Corte, além de investigar como o aporte científico dos especialistas no processo discursivo nas audiências públicas são abarcados pelos ministros, bem como as consequências à interpretação das instituições do Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Autoridade. Democracia. Audiências Públicas.

**ABSTRACT:** The current work aims to analyze how the relations of authority are present in the Brazilian judicial system through the instrumentalization of institutes aimed at opening up the constitutional jurisdiction exercised by the Supreme Court. In this context, we sought to ask how the need to democratically legitimize state decision-making procedures becomes a discourse that mobilizes the institutional channels foreseen for direct participation by society as a means of putting the arguments put forward by the judges in authority, with the hypothesis that such institutes can act as a simulacrum of the democratic constitutional opening of the Brazilian judicial system. In view of this, the legal institutes considered for the analysis of the issue were the public hearings and *amicus curiae*, positified by Laws n°. 9.868/99 and 9.882/99, which are currently the ways in which the Supreme Court seeks the participation of specialists and segments interested parties to the argumentative contribution to technical and/or socially controversial issues judged by the Court in terms of constitutionality control. Based on Hannah Arendt's theoretical framework regarding the definitions of authority, while obeying a hierarchical structure, which does not have coercive and persuasive means, but is simply accepted and has its right and legitimacy recognized, the present work tried to analyze the hypothesis of that, with public hearings and *amicus curiae*, obtaining scientific arguments, made possible by experts, can have a conditioning and exclusionary effect, in view of their

cooptative potential of decision-making rationality, allowing the marginalization of other social segments, for sometimes participants in the institutes. Methodologically, the qualitative bibliographic research made use of normative and jurisprudential texts with a view to the critical and legal-interpretative investigation of the aforementioned institutes and the repercussion of the authority relationships conformed to the decisions of the Supreme Court. In conclusion, we sought to identify how public hearings and *amicus curiae*, as ways of social participation, enable reflective-dialogical action to the Court's decisions, in addition to investigating how the scientific contribution of specialists in the discursive process in public hearings they are covered by the ministers, as well as the consequences for the interpretation of the institutions of the Democratic Rule of Law.

**KEYWORDS:** Authority. Democracy. Public Hearings.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada ainda no processo de redemocratização do país, tem como um de seus fundamentos o exercício da cidadania, haja vista o intento constitucional de promover um maior intercâmbio entre a sociedade civil e os Poderes Públicos; não é por menos, portanto, que é reconhecida, também, como “Constituição Cidadã”. Entretanto, a concretização do exercício da cidadania demanda, além da ampliação e transparência dos procedimentos decisórios, vias institucionais concretas que viabilizem a participação social. E é, a partir desse contexto, que surge uma necessidade de legitimação democrática dos procedimentos decisórios estatais, com a possibilidade de a sociedade poder contribuir sobre questões a serem decididas pelos Poderes Públicos. A vistas, portanto, de tentar ultrapassar um caráter democrático meramente representativo, as audiências públicas passaram a ser previstas em procedimentos de tomada de decisão dos três Poderes da República, assim como a viabilização do instrumento jurídico dos *amici curiae* objetivou a pluralização do debate constitucional ao permitir que grupos diversos pudessem contribuir interpretativamente na constitucionalidade normativa.

Na esfera do Poder Judiciário, é possível visualizar que a previsão de audiências públicas é um instrumento que viabiliza a participação social aos procedimentos de tomada de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de controle de constitucionalidade, haja vista a possibilidade de contribuição do público especializado ou dotado de experiência na matéria no debate relativo a circunstâncias de fato com repercussão geral ou de relevante interesse público. Nesse caso, a participação social nas audiências públicas, além de pluralizar o processo constitucional, possibilita que a Corte realize um prognóstico dos efeitos do julgado no comportamento social. Já em se tratando do *amicus curiae*, ou amigo da Corte, é um instituto no qual é permitido que grupos, desde que demonstrado o seu interesse na defesa ou invalidação de determinada lei, possam contribuir tanto no fornecimento de informações técnicas quanto no fornecimento de análises interpretativas sobre a constitucionalidade da norma em questão.

Nesse contexto, a contribuição de setores da sociedade civil, de instituições e do público especializado no processo decisório da Suprema Corte, apresenta um alto potencial reflexivo-dialógico, dado a maior

pluralidade no debate argumentativo. Entretanto, é preciso questionar de que modo as estruturas desses institutos estão positivadas a fim de democratizar a participação social no controle de constitucionalidade do STF. No caso das audiências públicas, é necessário observar o seu regime jurídico, previsto nas Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, assim como o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF); questão é que, em um primeiro momento, essas leis estavam limitadas apenas à previsão da realização das audiências públicas, de modo que o seu procedimento variava conforme o relator da matéria, problema que só foi parcialmente sanado com a edição da Emenda Regimental nº 29/2009. De todo modo, ao Ministro Relator ainda é previsto uma ampla discricionariedade quanto às disposições procedimentais das audiências. A partir disso, resta analisar de que forma a contribuição do público especializado repercute nas práticas institucionais, tendo em vista que as normas estabelecem critérios muito amplos para a seleção dos expositores, de modo que cabe ao Ministro Presidente da audiência selecionar os habilitados, o que, devido à discricionariedade do relator, pode comprometer o tratamento isonômico argumentativo e a possibilidade de instrumentalizar esses institutos como um meio de revestir de autoridade a decisão dos ministros.

## 2 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E O AMICUS CURIAE

As audiências públicas e o *amicus curiae* são vias institucionais pelas quais o Supremo Tribunal Federal (STF) permite a contribuição social sobre matérias relativas a circunstâncias de fato, com considerável repercussão social, administrando interesse público relevante. No caso das audiências públicas, legitima-se a participação de setores da sociedade civil, do Estado ou, ainda, de pessoas com experiência e/ou autoridade na matéria que será discutida. Nesse contexto, experiência refere-se a indivíduos cujo conhecimento prático da questão envolvida é significativo, haja vista a atuação prolongada temporalmente; já a autoridade, concerne ao conhecimento técnico adquirido sobre o tema, de forma a distinguir determinado profissional dos demais. E, em relação ao *amicus curiae*, em sede de jurisdição constitucional, trata-se de um modo não só de democratizar e pluralizar o debate constitucional sobre a constitucionalidade de determinada norma, como também é uma forma de auxílio às decisões da Corte e de aferição de prognoses e de fatos legislativos. Aqui, o

requisito para poder contribuir como amigo da Corte seria a demonstração, do interessado, na defesa ou invalidação da norma.

Ambos os institutos são previstos pelas Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, sendo as disposições procedimentais das audiências públicas regulamentadas pelo Regimento Interno do STF (RISTF), mediante a Emenda Regimental nº 29, de 18 de fevereiro de 2009, dez anos após a previsão legal do instituto, de modo que as três primeiras audiências públicas foram realizadas sem normativa procedimental própria, variando conforme a discricionariedade do Ministro Relator. De todo modo, o desenho institucional conferido ao instituto foi substancialmente alterado, tendo, inclusive, sido ampliada as suas hipóteses de cabimento.

Atualmente, a convocação para a realização das audiências pode ser feita tanto pelo Presidente do STF, desde que a mesma seja necessária ao subsídio do julgamento de ações conformadas ao interesse próprio do Tribunal, ou pelo Ministro Relator da ação proposta. Pela previsibilidade normativa, as audiências públicas podem ser convocadas para elucidar dúvidas sobre determinada matéria, para a elucidação de circunstâncias de fato e para contribuir quando há insuficiência de informações nos autos da ação; nesse caso, o cabimento para a convocação do instituto não estaria adstrita ao julgamento de ADIs, ADCs ou ADPFs, já que “da interpretação sistemática do regime jurídico das audiências públicas, afere-se que elas podem ser convocadas para subsidiar o julgamento de qualquer espécie de ação ou recurso em tramitação no STF”. (RAIS, 2012)

Tendo em vista as questões levantadas, é preciso analisar como a realização procedimental dessas audiências estão positivadas, de modo a aferir o real potencial democratizante do instituto a fim de cumprir com o objetivo de abertura da jurisdição constitucional aos cidadãos. Conforme as disposições regimentais do instituto, previstas no art. 154, parágrafo único, I, do RISTF (BRASIL, 2014), às audiências públicas devem ser garantidas a pluralidade de participação nas exposições; nesse sentido, o despacho convocatório, que é o instrumento pelo qual se veicula a convocação da audiência, bem como noticia a possibilidade de os interessados contribuir à discussão, deve ter ampla divulgação com o propósito de garantir não só o princípio da publicidade em relação aos atos estatais, como também de objetivar a garantia da pluralidade nas audiências.

No entanto, é importante questionar de que modo os expositores habilitados a participar da audiência são selecionados, já que é fundamental o tratamento isonômico entre os candidatos para efetivar o potencial democratizante do instituto. Diante disso, é possível aferir que os

critérios de seleção dos expositores são bastante amplos, pois ao se considerar as especificações de autoridade e experiência na matéria, fica à discricionariedade do ministro convocador selecionar os candidatos que julgar maior aptidão; além disso, o ministro também tem a possibilidade de convidar pessoas para participarem da audiência, desde que em atenção ao prazo previsto para as candidaturas. Logo, quando se considera que não há uma uniformidade entre os ministros para se estabelecer critérios mais específicos para a seleção dos habilitados, pode-se inferir que o tratamento igualitário conferido aos argumentos expostos pelos participantes pode estar comprometido, já que a discricionariedade conferida ao ministro convocador, ainda na fase de habilitação, pode demonstrar preferências em relação aos argumentos propostos.

No que concerne ao instituto do *amicus curiae*, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, trata-se de uma via prevista para que colaboradores possam fornecer informações relevantes ao caso, pareceres e oitivas, contribuição técnica e pericial sobre temas que exigem conhecimento especializado, além de permitir que setores da sociedade possam fornecer a sua interpretação em relação à constitucionalidade de determinada norma; para isso, é necessário que o interessado comprove o seu interesse na validação ou não da norma e a sua representatividade em relação a algum órgão ou entidade – com exceção dos casos em que a participação seja requisitada pelo juiz ou pelo órgão julgador. Nesse contexto, tais participações teriam efeito pluralizante no debate constitucional, podendo conferir legitimidade às decisões do STF, afinal seriam um modo de democratizar a jurisdição constitucional e auxiliar a Corte no aferimento de prognoses e fatos legislativos.

O instituto foi positivado pelo art.7º, §2º, da Lei 9.868/99, para além da normativa de que no controle abstrato de constitucionalidade não se admite a intervenção de terceiros, já que não há interesse subjetivo que justifique tal intervenção. No entanto, a figura do *amicus curiae* assenta-se na compreensão de que “o processo de interpretação constitucional vincula, ao menos potencialmente, todos os órgãos estatais, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer um elenco cerrado de intérpretes da constituição” (BISCH, 2010, p.105). Aqui, há uma influência consistente do pensamento de Peter Habermas no que concerne à democratização dos procedimentos judiciais voltados ao que pode denominar de “comunidade aberta de intérpretes”. A ideia do instituto é de que a integração entre elementos fáticos e jurídicos, fundada na contribuição dos participantes, proporcionaria maior racionalidade à fiscalização da

constitucionalidade das leis mediante a integração entre fato e norma. Entretanto, importa abordar que, ainda aqui, a escolha dos participantes aptos a integrar o instituto depende consideravelmente da discricionariedade do julgador, haja vista que, além da manifestação do terceiro poder ser requisitada, preferencialmente, pelo juiz ou pelo órgão julgador, os critérios de seleção continuam muito amplos, possibilitando que grupos diversos se validem do instituto para buscar interesses sectários a fim de se beneficiar individualmente.

### 3 SOBRE A AUTORIDADE CIENTÍFICA

A partir do advento da Modernidade, a separação entre fatos e valores ganhou contornos políticos à medida em que se afirmava que a ciência, para além do controle da natureza, contribuiria para a ordenação política, cujo domínio estava marcado pela subjetividade dos próprios conflitos. A suposição era de que o conhecimento científico, pela sua objetividade e imparcialidade metodológica conduziria a ação política de maneira racional. Não se trata, no entanto, de uma confusão entre ambos os campos, pois a delimitação entre fatos e valores conclui que o método é desprovido de normatividade e tal neutralidade valorativa pressupõe uma separação do campo valorativo da subjetividade política. Aqui, a interseção acontece quando se acredita na instrumentalização da ciência para o domínio político mediante a perspectiva de que a neutralidade científica seria viável à resolução de problemas políticos democráticos.

Nas sociedades em que a ciência surge enquanto uma atividade significativa, há uma série de justificativas, tanto morais quanto pragmáticas, que concebem a Ciência como verdadeira tradição na qual a relação entre a racionalidade e a sociedade faz-se necessária à medida em que o desenvolvimento histórico depende do aditamento progressivo da Razão. Conforme abordado por Feyerabend (1978), a crença na superioridade científica em relação a outras tradições implica em uma verdadeira interligação entre Estado e Ciência, na qual procedimentos de tomada de decisão em aspectos sociais, políticos e econômicos são submetidos, por vezes, a leis e fatos científicos, tendo em vista o caráter, supostamente, objetivo da Ciência. Nesse caso, a consolidação do domínio do conhecimento especializado, assentada na tradição segundo a qual a racionalidade da atividade científica conduziria ao progresso social, marginaliza a incidência de discursos que não estão revestidos do suposto padrão obje-



tivo e imparcial da atividade científica, pois acaba por projetar o ponto de vista de uma tradição para excluir a exposição de outras.

Nesse caso, o caráter cooptativo do discurso cientificista reside na reafirmação de que os padrões consolidados pela Ciência são preferíveis às tradições alternativas, de modo a revestir o discurso de uma suposta autoridade que conformaria a posição de superioridade exercida pelo conhecimento especializado. Aqui, conforme abordado por Arendt (1961), a autoridade refere-se à obediência a uma estrutura hierárquica, que indispõe de meios coercitivos e persuasivos, mas é antes simplesmente aceita e tem seu direito e legitimidade reconhecidos; é uma obediência voluntária medida pela crença na legitimidade. No entanto, para a autora, o mundo moderno não acompanhou um despontar de novas formas de autoridade, mas, sim, consolidou o desaparecimento das relações tradicionais de autoridade conhecidas pela tradição romana. Logo, a importância da autoridade afirma-se na permanência e durabilidade conferida às relações políticas, de ação e discurso, ante a instabilidade das relações humanas.

O trabalho, em questão, adota como ponto de partida as compreensões arendtianas do conceito e consolidação do que se entende por autoridade, mas parte da hipótese de que o discurso cientificista - para além da ideia de um desaparecimento das relações de autoridade no mundo moderno - é uma forma de cooptação, autoritária, da racionalidade decisória e do lugar de fala de segmentos alternativos à tradição cientificista.

A tensão, no entanto, acaba surgindo quando há uma progressiva interseção entre a crescente demanda pela especialização do conhecimento concomitantemente à maior demanda por participação nos procedimentos de tomada de decisão do Estado, de modo que as relações entre a ciência e os processos de transformação social parecem cada vez mais interligados. Nesse caso, o conhecimento sistematizado não estaria subordinado, estritamente, à aplicação imediata do conhecimento prático (tecnológico), mas estaria cada vez mais vinculado à atividade social, política e econômica. Assim, quando se parte da prerrogativa de que um regime democrático deve abarcar a possibilidade de deliberação pública sobre questões aptas a repercutir social e institucionalmente, é necessário que haja a previsão de vias institucionais aptas a conformar as demandas por maior igualdade de participação dos segmentos sociais interessados; isso significa que em um Estado Democrático de Direito as instituições devem estar propícias à familiarização com pontos de vistas diversos do que àquele tradicionalmente estabelecidos.

#### 4 CORRELAÇÕES ENTRE A DEMOCRACIA E A EXPERTISE

A partir da crescente tensão entre a democracia e a *expertise*, no que diz respeito às crescentes demandas por participação política e a importância, cada vez mais centralizada, do aspecto técnico do conhecimento, é possível conferir que a ciência foi, por vezes, instrumental à democracia, mediante a retórica de que a objetividade do método científico e, assim, a sua “apoliticidade”, contribuiria à solução de problemas inerentes à ordem democrática. Essa conclusão, entretanto, encontra barreiras, pois ao se considerar que a ciência se legitima conforme a perspectiva de que é dotada de uma certa neutralidade valorativa, ela não poderia ser instrumentalizada pelo campo valorativo da subjetividade política. Mas é a partir desse cenário que a tensão entre os dois domínios acontece, porque à medida em que a Ciência se supõe capaz de conformar decisões políticas, a sua legitimidade é fragilizada, tendo em vista a potencial exposição das incertezas científicas decorrentes do próprio processo político; o contrário também válido, pois a instrumentalização da autoridade científica pelo campo político incorre o risco de conferir aos procedimentos de tomada de decisão um caráter meramente técnico.

No Brasil, o desenho institucional das jurisdições e a forma como as decisões são estruturadas, ou seja, por maioria, contribuem para o uso do argumento de autoridade, de modo que a decisão em si mesma se torna mais relevante do que a forma como ela foi organizada. Argumentos de autoridade não são necessariamente ruins, desde que observadas as condições em que foram dispostas e a sua respectiva justificação. A construção de padrões decisórios tem o ônus, portanto, de remeter aos termos nos quais ela foi proferida. Conforme observado, o modo como os instrumentos jurídicos das audiências públicas e dos *amici curiae* estão positivados, abre-se margem para que os participantes e, assim, os argumentos expostos, sejam arbitrariamente escolhidos pelos magistrados a fim de legitimar interpretações pessoais e não daquelas decorrentes da dinamicidade do processo decisório.

Atualmente, o equilíbrio entre os dois domínios, o da ciência e o da política, vem, gradualmente, “se inclinando na direção da ampliação da participação da sociedade civil e da contestação do modelo tecnocrático de tomada de decisão, em sintonia com a tendência mais ampla de se ‘democratizar’ a democracia representativa” (MITRE, 2016, p. 294). Nesse sentido, a contribuição do público não especializado tem o condão

de promover um debate aberto, sob a perspectiva de ter direitos iguais e igual acesso aos centros de poder, propiciando o intento de trazer ao debate questões políticas substantivas. O que se quer dizer é que, com a familiarização ao maior número de alternativas, a valoração de juízos democráticos alcançará maior potencial crítico, pois muitas vezes a unanimidade é resultado do compartilhamento de conceitos pré-concebidos, que dispõe do uso da autoridade para revestir de “superioridade” concepções provenientes de uma massiva acriticidade.

## 5 CONCLUSÃO

Nesses termos, conclui-se que os institutos previstos à abertura da jurisdição constitucional exercida pela Suprema Corte, as audiências públicas e os *amici curiae*, são instrumentos com alto potencial de promover uma reflexão dialógica nos procedimentos de tomada de decisão em sede de controle de constitucionalidade. Entretanto, a crescente tensão proveniente da interseção entre a Ciência e a Política, expõe os conflitos envoltos às demandas por maior participação social, para além de um caráter meramente representativo do regime democrático, e as demandas por maior especialização do conhecimento, que refletem as necessidades de uma sociedade erguida, pelo menos superficialmente, pela tradição de que o conhecimento científico, objetivo e racionalmente construído, estaria apto a conduzir a ação política sob os vieses da racionalidade.

Logo, conforme exposto, a positivação dos institutos, nas Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, concedem aos ministros ampla discricionariedade na seleção dos expositores, o que, hipoteticamente, permitiria a instrumentalização do instituto para legitimar, sob o argumento de uma abertura jurisdicional democrática, decisões provenientes mais de aspectos pessoais do que da dinâmica procedimental que os institutos propõem. Nesse sentido, o aparelhamento de discursos científicos, proporcionados pelos *experts*, teriam o condão de revestir de autoridade o procedimento de tomada de decisão da Corte sem precisar remeter, necessariamente, à persuasão discursiva e nem à legitimidade do argumento, possibilitando, assim, a marginalização de segmentos sociais diversos à participação, principalmente, nas audiências públicas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução: Mauro W. Barbosa. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2016.

BISCH, Isabel C. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade**: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. **Lei nº 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm)>. Acesso em: 03 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.882**, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm)>. Acesso em: 03 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento Interno**: consolidado até a Emenda Regimental 49 e a Resolução 514/2013. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 03 maio 2021.

FEYERABEND, Paul K. **A ciência em uma sociedade livre**. Tradução: Vera Joselyne. São Paulo: Unesp, 2011.

MITRE, Maya. **As relações entre ciência e política, especialização e democracia**: a trajetória de um debate em aberto. São Paulo: Estudos Avançados, v.30, n.87, p. 279-298. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142016000200279&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000200279&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 3 maio 2021.

RAIS, Diogo. **A sociedade e o Supremo Tribunal Federal**: o caso das audiências públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RODRIGUEZ, José R. **Como decidem as Cortes?**: para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

# A DOGMÁTICA JURÍDICA SOB A ÓTICA DA DOCTRINA RETÓRICA DA STÁSIS

## LEGAL DOGMATICS FROM THE PERSPECTIVE OF THE RHETORICAL DOCTRINE OF STÁSIS

Pedro Parini<sup>1</sup>

O objeto deste texto é a teoria da *stásis* ou teoria do *status* desenvolvida no contexto da retórica clássica e sua aplicação a reflexões sobre as estratégias argumentativas da dogmática jurídica contemporânea.

Com este ensaio, pretendo contribuir no sentido de destacar a importância da retórica para a filosofia do direito atual. Seguindo esse objetivo mais amplo, refleti sobre a utilidade de se oferecer um exemplo de como teorias eventualmente esquecidas ou deliberadamente ignoradas podem ser altamente representativas para a compreensão de fenômenos e modos de pensar e agir atuais.

São inúmeros os trabalhos que se propõem a analisar o papel que a velha retórica tem ainda hoje como forma de compreensão dos fenômenos comunicativos, antropológicos e até filosóficos. Atualmente o estudo da retórica não se restringe à filologia ou à filosofia antiga e medieval. Muito pelo contrário, especialistas das mais diversas áreas vêm se destacando nos estudos de retórica. Assim encontramos inúmeros trabalhos acadêmicos sobre retórica e música, retórica e arquitetura, retórica e história, retórica e cinema, retórica e psicologia só para citar alguns poucos exemplos do que está sendo produzido. Em razão da proliferação de trabalhos desse tipo, é que se passou a falar em uma “virada retórica” (*rhetorical turn*) do pensamento contemporâneo e do fenômeno da “grande retórica” (*big rhetoric*) para caracterizar essa expansão teórica da retórica pelas mais diversas áreas do saber (SCHIAPPA, 2001).

Estudos sobre as provas técnicas da retórica aristotélica, isto é, sobre *ethos*, *pathos* e *logos*, e também sobre o papel dos silogismos, dos entimemas, dos tópicos e das falácias na argumentação; pesquisas sobre tropos, figuras de linguagem e de pensamento; análises do papel do ora-

---

1 UFPE, (pparini@gmail.com)

dor e do auditório no que tange à persuasão são alguns dos temas mais recorrentes nos estudos de retórica contemporânea.

Na verdade, isso que chamamos assim genericamente de retórica é um universo gigantesco e muito diversificado. São 2500 anos de história com diferentes autores e escolas definindo a retórica e o seu objeto de maneiras muito diferentes (RAMÍREZ VIDAL, 2018). Desde os primeiros sofistas, passando por Isócrates, Aristóteles, pela segunda sofística dos helenistas, pelos medievais e chegando até nós modernos. Assim há os que veem a retórica como arte ou técnica, os que a definem como uma capacidade ou faculdade natural dos seres humanos e até como filosofia. Um tema muito interessante, mas que não pode ser desenvolvido aqui.

A doutrina da *stásis* ou do *status* é uma parte importante de um dos cânones da retórica prática, a *héuresis* ou *inventio*: a busca por premissas para a produção de argumentos. A *inventio* é justamente o primeiro dos 5 cânones da retórica: *inventio* ou *héuresis*, *dispositio* ou *táxis*, *elocutio* ou *léxis*, *memoria* ou *mnêmê*, *actio/pronuntiatio* ou *hypókrisis* (CÍCERO, 1928, p. 108).

Popularmente, na melhor das hipóteses, a retórica geralmente é resumida a apenas um desses cânones que é a *elocutio* ou *léxis*, ou seja, a preocupação com o estilo, com a ornamentação do discurso, com a busca por figuras de linguagem mais apropriadas para expressar uma ideia. Mas é claro que a retórica não se limita a desenvolver técnicas de embelezamento do discurso. O ofício da retórica ou do orador não é apenas deleitar ou seduzir o seu auditório. Mas é também informar e, mais ainda, levar à ação, fazer com que as pessoas se comportem de uma determinada maneira. É daí que deriva a ideia de “atos de fala” ou “ações discursivas” de John Austin (1962) no livro *How to do things with words* (*Como fazer coisas com palavras*).

Mas claro que não é apenas com belas palavras que se leva alguém à ação! É preciso ter boas ideias e também falar de forma coerente, racional, clara, objetiva, plausível, verossímil. De modo que interessa à retórica saber também como raciocinar, como pensar, como construir teses, como elaborar bons argumentos. Claro que os afetos e as emoções e também todo o caráter irracional na linguagem poética têm lugar importante na retórica. Claro que é fundamental saber seduzir por meio do discurso, como é importante também saber não se deixar seduzir. Daí a importância de se conhecer os segredos da arte de falar bem ou arte da persuasão a depender de quem esteja definindo a retórica. É por meio do discurso que se produz confiança. Retórica implica confiança na medida

em que “a confiança na língua é o pressuposto da confiança no direito” (BALLWEG, 1991, p. 177).

A doutrina da *stásis*, apesar de sua importância e centralidade nos estudos de retórica clássica, termina sendo olvidada nos estudos contemporâneos de argumentação e direito. Mesmo Chaïm Perelman (2005) e Theodor Viehweg (1979), que são dois nomes importantes para quem se ocupa de retórica jurídica, passaram ao largo deste assunto. Viehweg, que é um autor bastante conhecido no Brasil, mesmo para quem não é da área (da retórica ou da teoria da argumentação jurídica) – famoso entre nós provavelmente em razão da difusão de suas ideias por meio dos trabalhos do professor Tercio Ferraz Jr. – escreveu a célebre obra intitulada *Tópica e jurisprudência*, um trabalho que foi fundamental para o resgate da milenar tradição da retórica no pensamento jurídico contemporâneo. Mas Viehweg se preocupou quase que exclusivamente com a tópica, deixando de lado outras questões da retórica jurídica.

O mesmo problema se dá com Perelman que, inspirado em Aristóteles, desenvolve uma teoria da argumentação a partir do resgate da retórica clássica, mas termina sem atribuir um caráter dialógico à retórica. Na visão de Perelman, a retórica não tem muito a ver com diálogo, ou com debate, com controvérsia. Muito pelo contrário, Perelman coloca a figura do auditório numa posição de passividade, como simples ouvinte, na medida em que só o orador é quem fala, como se fosse num monólogo, livre de qualquer controvérsia (BRAET, 1987, p. 79). Nesse sentido, a retórica não teria nada a ver com a dialética. O que termina afastando Perelman de Aristóteles, já que o próprio Aristóteles compara a retórica à dialética afirmando na primeira linha de seu tratado que são disciplinas análogas. Segundo Aristóteles (2005, p. 89 [1354a]), “*he rhetorikê estin antístrophos tê dialektikê*”, ou “a retórica é a outra face da dialética”, de acordo com a tradução portuguesa de Manuel Alexandre Júnior. Outras traduções se expressam de maneiras diferentes, mas conotam sempre essa inter-relação entre as duas disciplinas. Um assunto complicado e muito explorado pelos eruditos e que se relaciona diretamente à definição de entimema e de silogismo de acordo com a tradição aristotélica (FREDAL, 2020, p. 61).

Sabemos que a retórica jurídica não funciona dessa forma como representada por Perelman, isto é, segundo uma lógica monológica em que apenas o orador fala enquanto o auditório ouve. O caráter agonístico que define a argumentação jurídica pressupõe sempre uma controvérsia. Assuntos jurídicos são sempre em alguma medida assuntos controverti-

dos. Daí a necessidade de o advogado pensar sempre nos dois lados de cada questão. Como pensa a defesa e como pensa a acusação. As controvérsias do direito implicam sempre alguma forma «desacordo sobre crenças» ou sobre expectativas para usar uma expressão mais neutra.

\* \* \*

O que me chamou a atenção para a relevância da teoria da *stásis* foi um pequeno livro publicado em 1966 intitulado *A Controvérsia: Contribuição à Lógica Jurídica* de Alessandro Giuliani, um filósofo do direito italiano do século passado. A despeito do subtítulo, é um trabalho sobre retórica jurídica. Antes, em 1961, Giuliani já havia publicado um livro importante para os estudos de retórica no direito chamado *O Conceito de Prova*, com o mesmo subtítulo: *Contribuição para a Lógica Jurídica*. *A Controvérsia* é uma obra muito parecida com o *Tópica e jurisprudência* de Viehweg, na medida em que ele vai atrás da sabedoria dos antigos e também dos medievais (como Pedro Abelardo) para compreender os fenômenos próprios de seu tempo. Mas ao invés de se interessar pela tópica, Giuliani terminou dando atenção à teoria da *stásis*, especialmente da maneira como a teoria foi formulada por Hermógenes de Tarso, já no século II.

Assim como Perelman, Giuliani se preocupou com a dicotomia filosófica entre juízos de fato e juízos de valor tendo destacado o aspecto da temporalidade das questões do direito e também da política como uma característica central desses dois campos do saber ético. Na verdade, a temporalidade afeta todas as questões de ordem prática. No contexto da retórica é explorado o conceito de *kairós* que geralmente é entendido no sentido de “oportunidade”, “*timing*”, “momento oportuno” (ARISTÓTELES, 2005, p. 367 [107a]). Como nenhum momento é igual a outro; como não há dois contextos idênticos; e como no mundo da experiência tudo é fugaz ou temporário, é preciso aprender a lidar estrategicamente com o *kairós*, saber dominá-lo e, além disso, neutralizar seus efeitos.

A experiência é incognoscível na medida em que nosso aparato gnosiológico é incapaz de lidar com a mudança e com as particularidades de cada fenômeno singular. Por isso recorreremos a generalizações, ideias, conceitos, modelos e esquemas (ADEODATO, 2009, p. 188).

Posto que é mais fácil compreender as coisas como se elas fossem estáticas no tempo, isto é, como se estivessem em *stásis* e não em *kínesis* (movimento) ou em *metabolé* (transformação), recorreremos a esse tipo de estratégia retórica: representar o passado como algo pronto e acabado



lá atrás, ou tentar adivinhar o futuro que ainda não aconteceu. Por isso que quando nos reportamos ao passado, a acontecimentos do passado, falamos em “fato”, ou “feito”, como algo pronto e acabado. Nada mais impregnado de retórica do que as teorias do fato jurídico ou o conceito de “ato jurídico perfeito”, por exemplo.

Alessandro Giuliani diz que não podemos conhecer o futuro. Mas ele diz também que o passado é igualmente incognoscível: ele afirma que “em relação ao passado e ao futuro não é possível uma constatação empírica, mas apenas uma atitude valorativa ou de justificação” (GIULIANI, 1966, p. 105). Só se pode conhecer efetivamente o presente, portanto.

A estratégia retórica da *stásis* consiste em transportar algo que aconteceu no passado, ou algo que se supõe será o futuro, para o presente e apresentá-lo estaticamente no presente como “fato”. E assim tentar compreendê-lo, defini-lo, qualificá-lo, julgá-lo. A doutrina da *stásis* é uma estratégia da retórica prática, muito útil para se lidar com problemas que se desenvolvem no tempo, que se processam num fluxo ininterrupto de acontecimentos particulares e que jamais voltarão a dar-se novamente. Pôr em *stásis* é uma forma de neutralizar a temporalidade das questões humanas e assim reduzir aparentemente a complexidade dos problemas.

Os assuntos do direito são sempre controversos e se situam no tempo. Uma doutrina retórica como essa da *stásis* é um modo de administrar problemas que tenham essas características.

É claro que a retórica é por excelência o âmbito das controvérsias, dos assuntos sobre os quais não se tem certeza ou sobre os quais não é possível determinar de forma peremptória, por meio de demonstrações, o que é verdadeiro, certo, justo. O objeto da retórica é exatamente aquilo que é discutível, contingente, provável, possível, apenas preferível, mas que poderia ser de outra forma, a depender das opiniões, como atesta Aristóteles (2005, p. 93 [1355a]).

Assim, a meu ver, a controvérsia é o núcleo central de toda a retórica. Aquilo que é plenamente demonstrável pela matemática, ou pela lógica, não diria respeito, em princípio, à retórica, mas à ciência ou à filosofia. Claro que isso não é tão óbvio assim, e nem todos aceitam essa tese.

Mas no caso do direito e da política, isto é, das questões de ordem prática, que dizem respeito à vida civil, é claro que a retórica é fundamental. Saber defender um ponto de vista, ou saber se imunizar contra os argumentos dos adversários é imprescindível.

\* \* \*

Gostaria assim de destacar que, para a retórica, a doutrina da *stásis* é tão importante quanto a doutrina da tópica, especialmente para refletir sobre a argumentação dogmática, sobre o problema da justiça e também sobre o problema da verdade ou da realidade das coisas.

A doutrina da *stásis* está ligada diretamente à controvérsia, às questões controvertidas, em todos os campos, não só da política e do direito. Mesmo que em grande medida todos esses sistemas de *stásis*, desde a antiguidade, passando pela idade média e chegando até a modernidade, coloquem uma forte ênfase no seu aspecto forense. Aliás, as controvérsias do direito passam a ser paradigmáticas para pensar a própria teoria da *stásis*. É um fenômeno curioso o fato de os problemas jurídicos serem de interesse para reflexões sobre lógica como no caso de Perelman e Giuliani, sobre epistemologia e sobre argumentação, como no caso de Stephen Toulmin (2003). O que corrobora a tese de Leibniz de que direito é um campo fértil para as reflexões da filosofia em geral (ARTOSI, 2015).

E, como sabemos, o direito se caracteriza fortemente por seu aspecto agonístico e pela constante contraposição de teses. O modelo [acusação/defesa + terceiro imparcial] termina sendo referência para outros tipos de controvérsia, até mesmo as controvérsias da lógica ou da filosofia. Daí a metáfora do “tribunal da razão”. A própria teoria retórica do «relato vencedor» e do «controle público da linguagem» (ADEODATO, 2017, p. 21) parece se basear nesse esquema da disputa ou competição diante dos possíveis desacordos em relação à determinação do real.

Assim, a doutrina da *stásis*, fortemente influenciada pelas reflexões sobre as questões judiciais, nos ensina a procurar subsídios para nossa argumentação a partir da colocação de certas questões fundamentais. Da maneira como foi sistematizada por Hermágoras de Temnos no séc. II a.C., seriam quatro as questões racionais ou *lógikai stáseis* (na verdade, são inúmeras as teorias da *stásis* na antiguidade: são diferentes autores com inúmeras variações do esquema, como as doutrinas de Apolodoro Posidonio, de Teodoro de Gadara e tantos outros. Mas em geral existe um núcleo duro presente em todas essas doutrinas que decorre da sistematização feita por Hermágoras (NADEAU, 1959, p. 55).

As questões diante de uma controvérsia são: 1. Em primeiro lugar, a conjectura sobre um fato: se ocorreu, ou não ocorreu, se é verdadeiro ou falso. A pergunta seria, o fato existe? Essa é a *stásis* de conjectura (*status coniecturalis*); 2. Em segundo lugar, o problema da definição do fato. O que foi que aconteceu? Por exemplo, pode-se perguntar se aquele acontecimento histórico foi um golpe ou uma revolução? Se foi um homicídio doloso ou uma lesão corporal seguida de morte? A pergunta

seria: como definir o fato acontecido? Essa é a *stásis* de definição (*status definitionis*); 3. Em terceiro lugar, a questão da qualificação do fato já definido. É justo ou injusto? Lícito ou ilícito? Útil ou inútil? Essa é a *stásis* de qualidade (*status qualitatis*); 4. E por último, a questão procedimental. A pergunta sobre como e quem pode julgar essa controvérsia? Essa é a *stásis* de jurisdição ou de objeção (*status translationis*).

*Stásis* é uma expressão difícil de se traduzir. É o que dizem os especialistas, os filólogos. Por isso mantemos a expressão como no original. O primeiro sentido literal seria o de “posição”, “estação”, “condição”. Daí “estado”, como em “estado da arte”, “estado da questão”. Mas também “revolta”, “sedição”, “rebelião”. Que é o sentido empregado por Aristóteles na *Política*. Na época de Aristóteles a expressão ainda não era empregada nesse sentido técnico da retórica para se referir a essa doutrina da controvérsia. Isso só acontece no século II a.C. com Hermágoras. Assim, atualmente, a expressão *stásis*, no contexto da teoria retórica, é traduzida pelos estudiosos como “controvérsia” ou “questão”. Daí “teoria da controvérsia”.

Além dessas questões racionais, outros retores, como Hermógenes de Tarso no séc. II, acrescentam as questões jurídicas ou *nomikai stáseis* (*status legales*) que são: 1. *rhéton kaí diánoia* (*scriptum et voluntas*): contraste entre a atual vontade do legislador e a letra da lei; 2. *antinómia* (*leges contrariae*): contradição entre duas ou mais leis (normas); 3. *amphibolía* (*ambiguitas*): a mesma lei (mesmo texto) comporta mais interpretações; 4. *sylogismós* (*ratiocinatio, sillogismus, collectio*): integração do ordenamento jurídico em caso de lacunas na legislação por meio de analogia ou argumento *a simili* (HEATH, 1995).

Minha hipótese é a seguinte: a dogmática jurídica moderna se estrutura de forma muito semelhante às antigas doutrinas da *stásis*, apesar de não fazerem qualquer tipo de referência à tradição retórica. Observe-se que conceitos modernos, como os da dogmática penal, “materialidade e autoria”, “tipicidade”, “antijuridicidade” e “culpabilidade”, sem falar nos conceitos derivados como o instituto das “excludentes de ilicitude”, “o erro de tipo” e “erro de proibição” correspondem perfeitamente às questões que integram o esquema da teoria da *stásis* da retórica clássica. E a correspondência é ainda maior no caso dos conceitos propriamente jurídicos: como o uso da analogia enquanto forma de integração do direito, a oposição entre vontade da lei e vontade do legislador, ou o problema do conflito entre normas incompatíveis. Quer dizer, boa parte do que estudamos em teoria geral do direito hoje em dia já estava bem delineado

nas diferentes doutrinas da retórica clássica, como é o caso da doutrina da *stásis*.

Além disso, a teoria da *stásis* está ligada à teoria do ônus da prova. E, especificamente, no caso do direito, está ligada ao problema das fontes, às teorias da norma jurídica, e obviamente, à teoria da argumentação e da decisão jurídica.

Claro que em relação à dogmática jurídica moderna, com a procedimentalização do direito, há uma inversão de prioridades: as questões procedimentais passam a ser anteriores às discussões de fato e de direito, o que não acontecia na antiguidade, na medida em que o argumento que se baseia em questões formais era considerado o mais fraco de todos. Mas na modernidade, as questões de jurisdição e competência, o devido processo legal e todas as formalidades do procedimento passam a ter um lugar de destaque em relação à legitimação das decisões jurídicas. Por isso que os advogados muitas vezes se preocupam mais com as questões processuais do que com o direito material.

Além disso, em nosso tempo, partimos do pressuposto da presunção de inocência, o que do ponto de vista da teoria do ônus da prova, atribui um peso maior na controvérsia a quem acusa, sobretudo no caso do processo penal. Já no processo civil ou trabalhista, o ônus da prova pode ser invertido em situações específicas.

\* \* \*

Antes de terminar, outro ponto importante que gostaria de destacar em relação à teoria da *stásis* aplicada às controvérsias jurídicas é a problemática distinção entre questões de fato e questões de direito. Na filosofia do direito contemporânea muito se discutiu sobre a relação entre juízos de fato e juízos de valor, sobre a relação entre ontologia/epistemologia e axiologia, sobre ser e dever-ser, sobre natureza e cultura, ou sobre a normatividade dos fatos, especialmente no contexto da tradição da hermenêutica filosófica e também da nova retórica.

Nas questões jurídicas, é óbvio que a verdade dos fatos é fundamental para o estabelecimento de uma solução justa para o caso. Mas sabemos que, quando falamos em “verdade” no direito, as coisas se complicam. Não é por acaso que os dogmáticos cunharam as expressões “verdade real”, “verdade material”, “verdade processual”, sem falar nas presunções e ficções jurídicas. O pleonasma da expressão “verdade real” não é casual, é um artifício retórico, claro.

Todo juízo jurídico está sempre envolvido com questões não apenas de justiça, mas também questões de verdade. Não é possível determinar a solução justa para um caso sem identificar também a verdade dos fatos. Entendemos normalmente que só há se faz justiça quando se tem a verdade. Isso quer dizer que o juízo ético de justiça está atrelado ao juízo gnosiológico de verdade. O juízo de valor, portanto, está atrelado ao juízo de realidade.

Mas quando pensamos que os fatos jurídicos não são tão “fáticos” assim... Aliás, como costuma dizer meu professor e agora colega Torquato Castro Jr., o fato jurídico é mais “jurídico” do que “fático”.

Isso tem a ver com a seguinte situação: a questão da qualidade (*poiótes* ou *status qualitatis*) termina prevalecendo sobre a questão de fato (*stochasmós* ou *status coniecturalis*). Saber se um ato praticado por alguém configura um crime doloso ou culposo, por exemplo, depende menos da análise fática do que das avaliações que são feitas à luz dos critérios normativos que selecionam certos aspectos do fato como relevantes em detrimento de outros. Outro exemplo: a recente distinção do direito penal brasileiro entre homicídio e feminicídio não depende tanto do fato, mas da qualificação ou avaliação que se dá ao fato. A própria definição do tipo é subordinada às avaliações feitas por quem julga. A mesma coisa em relação a uma série de outras situações, como a diferenciação entre homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte, por exemplo, entre tráfico e consumo de entorpecentes etc.

É interessante que o próprio Hermógenes de Tarso no século II já tenha percebido a prevalência da *stásis* de qualidade sobre a *stásis* de definição ou mesmo sobre a *stásis* de fato nas questões jurídicas. Ele reconhece que há sempre alguma relatividade ou elasticidade dessas regras. Aristóteles, quase cinco séculos antes já tinha falado sobre a necessidade de os textos normativos serem formulados de modo genérico, dado que não se pode conhecer e muito menos prever todos os acontecimentos do mundo empírico. Ele diz “se, pois, não é possível uma definição exata, mas a legislação é necessária, a lei deve ser expressa em termos gerais” (ARISTÓTELES, 2005, p. 147 [1374a]). Em outra passagem da retórica afirma também que os adivinhos falam em termos gerais das questões, posto que, desse modo há, no geral, menos possibilidade de errar (ARISTÓTELES, 2005, p. 254 [1407b]).

Coloco a pergunta: Seria o juízo sobre o direito uma espécie de adivinhação? Já que o conhecimento é limitado e subordinado aos aspectos valorativos. Vejamos um exemplo relativamente simples: como deter-

minar, em um caso concreto, se uma relação entre duas pessoas é ou não união estável? Ou colocado de forma mais ampla ainda: como classificar um relacionamento afetivo, amoroso, familiar como um fato digno ou não de ser reconhecido e tutelado pelo direito?

A definição da relação de união estável na legislação brasileira é altamente genérica. O art. 1.723 do Código Civil fala apenas em “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Essas expressões são um prato cheio para as discussões doutrinárias em torno de sua interpretação. Percebemos como a jurisprudência se esforça na tentativa de diferenciação entre união estável e “namoro qualificado”. Não se pode definir com precisão quais serão, em cada caso particular, os elementos considerados relevantes no juízo de definição do fato.

Mas e se a relação é entre duas pessoas do mesmo sexo ou do mesmo gênero? Aliás, a diferenciação entre os conceitos de sexo e gênero é algo recente em nossa civilização e tem a ver com as diferentes maneiras de se avaliar a questão. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitiu apenas em 2011 a união civil entre pessoas do mesmo sexo também chamada de união homoafetiva. Mas se é uma relação afetiva entre 3 pessoas? É uma questão jurídica? O fato se enquadra em qual categoria: concubinato, casamento, união estável, namoro, noivado (supondo obviamente que há uma diferenciação entre essas categorias)?

Na história recente do direito privado no Brasil, vemos que há uma série de mudanças relacionadas ao instituto do matrimônio. Desde a era em que havia a exclusividade da instituição do casamento monogâmico indissolúvel combinado com a tipificação do adultério e da bigamia como crimes e ilícitos civis, passando pelo reconhecimento jurídico do concubinato, da união estável, da união homoafetiva e chegando até as atuais discussões ainda acadêmicas e ideológicas sobre as relações de poliamor (como são chamadas), pode-se perceber uma série de mudanças do direito positivo num determinado sentido: o reconhecimento de diferentes formas de organização familiar. A distinção conceitual acompanha as novas avaliações sobre essas questões.

Essa mudança no direito positivo brasileiro se deu por meio do trabalho tanto do legislativo quanto do judiciário. Em alguns casos prevalecendo o primeiro, em outros, o segundo. Perceba-se que no caso da mudança da jurisprudência, o texto da lei permanece geralmente o mesmo, mas as avaliações passam a ser outras. Assim o mesmo fato passa a ser avaliado de maneira diferente: o que outrora era punido como crime

de adultério passa a ser entendido como uma situação não apenas lícita de concubinato ou união estável, como também geradora de inúmeros direitos subjetivos. Claro, o expediente retórico de criar novas definições acompanha essas mudanças avaliativas. A avaliação termina por determinar a interpretação do direito e a consequente qualificação dos fatos.

É como se os fatos permanecessem os mesmos, mas passassem a ser definidos de forma diferente em virtude de um novo juízo de valor. O mesmo fato que era julgado como ilícito, imoral, pecaminoso, como o tempo, passou a ser julgado no sentido contrário como lícito, moral, ou até sagrado em algum sentido.

Para a retórica filosófica não existe uma oposição, nem mesmo uma independência entre as questões definitórias ou conceituais e as questões avaliativas ou qualitativas. Já o trabalho tradicional da dogmática jurídica parece se concentrar em apenas definir seus conceitos e categorias, como se essa tarefa fosse independente das avaliações. O que não se observa, contudo, é que os problemas definitórios diante de questões controvertidas dependem das avaliações. Em situações de conflito, de ambiguidade, ou de incerteza, o aspecto qualitativo dos julgamentos termina se destacando e levando assim ao desenvolvimento de uma lógica do preferível, fundamental diante de questões em que não se pode ter clareza ou evidência.

\* \* \*

Por fim, gostaria de destacar que as questões ou controvérsias são sempre determinantes em todos os processos de produção de conhecimento. Seja em pesquisas empíricas, seja em especulações filosóficas, ou na busca para a solução de um problema técnico. Todos esses procedimentos precisam de um impulso originário. Esse impulso é a questão que se coloca antes de qualquer análise, exame ou estudo. A doutrina da *stásis* fornece os esquemas para a busca dessas perguntas iniciais que irão determinar os rumos de qualquer análise.

Nesse sentido, a pergunta precede a análise, não pode ser obtida por meio da análise, pelo menos no caso da pergunta original. E deve ser uma pergunta honesta, não pode ser uma dúvida irrazoável. Eu devo procurar um objeto perdido em um lugar onde eu considere razoável procurar, isto é, onde eu suponha, mesmo que duvidando, que possa encontrar o que procuro. Se tenho certeza de que lá não poderia estar, não faz sentido procurar. Essa escolha se dá abduktivamente, entimematicamente, intuitivamente, mas nunca analiticamente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Retórica realista e decisão jurídica. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 18, n. 1jan./abr. 2017, p. 15-40.

ARTOSI, Alberto. Ensaio sobre novas questões filosóficas extraídas do direito. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 16, n. 1, p. 61-74, jan./jun. 2015.

AUSTIN John. **How to do things with words**. Oxford: Clarendon Press, 1962.

BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. Trad. J. M. Adeodato. **Revista Brasileira de Filosofia**. Vol. XXXIX, Fasc. 163, jul-ago-set, 1991b, pp. 175-184.

BRAET, Antoine. The classical doctrine of “status” and the rhetorical theory of argumentation. **Philosophy & Rhetoric**. Vol. 20, No. 2 (1987), pp. 79-94.

CÍCERO, Marco Tulio. Retórica a C. Herennio. In: CÍCERO, Marco Tulio. **Obras completas**. Trad. M. Menéndez Pelayo. Madrid: Hernando, 1928.

GIULIANI, Alessandro. **Il concetto di prova**. Contributo alla logica giuridica. Milano: Giuffrè, 1961.

\_\_\_\_\_. **La controversia**. Contributo alla logica giuridica. Pavia: Università di Pavia, 1966.

HEATH, Malcolm. **Hermogenes on issues**. Strategies of argument in later Greek rhetoric. Oxford: Clarendon Press, 1995.

NADEAU, Ray. Classical systems of stases in Greek: Hermagoras to Hermogenes. **GRBS** 2, 1959, pp. 52-71.

PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação**. A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAMÍREZ VIDAL, Gerardo. La pistis-fides como el objeto propio de la retórica. **Quadripartita Ratio**: Revista de Retórica y Argumentación, 3(5), 37-48.



DEMOCRACIA E RISCO: PERSPECTIVAS DA FILOSOFIA DO DIREITO

SCHIAPPA, Edward. Second thoughts on the critiques of big rhetoric. **Philosophy and Rhetoric**, v. 34, n. 3, 2001, pp. 260-274.

TOULMIN, Stephen. **The uses of argument**. New York: Cambridge University Press, 2003.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: UNB, 1979.







**DIALÉTICA**  
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia  
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma  
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"  
(Lao Tze)