Organizadores:
Thomas da Rosa de Bustamante
Bárbara Ronsoni de Oliveira
Rangel Mendes Francisco
Evanilda N. de Godoi Bustamante

IGUALDADE E O ESTADO DE DIREITO

ANAIS DO V CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA

VOLUME II

CNPq
EXPERT EDITORA DIGITAL
SERRAS

O Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política tornou-se um consolidado espaço de análise, reflexão, crítica e diálogo sobre as questões fundamentais de suas áreas de conhecimento. Suas contínuas edições, que se iniciaram no ano de 2015, resultaram na formação de uma estabelecida, mas sempre aberta, rede de pesquisa que abriga diferentes grupos no Brasil e na América Latina, visando ao fomento contínuo do debate horizontal e da integração de nossas comunidades acadêmicas.

Sua Quinta Edição, que teve como tema central a Igualdade e o Estado de Direito, recebeu mais de 150 submissões de resumos expandidos, apresentados em 15 diferentes Grupos de Trabalho. Estes anais reúnem 35 artigos completos, divididos em 2 volumes e em 4 partes, com os seguintes subtemas: (i) Direitos humanos, Interseccionalidades e Crítica: gênero, sexo, raça, territórios e etc.; (ii) Direito Constitucional, História do Constitucionalismo e Teoria da Constituição; (iii) Democracia, Autoritarismo e Liberdades Civis; (iv) Filosofia e Teoria do Direito.

A escolha do tema central e dos subtemas desta Quinta Edição reflete a preocupação com os crescentes ataques às instituições democráticas, aos direitos fundamentais e à igualdade, eventos que tornaram imprescindível que nossa comunidade se dedique a refletir sobre como interpretar estes fenômenos e sobre como respondê-los de modo a assegurar a estabilidade do Estado Democrático de Direito.

Nestes dois volumes, pesquisadoras e pesquisadores de diferentes regiões do Brasil se empenham em discutir temas que dialogam com essas questões, destacando o papel fundamental que a comunidade científica desempenha em um contexto de retrocessos e de vulnerabilidade democrática.

A Associação Serras de Minas de Teoria da Justiça e do Direito, que desde 2024 passou a ser a principal promotora deste Congresso, agradece às autoras e aos autores destes 2 volumes, expressando votos de diálogo contínuo e de mútuas e enriquecedoras trocas.

ISBN 978-65-6006-178-1

IGUALDADE E O ESTADO DE DIREITO

ANAIS DO V CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA

VOLUME II

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos
Direção Editorial: Daniel Carvalho
Diagramação e Capa: Editora Expert
Revisão: Do Autor
A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor

Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. https://br.creativecommons.org/
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de (Org.)
OLIVEIRA, Bárbara Ronsoni de (Org.)
FRANCISCO, Rangel Mendes (Org.)
BUSTAMANTE, Evanilda N. de Godoi (Org.)

IGUALDADE E O ESTADO DE DIREITO: Anais do V Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política - Volume 02 (Belo Horizonte): Editora Expert, 2025. 480 p.
ISBN: 978-65-6006-178-1
1. Direito constitucional - Congressos. 2. Direitos humanos. 3. Igualdade. 4. Estado de Direito.5. Filosofia política - Congressos. I. Título. II. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de (Org.) III. OLIVEIRA, Bárbara Ronsoni de (Org.) IV. FRANCISCO, Rangel Mendes (Org.) V. BUSTAMANTE, Evanilda N. de Godoi (Org.) VI. Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política (V.: 2023)
CDD: 342 CDU: 342

Modo de acesso: https://experteditora.com.br

Índices para catálogo sistemático:

Direitos Humanos / Direito Internacional 341.48 / 34

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br
contato@experteditora.com.br

Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola. Superior de Desporto de Rio Maior, Escola. Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Juridicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Cèsar Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. e PUC - MInas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

INSTITUIÇÃO SEDE

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

INSTITUIÇÕES ORGANIZADORAS

Associação Serras de Minas de Teoria da Justiça e do Direito (SERRAS)
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
Universidade Federal do Paraná (UFPR)
Universidade Federal do Pará (UFPA)
Universidade de São Paulo (USP)
Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP-UERJ)

APOIO INSTITUCIONAL

Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq)
Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Minas Gerais (OAB/MG)
Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais (CAA/MG)
Escola Superior de Advocacia (ESA)
Centro Acadêmico Afonso Pena (CAAP/UFMG)

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Presidente: Thomas Bustamante (UFMG)

COORDENAÇÃO EXECUTIVA

Thomas Bustamante (UFMG)	Bárbara Ronsoni de Oliveira (UFMG)
Rangel Mendes Francisco (UFMG)	Evanilda Nascimento de Godoi Bustamante (UFV)

COMISSÃO COORDENADORA

Emílio Peluso Neder Meyer (UFMG)	Evanilda Nascimento de Godoi Bustamante (UFV)
Katya Kozicki (UFPR)	Rafael Mafei (USP)
San Romanelli Assumpção (IESP/UERJ)	Saulo de Matos (UFPA)
Thiago Decat (UFMG)	Vera Karam de Chueiri (UFPR)

COMISSÃO AVALIADORA

Cássio André Borges dos Santos (UEA)	Daniel Peixoto Murata (USP/FGV-SP)
Emanuel Andrade Linhares (TJCE)	Emanuel de Melo Ferreira (UERN/MPF)
Franklin Marques Dutra (UEMG)	Gilberto Morbach Junior (USP)
Julia de Souza Abdalla (IPEA/IDSM-OS)	Lucas Azevedo Paulino (PUC-MG/Câmara Municipal de Belo Horizonte)
Lucas Mateus Dalsotto (UCS)	Pablo Antônio Lago (UFMG)
Rafaela Fernandes Leite (UFOP)	Raoni Macedo Bielschowsky (UFMG)
Ricardo Araujo Dib Taxi (UFPA)	Rodrigo Dornas de Oliveira (TJMG)
Stephany Dayana Pereira Mencato (UFMG)	Thiago Freitas Hansen (UFPR)

APRESENTAÇÃO

O Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política tornou-se um consolidado espaço de análise, reflexão, crítica e diálogo sobre as questões fundamentais de suas áreas de conhecimento. Suas contínuas edições, que se iniciaram no ano de 2015, resultaram na formação de uma estabelecida, mas sempre aberta, rede de pesquisa que abriga diferentes grupos no Brasil e na América Latina, visando ao fomento contínuo do debate horizontal e da integração de nossas comunidades acadêmicas.

Sua Quinta Edição, que teve como tema central a Igualdade e o Estado de Direito, recebeu mais de 150 submissões de resumos expandidos, apresentados em 15 diferentes Grupos de Trabalho. Estes anais reúnem 35 artigos completos, divididos em 2 volumes e em 4 partes, com os seguintes subtemas: (i) Direitos humanos, Interseccionalidades e Crítica: gênero, sexo, raça, territórios e etc.; (ii) Direito Constitucional, História do Constitucionalismo e Teoria da Constituição; (iii) Democracia, Autoritarismo e Liberdades Civis; (iv) Filosofia e Teoria do Direito.

A escolha do tema central e dos subtemas desta Quinta Edição reflete a preocupação com os crescentes ataques às instituições democráticas, aos direitos fundamentais e à igualdade, eventos que tornaram imprescindível que nossa comunidade se dedique a refletir sobre como interpretar estes fenômenos e sobre como respondê-los de modo a assegurar a estabilidade do Estado Democrático de Direito.

Nestes dois volumes, pesquisadoras e pesquisadores de diferentes regiões do Brasil se empenham em discutir temas que dialogam com essas questões, destacando o papel fundamental que a comunidade científica desempenha em um contexto de retrocessos e de vulnerabilidade democrática.

A Associação Serras de Minas de Teoria da Justiça e do Direito, que desde 2024 passou a ser a principal promotora deste Congresso, agradece às autoras e aos autores destes 2 volumes, expressando votos de diálogo contínuo e de mútuas e enriquecedoras trocas.

SUMÁRIO

Parte III - Democracia, Autoritarismo e Liberdades Civis

A democracia militante em tempos sombrios: a outra face do Supremo Tribunal Federal 15
Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Gilberto Marcos Martins

Constitucionalismo e tensão: pensando o cenário digital como espaço de exercício democrático 45
Luísa Guimarães Matheus

Os limites do direito à liberdade de expressão e a disseminação dos discursos de ódio no contexto das redes sociais 67
João Paulo Reis de Deus, Eloá Leão Monteiro de Barros, Vinicius Marques Vieira

Verdade, poder e sujeito: dizer verdadeiro em Michel Foucault 93
Júlio César Muniz

A democracia militante e o art. 17 Da CRFB: uma aproximação nos debates da assembleia nacional constituinte (1987-1988) 121
Caio Ferreira de Souza, Raoni Bielschowsky

Profana inquisição: o constrangimento confessional como salvação ... 149
Fábio Lucas Gabrich Cruz e Silva

O controle judicial da autonomia militar no Marco do Direito à Memória e à Verdade 177
André Freire Azevedo, Lorena Martoni de Freitas

O uso do direito em velhas e novas autocracias: uma crítica ao legalismo autocratico de Kim Scheppele a partir da ditadura militar brasileira 201
Maria Fernanda Silva Assis, Letícia Dyniewicz

Erosão da democracia na américa e na europa, ataque ao capitólio nos eua e às sedes dos Três Poderes no Brasil – estudo comparado 229
Pedro Henrique Expedito Rosa, Marco Tulio Lanfrendi de Nigris Boccalini

O uso do IRaMuTeQ para análise de decisões judiciais: exemplo de aplicação nas ações de investigação judicial eleitoral no Tribunal Superior Eleitoral...253
Gabriel Delias de Sousa Simões, Jonathan Morais Barcellos Ferreira

Parte IV - Filosofia e Teoria do Direito

Uma análise do debate Hart-Fuller: a moralidade como elemento jurídico (?)..... 279
Pedro Nobuyuki Urashima, Sara Bartolomeu Felix Nascimento

A dignidade como fundamento substantivo do Estado de direito em Jeremy Waldron..... 303
Ayrton Borges Machado

Normatividade jurídica e validade: uma questão ainda controversa para o positivismo jurídico..... 331
Leandro Garcia Algarte Assunção

Entre a teoria e a normatividade: uma investigação sobre a comunicação do direito à liberdade na constituição brasileira à luz do utilitarismo de John Stuart Mill..... 359
Hugo Paiva Barbosa, Jefferson de Castro Pereira

Haveria um viés conservador na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer? Uma análise a partir do debate Gadamer-Habermas..... 383
José Bruno Aparecido da Silva, Isaac Maynart Carvalho Moyses Souza

A moralidade deve submeter-se à técnica? Uma perspectiva kantiana da questão..... 409
Gabriel Afonso Campos

Pragmatismo jurídico posneriano e integridade: a legalidade, a igualdade e a segurança jurídica desafiadas pela conveniência política..... 427
Renan Coimbra Borges

A ideia de justiça contemporânea 455
Saulo de Tarso Fernandes Dias

PARTE III

DEMOCRACIA, AUTORITARISMO E LIBERDADES CIVIS

A DEMOCRACIA MILITANTE EM TEMPOS SOMBRIOS: A OUTRA FACE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MILITANT DEMOCRACY IN DARK TIMES: THE OTHER FACE OF THE FEDERAL SUPREME COURT

Álvaro Ricardo de Souza Cruz[1]

Gilberto Marcos Martins[2]

RESUMO | A democracia militante está baseada na premissa de que, diante de ataques à sua própria existência, os regimes democráticos têm legitimidade para acionar medidas restritivas de direitos de grupos ou indivíduos movidos por projetos autoritários. A centralidade crescente ocupada pelo Supremo Tribunal Federal, revela uma pretensa jurisprudência ativista. Em que pese uma atuação que revela um espírito de constitucionalismo abusivo, a Corte, soube utilizar dos mecanismos da democracia militante para impedir ataques ao regime democrático. A proliferação de fake news, com aptidão para contaminar o espaço público e influir na vontade dos eleitores, no processo eleitoral de 2022, fez com que o TSE editasse uma Resolução visando inibir a propagação de fake news. O caso foi levado ao Supremo Tribunal Federal, através da ADI 7.261 que considerou constitucional a referida Resolução. Assim, a partir da teoria Karl Loewenstein, busca-se analisar a conjuntura que justificou a decisão da Corte.

1 Possui graduação em Economia pela PUC-MG, graduação em Direito, mestrado e doutorado pela UFMG. Atualmente é Desembargador Federal no TRF da 6ª Região e Professor Adjunto III da PUC-Minas Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: estado democrático de direito, hermenêutica, direito comparado, relações igreja-estado e direito contemporâneo. Coordenador do Grupo de Estudos Avançados em Direitos Fundamentais, Processo Democrático e Jurisdição Constitucional Brasil. Email: alvaro.sc@terra.com.br.

2 Bacharel em Direito pela PUC Minas. Licenciado em História pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras do Alto São Francisco Pós-graduado em História Moderna e Contemporânea pela PUC Minas. Mestre em História Social do Brasil e de Minas pela Universidade Vale do Rio Verde de Três Corações. Doutorando em Direito Constitucional na PUC Minas (Com bolsa da FAPEMIG). Membro do Grupo de Estudos Avançados em Direitos Fundamentais, Processo Democrático e Jurisdição Constitucional. Advogado. Bolsista FAPEMIG. Brasil. Email: advogadogilberto@hotmail.com.

PALAVRAS-CHAVE | Democracia Militante. Constitucionalismo Abusivo. Fake News. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT | *Militant democracy is based on the premise that, faced with attacks on their own existence, democratic regimes have the legitimacy to take measures restricting the rights of groups or individuals driven by authoritarian projects. The growing centrality accelerated by the Federal Supreme Court reveals an activist pretension. Despite an action that reveals a spirit of abusive constitutionalism, the Court could use the mechanisms of militant democracy to prevent attacks on the democratic regime. The regulation of fake news to the exclusion of contaminating public space and influencing the will of participants in the 2022 electoral process led the TSE to issue a resolution temporarily inhibiting the spread of fake news. The case was taken to the Federal Supreme Court, through ADI 7,261, which is considered the aforementioned Resolution constitutionally. Thus, based on Karl Loewenstein's theory, we seek to analyze the situation that justified the Court's decision.*

KEYWORDS | *Militant Democracy. Abusive Constitutionalism. Fake News. Federal Supreme Court.*

1. INTRODUÇÃO

A segunda metade do século XX marcou o início de um processo de revigoramento e expansão da democracia. Mas, esse processo tem sido marcado por ameaças de variadas espécies. Populismo, racismo, xenofobia, medidas iliberais e neoconservadorismo têm marcado presença como elementos de resistência aos postulados da democracia.

Esse cenário reacendeu o debate no sentido de que, a democracia deve se defender de seus inimigos, fazendo uso de instrumentos constitucionais, que possibilitem a exclusão do processo democrático, daqueles que se voltam contra ele. A experiência brasileira, especialmente nessa última década, tem revelado um processo de

erosão constitucional, que alçou o Supremo Tribunal Federal – STF- a um protagonismo impróprio e inusual. Isso porque, a intervenção judicial se caracteriza pela prevenção e não pela reação como tem acontecido.

A centralidade crescente ocupada pelo Supremo Tribunal Federal, ao longo das últimas décadas da vida político-institucional brasileira, trouxe à lume, uma pretensa jurisprudência ativista, de natureza progressista e garantista. Em que pese uma atuação que revela um espírito de constitucionalismo abusivo, a Corte, especialmente no momento em que, a democracia brasileira passou por seu maior teste de resistência, soube utilizar dos mecanismos da democracia militante, para impedir ataques deletérios à democracia.

O propósito deste artigo é analisar a decisão proferida na ADI 7.261. O quadro fático, que sedimentou a atuação da Corte, deu-se a partir da proliferação de *fake news* com aptidão para contaminar o espaço público e influir indevidamente na vontade dos eleitores. O que fez com que o TSE editasse uma Resolução visando inibir a propagação de *fake news,* evitando, que a desinformação pudesse comprometer a escolha consciente dos eleitores nas eleições de 2022. O caso foi levado ao STF, que considerou constitucional a Resolução 23.714/2022 do TSE, mediante a interpretação de que a mesma não configura censura, e tampouco exorbita a competência normativa do Tribunal.

O método utilizado será o indutivo-dedutivo, a partir de revisão bibliográfica e arcabouço jurisprudencial do STF. Na perspectiva da teoria da democracia militante, o objetivo é analisar o pressuposto, segundo o qual, a Corte em defesa da democracia, entende, que nenhum direito fundamental é absoluto. De modo que procurar-se-á mostrar que a decisão foi legítima, enquanto jurisprudência de contexto, pois evitou, que o uso de institutos democráticos pudesse subverter a democracia.

Trata-se de uma decisão importante, no contexto de outras tantas, proferidas pela Corte em seu papel de militância democrática. No entanto, alguns questionamentos são inevitáveis, quando se analisa a decisão, a saber: quais são os impactos da utilização do instituto

da democracia militante por parte do STF? A Corte está atuando no campo do constitucionalismo abusivo ou da democracia militante? A democracia como autocorreção abre caminho para a falta de autocontenção? A hipótese a ser defendida é a de que, a curto prazo, a decisão foi acertada, pois garantiu, ou pelo menos minimizou, o impacto das *fake news* no processo eleitoral de 2022. No entanto, a médio e longo prazo, os efeitos de uma atuação responsiva e de autodefesa podem pavimentar o caminho para a falta de autocontenção, dando à democracia militante o espírito de constitucionalismo abusivo.

2. A DEMOCRACIA MILITANTE E SEUS NOVOS DESAFIOS

A expressão democracia militante é associada ao constitucionalista alemão Karl Loewenstein, que, pouco após a ascensão do Partido Nazista na Alemanha, escreveu em 1937, dois artigos intitulados "*Militant Democracy and fundamental Rights*", argumentando que as técnicas fascistas haviam obtido êxito em razão das condições oferecidas pelas instituições democráticas.

> Essas técnicas fascistas só poderiam ser vitoriosas sob as condições extraordinárias oferecidas pelas instituições democráticas. O seu sucesso baseia-se na sua perfeita adaptação à democracia. A democracia e a tolerância democrática têm sido utilizadas para a sua própria destruição. Ao abrigo dos direitos fundamentais e do Estado de Direito, a máquina antidemocrática poderia ser construída e posta em funcionamento legalmente. (LOEWENTEIN, 1937a, p . 423)[3]

3 Tradução livre: This technique could be victorious only under the extraordinary conditions offered by democratic institutions. Its success is based on its perfect adjustment to democracy. Democracy and demo- cratic tolerance have been used for their own destruction. Under cover of fundamental rights and the rule of law, the anti-demo- cratic machine could be built up and set in motion legally (LOEWENTEIN, 1937a, p . 423).

Loewenstein (1937a, p.424) argumentava que a democracia era incapaz de impedir seus opositores de fazerem uso de instrumentos democráticos contra ela própria. Aos fascistas foram concedidas todas as oportunidades e garantias das instituições democráticas. Permitiu-se o surgimento e ascensão de um movimento antidemocrático, no âmbito do formalismo exagerado de um Estado de Direito, assentado na igualdade formal. Esse formalismo, impossibilitou excluir do jogo os que negavam a própria existência da democracia. O fundamentalismo democrático mostrava-se incapaz de combater o emocionalismo fascista, isso porque a democracia representa o *fair play* para os direitos fundamentais.

> Os escrúpulos constitucionais já não podem impedir restrições aos fundamentos democráticos, com o objetivo de, em última análise, preservar esses mesmos fundamentos. A ordem liberal-democrática conta com tempos normais. A garantia dos direitos individuais e coletivos serve de base jurídica para o compromisso entre interesses que, certamente, podem entrar em conflito, mas que, no entanto, são animados pela lealdade comum para com os fundamentos do governo (LOEWENTEIN, 1937a, p . 432)[4]

O apego cego das democracias aos seus próprios princípios evidenciava a fraqueza estrutural desses regimes. Sob a lógica do paradoxo democrático, as Constituições permitiam mudanças pacíficas a partir de métodos regulares. No entanto, Loewenstein argumentava que elas precisavam ser "endurecidas" ou adotarem normas "de

4 Tradução livre : Constitutional scruples can no longer restrain from restrictions on demo- cratic fundamentals, for the sake of ultimately preserving these very fundamentals. The liberal-democratic order reckons with nor- mal times. The guarantee of individual and collective rights serves as a legal basis for compromise between interests which, to be sure, may fall into conflict, but which nevertheless are animated by common loyalty toward the fundamentals of government LOEWENTEIN, 1937a, p . 432).

reação" em face de movimentos que pretendiam a sua destruição, basicamente por meio da sua exclusão do processo político e mesmo da suspensão temporária de direitos fundamentais. Esse seria o custo para que a democracia pudesse salvar a si mesma: "*Se a democracia está convencida de que ainda não cumpriu o seu destino, deve combater no seu próprio plano uma técnica que serve apenas ao propósito do poder. A democracia deve tornar-se militante*" (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 423)[5].

Embora o tema tenha sido primeiramente introduzido por Loewenstein, outros estudiosos também vieram a discorrer sobre o assunto, entre eles Karl Popper (1974, p. 289) que se referiu ao "*paradoxo da tolerância*", advertindo que a tolerância sem limites levaria ao desaparecimento da tolerância. Para Popper, a tolerância não deveria ser concedida aos intolerantes. Qualquer movimento que pregue a intolerância deve ser colocado à margem da lei. Sob essa perspectiva, Svetlana Tyulkina (2015a, p. 519) defende que "*a democracia pode ser mais agressiva para com aqueles que não acreditam nela e nos seus valores*".

A democracia militante associa-se a uma forma de democracia constitucional autorizada a proteger a sua continuidade como tal, restringindo preventivamente o exercício das liberdades civis e políticas. Em sua primeira manifestação, na Alemanha, após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, o alvo foram os partidos políticos com propostas antidemocráticas. Nos últimos anos, houve um alargamento do campo de abrangência da democracia militante, que passou a incluir ameaças como o terrorismo e o fundamentalismo religioso, bem assim, em alguns casos, tentativas de restrição de direitos fundamentais, realizadas por governos autoritários, acompanhadas de redução ou fim da autonomia do Judiciário. A popularização das redes sociais, fez com que esta via de comunicação também se contaminasse pelas propostas antidemocráticas, ampliando ainda mais o campo de abrangência da democracia militante. Isso ocorreu, em razão do uso das redes sociais, com a finalidade de proliferação de *fake news,* com

5 Tradução livre: 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 (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 423).

aptidão para contaminar o espaço público e influir indevidamente na vontade dos eleitores.

O conceito de democracia militante nasceu, portanto, como uma tentativa de resposta ao desafio de como a democracia deve se defender de seus inimigos não democráticos. Ele se volta para as ações do Estado dirigidas à autodefesa contra seus inimigos internos, de modo a manter-se fiel a si mesma.

Não há, porém, uma definição universal para ela, mas há um relativo consenso sobre aquilo que o termo militante acrescenta à democracia. Como bem observou Svetlana Tyulkina (2015a), a noção de prevenção em relação a um inimigo comum, que se volta contra as estruturas democráticas do Estado, que abusa dos direitos e privilégios garantidos pela democracia, são características cruciais para determinar a militância de um sistema constitucional. De modo que, se pode dizer que a democracia militante se refere à capacidade das democracias liberais de produzirem ações preventivas para se defenderem do abuso, por parte de seus inimigos, de instituições e procedimentos democráticos, visando à instituição de regimes autoritários ou, no mínimo, híbridos.

3. AS BASES DA DEMOCRACIA MILITANTE E SUA NOVA ROUPAGEM

Para ser salva, Loewenstein (1935, p. 593) defendia, que a democracia precisava se tornar militante. Não poderia ser culpada, por aprender com seus inimigos, a aplicar também a coerção, que seus adversários utilizavam contra ela. Para Loewenstein (1937b), o legislador deveria aprovar normas, que pudessem neutralizar o fascismo, fundadas em uma vontade indomável de sobrevivência.

Karl Mannheim, em 1943, se posicionou sobre o assunto, defendendo que os governos democráticos poderiam fazer uso das mesmas técnicas e ferramentas utilizadas pelos regimes totalitários, visando alcançar objetivos legítimos. Mas, para tanto, seria necessária a

valorização das virtudes democráticas fundamentais. Para Mannheim a democracia deveria se tornar

> militante para defender o justo processo de mudança social e virtudes e valores básicos que são o alicerce do funcionamento pacífico de uma ordem social. (...) a nova democracia militante desenvolverá, portanto, uma nova atitude em relação aos valores (...) terá a coragem de reconhecer alguns valores básicos, aceitos por todos que compartilham das tradições da civilização ocidental (MANNHEIM 1943, p.7) [6].

A democracia militante não deveria se distanciar do liberalismo, todavia. Mannheim somente não concordava com a tolerância excessiva dos liberais, que poderia colocar em risco sua existência. Para ele, construir uma democracia de caráter militante era planejar pela liberdade.

A afirmação de Loewenstein (1937a) de que "*fogo se combate com fogo*" ou de que "a legalidade tira férias" para combater os inimigos se insinua nos esforços de justificação do modelo militante de democracia.

> (...) O problema se torna, principalmente, o de escolher o menor de dois males - o dos meios considerados e o que deverá surgir se não forem adotados esses meios. Em outras palavras, o melhor dos fins não justifica, como tal, os meios maus, mas a tentativa de evitar piores resultados pode justificar ações que por si mesmas produzam maus resultados (POPPER, 1974, p. 315).

6 Tradução livre: becomes militant only in the defence of the agreed right procedure of social change and those basic virtues and values (...) which are the basis of the peaceful functioning of a social order.The new militant democracy will. therefore develop a new attitude to values. (...) as it will have the courage to agree on some basic values which are acceptable to everybody who shares the traditions of Western civilization (MANNHEIM 1943, p.7).

Como se pode constatar, a preocupação recorrente é no sentido de que, a democracia pode sucumbir sem os meios institucionalizados para se proteger dos ataques dos seus inimigos internos (TYULKINA, 2015a). Muito menos pode permanecer passiva, diante das ameaças provenientes de organizações e indivíduos, que abusam dos privilégios, direitos e oportunidades, que lhes são concedidos pelo regime. Como afirma Svetlana Tyulkina (2015a, p. 520), "*as constituições liberais não devem funcionar como pactos suicidas e devem estar preparadas para tomar medidas autodefensivas quando necessário*". Para salvaguarda da democracia é necessário, que se valha da intolerância, em face de quem abomina a própria democracia e os seus pressupostos constitucionais (HABERMAS, 2004; ISSACHAROFF, 2006). Uma justificação que aparentemente é antidemocrática.

Alguns instrumentos têm sido pensados e usados como estratégia de prevenção da erosão interna da democracia. Destacam-se as chamadas "cláusulas de eternidade" ou "limites materiais" às emendas constitucionais, que põem certas disposições constitucionais imunes a alterações ou abolições. A exclusão formal de ideologias e partidos políticos, também se insere no rol de medidas defensivas da democracia. Outro instrumento encontrado em textos constitucionais é o estatuto de emergência constitucional (estado de sítio). Há inclusive quem defenda medidas defensivas extraconstitucionais. "*Pode haver circunstâncias em que o método apropriado para enfrentar perigos e ameaças graves implique sair da ordem constitucional, às vezes até violando princípios, regras e normas constitucionais de outra forma aceites*" (GROSS, 2003, p. 2023). O que segundo Gross, pode em circunstâncias apropriadas fortalecer e resultar em mais fidelidade constitucional e compromisso com o Estado de Direito.

O inimigo não se limita mais ao nazifascismo. Após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, o "fogo" da democracia militante passou a ser direcionado a quem seja capaz de colocar em risco a institucionalidade democrática, por qualquer meio. No repertório das medidas defensivas, incluem-se os expedientes de reforço à garantia do processo eleitoral livre, inclusive contra o uso distorcido

da liberdade de comunicação e expressão. Há mesmo, quem defenda a eliminação por completo do emocionalismo político, com a adoção de restrições preventivas racionais-legais (SAJÓ, 2012). Como o povo seria propenso a paixões e, por isso, facilmente manipulado, ações deveriam ser tomadas para reduzir os apelos emocionais de líderes populistas. Neste cenário é inevitável a presença do Judiciário como ator da democracia neomilitante.

Nas últimas décadas, o STF tem atuado de forma preventiva e restaurativa, em relação à democracia. Isso é uma decorrência da ampliação do seu papel no constitucionalismo democrático.

> Os controles judiciais podem desempenhar um papel importante na prevenção da utilização política indevida de medidas democráticas militantes e na preservação das garantias legais dos direitos fundamentais, sempre que esses direitos possam ser restringidos por uma questão de proteção da democracia (TYULKINA, 2015a, p.524).[7]

A autodefesa do Estado constitucional, só tem sentido, diante de uma presunção de perigo iminente. O entendimento liberal, no que se refere à liberdade de expressão, leva à conclusão de que a disseminação de pontos de vista, não ameaça, por si só, a democracia ou o Estado constitucional, até que ocorram justificadas razões para serem criminalizadas.

Não existem diretrizes normativas gerais claras, sobre como os liberais devem tomar o seu próprio lado numa discussão, sem deixar de ser liberais (Muller, 2012, p. 1118). O dilema, gira em torno, de como as democracias, que tentam defender-se, podem evitar a erosão dos seus próprios alicerces.

7 Tradução Livre. Judicial controls can play an important role in preventing the political misuse of militant democracy measures and preserving legal guarantees of fundamental rights where such rights may be curtailed for the sake of protecting democracy (TYULKINA, 2015a, p.524).

4. A CRÍTICA À NEODEMOCRACIA MILITANTE E OS RISCOS DE CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

Para autores como Anthoula Malkopoulou e Ludwig Norman (2018, p. 443), "*o discurso sobre a democracia militante reproduz uma noção elitista amplamente excludente de governo democrático, construída sobre uma desconfiança profundamente enraizada na capacidade de o povo governar a si próprio*".[8] Aliás, o próprio Loewenstein (1937b, p. 657) afirmara que "*a democracia liberal [era] adequada, em última análise, apenas para os aristocratas políticos".* Esse elitismo "*representa um modelo de autodefesa democrática com implicações potencialmente prejudiciais para a arena mais ampla da política democrática*" (MALKOPOULOU; NORMAN, 2018, p. 446).[9]

A democracia militante ainda apresenta o risco de se tornar arbitrária na seleção de seus inimigos. É uma contradição lógica e interna, pois a democracia não combina com arbitrariedade. E uma contradição prática, pois permite aos que estejam no poder afastar a concorrência de quem seja identificado, por eles, como hostil à ordem democrática. Sem as devidas cautelas a democracia militante se converte num oximoro (ACCETTI; ZUCKERMAN, 2017).

Talvez, o maior risco que a militância democrática pode trazer, esteja na verdade, na "rotineirização" ou "normalização" da exceção, convertendo-a em regra. Normaliza-se o que é atípico, tipifica-se o que é anormal, a ponto de resultar em fronteiras indistintas entre eles, com a desestabilização a longo prazo, de princípios basilares que sustentam o Estado de Direito e a Constituição (GROSS, 2003).

O Brasil, nas últimas décadas, vivenciou e experimentou os sintomas de uma crise democrática. Uma onda de ressentimentos

8 Tradução livre: Despite the broadly liberal outlook of many 'neo-militant' theorists, the discourse on militant democracy reproduces a largely exclusionary elitist notion of democratic government built on a deep-rooted mistrust in the people to govern themselves (MALKOPOULOU; NORMAN, 2018, p. 443).

9 Tradução livre. However, as we will argue in the following, militant democracy, even in its neo-militant version, retains an elitist and illiberal core, and representes a model of democratic self-defence with potentially damaging implications for the broader arena of democratic politics (MALKOPOULOU; NORMAN, 2018, p. 446).

tomou conta de parte expressiva da população. Todos, de algum modo, entrelaçaram-se, não mais pela mediação política tradicional e do discurso manifestado em espaço aberto à contestação plural, mas por redes sociais que ampliaram e distorceram, fatos e opiniões, em bolhas e grupos de pensamento incontestáveis (HABERMAS, 2022; AVRITZER, 2023). Esse caldo de ressentidos, temorosos e esquecidos, retroalimentados pelos bolsões midiáticos, era propício a discursos negacionistas, conspiratórios e reacionários.

> A desconfiança, a polarização e o ressentimento tomaram de assalto a cena política nacional, e conduziram à eleição de um populista de traços autoritários, que ameaça, com palavras e ações, a higidez do regime democrático. (...) não é de se espantar que o fruto da democracia brasileira esteja apodrecendo antes mesmo de ter amadurecido por completo (PONTES, 2020, p.39).

Tempos sombrios da democracia brasileira. A tarefa mais árdua ficou a cargo do STF. "*A Corte vem sendo provocada a solucionar questões com impactos significativos para os poderes políticos e para os seus integrantes, fazendo-o, entretanto, de maneira muitas vezes contraditória*" (PONTES, 2020, p. 63).

Diante de uma atuação inusual e imprópria do STF, mas motivada por uma conjuntura de ataques à democracia, o risco de excessos é iminente. Como consequência, tem-se uma Corte cada vez mais responsiva, reativa e ativista. Daí ser importante, não só reconhecer os efeitos positivos do uso da democracia neomilitante, mas também questionar os impactos da utilização desse instituto por parte do STF. Isso porque, a democracia como autocorreção, pode abrir caminho para a falta de autocontenção. A curto prazo, a decisão do STF na ADI 7.261foi acertada, pois garantiu, ou pelo menos minimizou, o impacto das *fake news,* no processo eleitoral de 2022. No entanto, a médio e longo prazo, os efeitos de uma atuação responsiva

e de autodefesa democrática, podem pavimentar o caminho para a falta de autocontenção, dando à democracia militante o espírito de constitucionalismo abusivo.

Não se pode negar, que a Corte tenha sua parcela de contribuição, no processo de erosão constitucional vivenciado no Brasil nos últimos anos. Isso em razão de uma jurisprudência de contexto, bem como, dos movimentos políticos e manifestações, sobre temas diversos e sensíveis politicamente, por parte de alguns de seus membros. É nesse contexto de crise, que a Corte precisou atuar no modo democracia militante.

Para compreender a atuação do Supremo Tribunal Federal, como agente da democracia militante, no que concerne ao combate às *fake news,* é necessário entender melhor, que fenômeno é esse e a partir de que momento tornou-se uma ameaça à democracia.

5. A ORIGEM DAS FAKE NEWS E AMEAÇA À DEMOCRACIA

Segundo o Instituto de Estudos Avançados da USP a expressão *fake news* foi eleita pelo dicionário Collins, como a expressão do ano em 2017, sendo definida, como, informações falsas que são disseminadas em forma de notícias, muitas vezes de maneira sensacionalista (HERMÍNIO, 2022).

> Definimos "fake news" como informações fabricadas que imitam o conteúdo da mídia noticiosa na forma, mas não no processo ou intenção organizacional. Os meios de comunicação de notícias falsas, por sua vez, carecem das normas e processos editoriais dos meios de comunicação para garantir a precisão e a credibilidade da informação. (LAZER, et.al, 2018, p. 1094)[10]

10 Trad. Livre: We define "fake news" to be fabricated information that mimics news media contente in form but not in organizational process or intent. Fake-news outlets, in turn, lack the news media's editorial norms and processes for ensuring the accuracy and credibility of information (LAZER, et.al, 2018, p. 1094).

As *fake news* estão relacionadas aos conceitos de desinformação e *misinformation* (NEMER, 2020; LAZER, 2018). A desinformação, tem a intenção clara de enganar, através de narrativas manipuladas. São criadas e espalhadas, propositalmente como verdades, para influenciarem a opinião pública e enganar as pessoas. Ao passo que, a *misinformation* volta-se para informações inverídicas (falsas ou enganosas) que são disseminadas e causam desinformação, mesmo que não haja essa intenção.

> Fakes News é um termo guarda-chuva que cobre uma gama de conceitos pertencentes a categoria de falsidades ou mentiras, incluindo a própria desinformação. A Fake News nem sempre tem a intenção de enganar, por exemplo, pode ser uma informação falsa ou imprecisa que foi criada ou disseminada por engano ou inadvertidamente. A Fake News pode ser também uma informação verdadeira que quando usada fora do contexto pode desinformar (NEMER, 2020, p.113). [11]

As *fake news* podem ser utilizadas como *clickbait*, visando publicidade, como sátira ou paródias, mas nos últimos anos, foram utilizadas em forma de propaganda intencional, para enganar o leitor. "*O entendimento de Fake News ficou muito atrelado às redes sociais, já que desde 2016 essas redes vêm sendo utilizadas para influenciar politicamente as pessoas, por meio de notícias falsas, embora não seja um fenômeno exclusivo das plataformas virtuais*" (NEMER, 2020, p. 113).

Embora, o conhecimento sobre existência notícias falsas seja antigo, foi a partir da disputa presidencial ocorrida em 2016 nos Estados Unidos, entre Hilary Clinton e Donald Trump, que a expressão passou a ser utilizada por Trump. Isso porque, as pesquisas de intenção de voto, indicavam vantagem para Hilary, no entanto, Trump venceu e passou

11 Trad. Livre: Fake news overlaps with other information disorders, such as misinformation (false or misleading information) and disinformation (false information that is purposely spread to deceive people) (NEMER, 2020, p.113).

a utilizar o termo *fake news,* para designar o trabalho de jornalistas e analistas da mídia em geral, normalizando a expressão entre seus apoiadores e ao redor do mundo (HERMÍNIO, 2022).

Casos como, Cambridge Analytica, movimento QAnon e Pizzagate nos EUA demonstram o impacto das tecnologias e das redes sociais na circulação de informação para efeitos políticos. Episódios, como o da Cambridge Analytica colocam "*um ponto de interrogação para saber o que está acontecendo com os nossos processos de escolha democrática, com os mecanismos eleitorais que se tornam muito porosos e muito influenciáveis pela tecnologia da informação*" ZANATTA, 2018, p. 12)

As *fake news* atraíram a atenção, especialmente num contexto político, mas podem ser identificadas, também em outras situações, de toda forma, são perniciosas, na medida em que parasitam os meios convencionais de comunicação, minando sua credibilidade. Para além disso, os impactos desse fenômeno na democracia podem ser bastante deletérios. De modo que, para a finalidade da discussão proposta neste artigo a expressão *fake news* será utilizada em seu viés de arma política.

5.1 O IMPACTO DA DISSEMINAÇÃO DA DESINFORMAÇÃO

Embora, possa haver a percepção, de que as *fake news* não tragam consequências para o mundo real, a verdade, é que a exposição às informações falsas, pode mudar as ações das pessoas. O perigo aumenta, quando a campanha de desinformação é desenvolvida por governos, membros de partidos ou ativistas, com a finalidade de ganho político, de cumprimento de agendas políticas.

A sociedade da informação (Castells 2000) e a consequente necessidade de respostas instantâneas e definitivas faz com que as pessoas se tornem cada vez mais carentes de certeza. Quando não há consenso social, cria-se um ambiente fértil para que tudo seja contestado. As redes sociais tornam-se uma das principais facilitadoras

das *fake news*. Os usuários tendem a ficar presos a manchetes, que muitas vezes, desinformam. Essas redes sociais, através dos seus algoritmos, criam as bolhas filtro, onde as pessoas encontram apenas informações e opiniões, que estão em conformidade e reforçam suas próprias crenças e vieses (PARISER, 2011; SASTRE & BELDA, 2018).

> As bolhas filtro geram assim o efeito câmara de eco no qual uma pessoa só encontra informações ou opiniões que refletem e reforçam as suas. As câmaras de eco podem criar desinformação e distorcer a perspectiva de uma pessoa, fazendo com que ela tenha dificuldade em considerar pontos de vista opostos e discutir tópicos complicados. (NEMER, 2020, p. 114).

Devido ao seu modelo econômico, as redes sociais não se sentem motivadas a combater *fake news*, já que o seu combate efetivo pode comprometer a sua renda, isso porque o sucesso para a maioria das redes sociais, se resume em manter as pessoas conectadas, clicando em anúncios (NEMER, 2020; O'NEIL,2016).

A estrutura em rede da sociedade da Informação (CASTELLS, 2000) promove a democratização da comunicação, mas, a grande questão é que esta possibilidade (NEMER, 2020) permite, que *fake news* e campanhas de desinformação, sejam criadas, ameaçando a própria democracia. Estas campanhas são potencializadas por algoritmos das redes sociais, programados para potencializar vieses e preconceitos, existentes na sociedade e provenientes de setores dominantes (NOBLE, 2018; EUBANKS, 2018).

A desinformação e a filtragem seletiva de notícias contribuíram para a polarização ideológica das plataformas de redes sociais, que favoreceram Donald Trump nas eleições presidenciais dos EUA de 2016 e na votação do "Brexit" (VAIDHYANATHAN, 2018; NEMER, 2020). Situação que tendeu a se repetir no Brasil nas eleições de 2022.

As *fake news* têm sua disseminação favorecida pelos apelos emocionais. Conteúdos emotivos, especialmente, se estimulam o

sentimento de ódio, viralizam mais rapidamente. As *fake news* e o discurso de ódio, dependem um do outro para triunfarem. Nesse cenário, cria-se um campo fértil para a polarização. "*As bolhas nas redes sociais, que permitem a disseminação de notícias e conteúdo são formadas a partir de amizades e laços virtuais*" (CRUZ, SILVA e GIBSON, 2022, p. 129). Os indivíduos tendem a não questionar a credibilidade da informação, a menos que esta viole suas concepções ou os incentivem a fazê-lo. Caso contrário, aceitam a informação de forma acrítica. As pessoas preferem informações, que confirmem suas atitudes preexistentes, em um viés de confirmação, estando inclinadas, a aceitarem informações, que lhes agradam, em um viés de desejabilidade (LAZER et. al, 2018. p.1095). Sob esta linha de raciocínio, crenças partidárias e ideológicas anteriores, podem impedir a aceitação da verificação de fatos de uma *fake news*. Além disso, há o risco de a repetição de informações falsas aumentar a probabilidade de serem aceitas como verdadeiras. O que ocasiona, inclusive, a redução da credibilidade dos meios de comunicação convencionais.

As *fake news* abrem espaço para as pessoas questionarem estruturas que foram criadas dentro da realidade, com a função de apoiar as instituições, como por exemplo, a democracia. Quando a percepção é desconexa com a realidade, as pessoas começam a questionar, sem fundamento, os pilares da democracia. Coloca-se em questão o sistema eleitoral, o papel do STF, refuta-se o papel da Constituição, a ciência, as pesquisas eleitorais, o entendimento sobre a liberdade de expressão torna-se muito peculiar, as teorias conspiratórias ganham relevância e o discurso favorável a golpes e ditaduras fortalece o iliberalismo e arrebanha adeptos.

Abre-se um espaço para questionamentos desnecessários, fora da realidade. Empodera-se essa visão de mundo, quando um veículo de comunicação endossa esse tipo de pensamento. O que faz as pessoas desinformadas agarrarem-se a esse viés de desejabilidade e de confirmação. O ressentimento e ódio recebem o reforço que precisam para se fortalecerem nessas bolhas virtuais. A polarização e a violência assumem a ordem do dia (LAZER et. al, 2018; NEMER,

2022). As *fake news* colocam em risco a liberdade de expressão, e por outro lado, avivam o discurso de ódio. Líderes populistas se beneficiam da desconfiança no sistema e procuram minar a fé no papel legítimo dos meios de comunicação, na independência dos tribunais e na integridade das eleições (NORRIS, 2017, p. 3).

A democracia está no corner, sendo espancada pelo crescimento das políticas autoritárias e diante de um aparato de vigilância e controle que a virtualidade permite. As grandes empresas de tecnologia transformam nossos dados em commodities, revelando a face do capitalismo de vigilância (ZANATTA, 2018, ZUBOFF, 2019).

> O capitalismo de vigilância reivindica de maneira unilateral a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais. Embora alguns desses dados sejam aplicados para o aprimoramento de produtos e serviços, o restante é declarado como superávit comportamental do proprietário, alimentando avançados processos de fabricação conhecidos como "inteligência de máquina" e manufaturado em produtos de predição que antecipam o que um determinado indivíduo faria agora, daqui a pouco e mais tarde. (...) Esses produtos de predições são comercializados em mercados de comportamentos futuros (ZUBOFF, 2019, p. 21).

Escancara, de um lado, um jogo perverso de interesses entre corporações e governos, e de outro, resistências tentando restabelecer a ordem democrática. Nesse contexto, o STF aparece como um dos atores dessa tentativa de controle democrático desse capitalismo de vigilância, quando o ataque se volta para a democracia e principalmente, contra a própria Corte.

O combate ao processo de desinformação é muito complexo, pois como afirma Zanatta (2018), não existe uma bala de prata capaz de resolver todos os problemas, o que é uma tendência do Congresso Nacional, no sentido de criar leis de combate às notícias falsas. O

que pode beneficiar os congressistas, pois mina as críticas e sátiras em desfavor deles, com o risco de silenciar vozes alternativas. Nesta mesma linha de raciocínio pode ser vista a atuação militante do STF revelando a outra face de constitucionalismo abusivo.

Em uma matéria publicada na Revista Science pelos principais acadêmicos da internet do mundo, em um artigo denominado *The science of fake news*, os pesquisadores concordaram que, não há respostas à pergunta de como combater as *fake news*. A preocupação com o problema é global, enfrentar notícias falsas requer um esforço multidisciplinar. "*Muito permanece desconhecido relativamente às vulnerabilidades dos indivíduos, das instituições e da sociedade às manipulações por parte de intervenientes maliciosos*"(LAZER et.al., 2018, p. 1094)[12].

> Avaliações do impacto a médio e longo prazo no comportamento político da exposição a notícias falsas (por exemplo, se e como votar) são essencialmente inexistentes na literatura. (...) No entanto, a mediação de muitas notícias falsas através das redes sociais pode acentuar o seu efeito devido ao endosso implícito que acompanha a partilha. (LAZER et.al., 2018, p. 1095).[13]

Para além dos impactos eleitorais, existem muitas vias potenciais de influência das *fake news*, desde o aumento do cinismo e da apatia, até o incentivo ao extremismo. Segundo a publicação da *Revista Science* (LAZER et. Al, 2018) existe pouca avaliação dos impactos das *fake news* nestes aspectos. Os autores da publicação questionam quais intervenções poderão ser eficazes para conter o fluxo e a influência das

12 Tradução livre: much remains unknown regarding the vulnerabilities of individuals, institutions, and society to manipulations by malicious actors (LAZER et.al., 2018, p. 1094) .

13 Tradução livre: Evaluations of the medium-to-long–run impact on political behavior of exposure to fake news (for example, whether and how to vote) are essentially nonexistent in the literature. (...) Evaluations of the medium-to-long–run impact on political behavior of exposure to fake news (for example, whether and how to vote) are essentially nonexistent in the literature LAZER et.al., 2018, p. 1095).

fake news. Para tanto, sugerem capacitação dos indivíduos e mudanças estruturais visando prevenir a exposição dos indivíduos.

O grande desafio que se coloca é que qualquer intervenção direta do governo ou das plataformas, impedindo os usuários de verem o conteúdo levanta preocupações sobre a censura e a liberdade de expressão.

6. A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO AGENTE DA DEMOCRACIA MILITANTE: O COMBATE ÀS FAKE NEWS

Havia uma jurisprudência já consolidada sobre os direitos de comunicação. Ainda em 2009, o STF havia julgado procedente a ADPF 130, ao declarar não recepcionada a Lei 5.250/1967, a Lei de Imprensa do regime militar, de forma a garantir a liberdade de imprensa e por consequência a liberdade de manifestação de pensamento. No mesmo sentido, a Corte entendeu em 2015, quando do julgamento da ADI 4.815/DF, ser inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais. Também considerou constitucional a trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo, que degradasse ou ridicularizassem candidatos, partidos e coligações, bem como a difusão de opinião favorável ou contrária a candidatos, partidos e coligações, tema que foi objeto da ADI 4451 DF.

> A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas

> também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. (BRASIL, 2018, p.01)

No entanto, desde as jornadas de junho, a democracia brasileira vem passando por um processo crescente de crise. Isso fez com que o STF tivesse que mudar de posicionamento em relação a determinadas situações, como foi o caso da decisão proferida na ADI 7261. Atuando no modo democracia militante, a Corte proferiu decisão de contexto, na contramão de uma jurisprudência de conjuntura. Mas que é legítima, dadas as circunstâncias fáticas que evidenciavam o uso de instrumentos democráticos em desfavor da democracia.

A ADI 7261 foi protocolada em 21.10.2022, mas o fenômeno das *fake news* já havia desaguado no STF, muito antes, através de um inquérito atípico – Inq.4781- instaurado pela própria Corte, a fim de investigar notícias falsas envolvendo ministros e seus familiares. O que fez com que o Partido Rede Sustentabilidade ajuizasse a ADPF 572, questionando a constitucionalidade da portaria, que instaurou o referido inquérito. Julgada improcedente, entre as razões apontadas pelos ministros, destaca-se: "*ataques sistemáticos à instituição e violação ao Estado Democrático de Direito não estão abrangidos pela liberdade de expressão*" (CRUZ, SILVA E GIBSON, 2022, p.132).

O que se nota, em decisões dessa natureza é um esforço de evitar o "sinkhole" democrático, tanto no modelo antigo, com um golpe de Estado típico, quanto pela correção, nem sempre em procedimentos próprios, das iniciativas de erosão da institucionalidade. A permanência dessa militância excepcional, até mesmo com emprego de procedimentos não convencionais, em período de normalidade e eventuais reações políticas à atividade judiciária são pontos que se abrem ao futuro.

> Devemos assumir uma perspectiva crítica para além da ingenuidade de crer que a legalidade democrática

> está sendo assegurada. O Supremo Tribunal Federal, embora dotado de todos os ares de legitimidade (...) tem utilizado instrumentos que estão nos limites da legalidade do Estado Democrático de Direito. (CRUZ, SILVA E GIBSON, 2022, p.140).

O dilema está posto, o fenômeno democracia militante precisa ser temporário, não pode se tornar a regra, sob pena de se ter uma Corte implementando o constitucionalismo abusivo. Combater *fake news* e garantir liberdade de expressão pode equiparar-se a um dos difíceis trabalhos realizados por Hércules.

6.1 O DÉCIMO TERCEIRO TRABALHO DE HÉRCULES: COMBATER FAKE NEWS E GARANTIR A LIBERDADE DE EXPRESSÃO.

Hércules foi um herói da mitologia grega que durante um ataque de loucura, provocado pela deusa Hera, assassinou os filhos e a esposa. Como forma de expiação pelo crime, o oráculo de Delfos ordenou, que realizasse doze tarefas de extremo risco, denominadas "*Os Doze Trabalhos de Hércules*"(PACIEVITCH, 2024).

O desafio do Supremo Tribunal Federal, de recorrer aos métodos da democracia militante, para salvar a democracia dos ataques sofridos nos últimos tempos, pode ser comparado à difícil missão dada a Hércules. Como afirma Zuboff (2021), não pode haver leis para nos proteger daquilo que não tem precedentes, e sociedades democráticas são vulneráveis ao poder sem precedentes.

Estudiosos como Pippa Norris (2017), Erik Voiten (2016), Welzel & Alexander (2017); Ronald Inglehart (2016) Mounk & Foa (2017) Zuboff (2021) apontam para uma desconsolidação das democracias ocidentais, durante muito tempo, consideradas impermeáveis às ameaças antidemocráticas. A extensão e a natureza dessas ameaças, ainda não podem ser mensuradas, mas revelam que o ideal democrático não é

mais um imperativo sagrado, mesmo em sociedades democráticas maduras.

O capitalismo de vigilância, como força social antidemocrática, faz com que, direitos conquistados de longa data, sejam repensados, a fim de evitar a degradação da autodeterminação dos indivíduos. Como afirma Zuboff (2021) não se trata de um *coup d'état,* mas de um *coup de gens,* uma derrubada do povo.

> A democracia pode estar sitiada, mas não podemos permitir que seus muitos ferimentos nos desviem da fidelidade à sua promessa. (...) A democracia é vulnerável ao que não tem precedentes, mas a força das instituições democráticas é o relógio que determina a duração e o grau de destruição dessa vulnerabilidade. Em uma sociedade democrática, o debate e a contestação viabilizados por instituições ainda saudáveis podem virar a maré da opinião pública contra fontes inesperadas de opressão e injustiça (ZUBOFF, 2021, p. 610).

O uso das *fake news* confirma, que o objetivo da civilização da informação é o domínio da natureza humana, com o propósito de modificar o comportamento dos indivíduos, substituindo a internalidade humana que alimenta a vontade de ter vontade (ZUBOFF, 2021).

A decisão do Supremo Tribunal Federal, que considerou constitucional a resolução editada pelo TSE, para combater *fake news,* precisa ser situada, como uma forma de proteção da vontade de ter vontade. Mas, isso é de um grau de complexidade tão grande, que assemelha-se aos trabalhos de Hércules para eximir-se da culpa de ter matado a família. O recurso à democracia militante precisa ser pontual e limitado, contextual, sob pena de se colocar em risco a própria democracia e caracterizar um impedimento à vontade de ter vontade, assumindo natureza de constitucionalismo abusivo.

A dificuldade enfrentada pela Corte, além das críticas que são direcionadas à democracia militante, volta-se para o fato de que, no âmbito de propagação de *fake news,* nem todas as pessoas acreditam que a democracia é a melhor forma de governo, de modo que, nem sempre valores, princípios e práticas democráticas serão refletidos nas condutas e haverá sempre, alguém disposto a atacar a democracia, inclusive, colocando em xeque a independência da Corte. Além do mais, não há como dissociar a atuação das instituições democráticas, nesse caso o STF, da crise democrática que atinge o Brasil. O desafio se abre ao futuro. A tarefa de Hércules será concluída com êxito?

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O combate às *fake news* é um desafio recente, para o qual, ainda não existe uma solução consolidada. Diante de uma intervenção por parte do Estado, parece inevitável o conflito com a liberdade de expressão. Mas, é uma decorrência da atuação no modo democracia militante. A atuação da Corte foi legítima, enquanto jurisprudência de contexto, pontual, o que não significa que a exceção deve se tornar a regra, sob pena, de se materializar uma espécie de constitucionalismo abusivo. O STF deve ser o guardião da Constituição e não necessariamente da vontade do povo.

REFERÊNCIAS

ACCETTI, Carlo I; ZUCKERMAN, Ian. What's wrong with militant democracy? Political Studies, v. 65, n. 1, p. 182-199, 2017.

ALEXANDER, Amy C.; WELZEl, Christian. **Myth of Deconsolidation: Rising Liberalism and the** Populist **Reaction. Journal of Democracy**, 28 de apr.2017. Disponível em: https://www.econstor.eu/bitstream/10419/170694/1/ile-wp-2017-10.pdf. Acessado em: 06.04.2024.

AVRITZER, Leonardo. **Esfera pública sem mediação. Habermas, anti-iluminismo e** democracia. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, v. 118, p. 13-40, 2023.

BRASIL. STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7261**. Requerente: PGR; Relator: Min. Edson Fachin. 19 de dezembro de 2023, DJe. 18.03.2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6507787. Acessado em: 15.02.2024

BRASIL. STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815**. Requerente: ANEL; Relatora: Carmen Lúcia. 10 de junho de 2015, DJe 01.02.2016. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709. Acesso em 15.03.2024.

BRASIL. STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4451**. Requerente: ANEL; Relator: Nunes Marques. 11 de abril de 2022, DJe 28.04.2022. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760430990. Acesso em 15.03.2024.

BRASIL. STF. Tribunal. **Arguição de Preceitos Fundamentais 130/DF**. Requerente: PDT; Relator: Min. Carlos Britto. 30 de abril de 2009, DJe05.11.2009. disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411. Acessado em 15.03.2024.

CASTELLS, M.. **The Hise of the Network Society**. The lnformation Age: Economy, Society and Culture, 2ª. ed.,v. 1, Malden: Blackwell. 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SILVA, Diogo Bacha e; GIBSON, Sergio Armanelli. **A Linguagem e o Ódio: Democracia em Risco**. 1.ed., Belo Horizonte: Sete Autores Editora. 2022.

EUBANKS, V.. **Automating inequality: How high-te.ch toofa profile, police, and punish the poor**. St. Martin's Press. 2018.

ELEIÇÔES desinformação e caos nas redes. Entrevistado: David Nemer. Entrevistadores: Andrea Dip, Clarissa Levy e Ricardo Terto. [S.l.]: Pauta Pública, 16 set.,2022. Podcast. Disponível em: https://apublica.org/podcast/2022/09/podcast-pauta-publica/eleicoes-desinformacao-e-caos-nas-redes-com-david-nemer/#_. Acessado em 05.04.2024.

FOA, Roberto Stefan & Mounk, Yascha. **The Signs of Deconsolidation**. Journal of Democracy. V. 28, n. 1, jan. 2017. P. 5-16. Disponível em: https://www.journalofdemocracy.org/wp-content/uploads/2017/01/02_28.1_Foa-Mounk-pp-5-15.pdf. Acessado em: 06.04.2024.

GROSS, Oren. **Chaos And Rules: Should Responses To Violent Crises Always Be Constitutional?** Yale Law Journal. Vol 112, 2003. P. 1014-1134. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9464/43_112YaleLJ1011_March2003_.pdf?sequence=2. Acesso em 12.02.2024

HABERMAS, Jürgen. **Reflections and Hypotheses on a Further Structural Transformation of the Political Public Sphere**. Theory, Culture & Society, v. 39, n. 4, p. 145-171, 2022.

HABERMAS, Jürgen. **Religious tolerance—the pacemaker for cultural rights**. Philosophy, v. 79, n. 1, p. 5-18, 2004.

HERMÍNIO, Beatriz. **Fake news: origem, usos atuais e regulamentação**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. 12.04.2022. Disponível em: http://www.iea.usp.br/noticias/fake-news-origem-usos-atuais-e-regulamentacao. Acessado em: 04.04.2024.

INGLEHART, Ronald. **The Danger of Deconsolidation: How Much Should We Worry?.** Journal of Democracy, vol. 27, no. 3, July 2016, p. 18-23. Disponível em: https://www.journalofdemocracy.org/articles/the-danger-of-deconsolidation-how-much-should-we-worry/. Acessado em 06.04.2024.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies**. Harv. L. Rev., v. 120, p. 1405, 2006.

LAZER, David M.J. et.al.. **The science of fake news: Addressing fake news requires a multidisciplinary effort**. Science,vol.359 (6380), 9 mar 2018. Disponível em: https://scholar.harvard.edu/files/mbaum/files/science_of_fake_news.pdf. Acessado em 05.04.2024.

LOEWENSTEIN, Karl. **Autocracy versus Democracy in contemporary Europe**. II The American Political Science Review, vol. XXIX, n. 05, p. 755-784, 1935.

LOEWENSTEIN, Karl. **Militant Democracy and fundamental Rights, I**. The American Political Science Review, vol. XXXI, nº03, p. 417-432, 1937a.

LOEWENSTEIN, Karl. **Militant Democracy and fundamental Rights, II**. The American Political Science Review, vol.XXXI, nº04, ago/1937b. P. 638-658. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1948103 Acesso em 10.02.2024.

MALKOPOULOU, Anthoula; NORMAN, Ludvig**. Three models of democratic self-defence: Militant democracy and its alternatives**. Political Studies, v. 66, n. 2, p. 442-458, 2018.

MANNHEIM, Karl. **Diagnosis of Our Time. In: Diagnosis of Our Time: Wartime Essays of a Sociologist**. Collected Works, London: University Press, 1943.

MULLER, Jan-Werner. **Militant Democracy**. In: Rosenfeld, Michel & SAJÓ, András. The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2012.

NEMER, D., & MARKS, W. **Unraveling Disinformation: Examining the Human Infrastructure of Misinformation in Brazil through the lens of Heteromation**. Paper presented at AoIR2023: The 24th Annual Conference of the Association of Internet Researchers. Philadelphia, PA, USA: AoIR. October, 2023. Disponível em http://spir.aoir.org. acessado em: 04.04.1975.

NEMER, David. **Desinformação no contexto da pandemia do Coronavírus (COVID-19).** AtoZ: novas práticas em informação e conhecimento, [S.l.], v. 9, n. 2, p. 113 - 116, nov. 2020. ISSN 2237-826X. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/atoz/article/view/77227/42052>. Acesso em: 04 abr. 2024.

NORRIS, Pippa. **Is Western Democracy Backsliding? Diagnosing the Risks**. Harvard Kennedy School, mar. 2017, disponível em: https://www.hks.harvard.edu/publications/western-democracy-backsliding-diagnosing-risks. Acessado em: 06.04.2024.

O'Neil, C. . **Weapons of math destmction: How big data increases ineq1tality and threatens democracy**. New York: Broadway Books. 2016.

NOBLE, S. U. . **Algorithrns of Oppression: How search engines reinforce racism**. New York: NYU Press. 2018.

PACIEVITCH, Thais. **Hércules. Infoescola**. Disponível em https://www.infoescola.com/mitologia-grega/hercules/. Acessado em 06.04.2024

PARISER, E. . **The filter bubble: How the new personalized** web **is changing what we read and how we think**. Londres: Penglún, 2011.

PONTES. João Gabriel Madeira. **Democracia Militante em** Tempos **de Crise**. Dissertação (Mestrado em Direito Público) . Faculdade de Direito. UERJ: RJ, 2020.

POPPER. Karl Raimund. **A Sociedade aberta e seu inimigos**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1974.

SAJÓ, Andras. **Militant Democracy and Emotional Politics.** Constellations. Vol.19, nº4, 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/264722606_Militant_Democracy_and_Emotional_Politics. Acesso em 11.02.2024.

SASTRE, A . de Oliveira, C . S. P., & Belda, F. R. . **A influência do "filtro bolha" na difusão de Fake News nas mídias sociais: reflexões sobre as mudanças nos algoritmos do Facebook**. Revista GEMlnlS, .9(1), 4-17, 2018.

TYULKINA, Svetlana. **Militant Democracy: An Alien Concept For Australian Consutitional Law?** Adelaide Law Review, vol. 36, n. 2, p. 517-539, 2015a.

TYULKINA, Svetlana. **Militant Democracy: undemocratic political parties and beyond**. 1.ed. New York: Routledge, 2015b.

VAIDHYANATHAN, S. **Antisocial Media: How Facebook disconnects us and undermines democracy**. Oxford University Press, 2018.

VOETEN, Erik. **Are People Really Turning Away from Democracy?** Available at SSRN. Rochester, NY: Social Science Research Network, 8 dez. 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2882878. Acessado em: 06.04.2024

ZANATTA, Rafael, et al. **Fake News ambiência digital e os novos modos de ser**. Revista do Instituto Humanitas Unisinos - IHU. Nº 520, Ano XVIII, 23 abr. 2018. Disponível em: https://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao520.pdf. Acessado em: 04.04.24.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Rio de Janeiro: intrínseca, 2021 (ebook).

CONSTITUCIONALISMO E TENSÃO: PENSANDO O CENÁRIO DIGITAL COMO ESPAÇO DE EXERCÍCIO DEMOCRÁTICO

CONSTITUTIONALISM AND TENSION: CONSIDERING THE DIGITAL LANDSCAPE AS A SPACE FOR DEMOCRATIC EXERCISE

Luísa Guimarães Matheus[1]

RESUMO | O presente artigo tem como objetivo refletir acerca do constitucionalismo contemporâneo brasileiro, partindo da perspectiva de um fazer constitucional enquanto instância viva, sempre inacabada e que se dá na prática social. Nesse sentido, difícil seria escapar de uma reflexão sobre as novas formas que assumiu essa prática constitucional democrática, que passaram a perpassar, em grande medida, o cenário digital. Assim sendo, buscamos pensar não só as consequências objetivas dessa mudança, ou seja, dos fatores observáveis nos próprios movimentos sociais, mas, também, os efeitos mais sutis dessa transformação, que parece se dar na base mesmo da sociedade. Além disso, buscamos refletir, sobretudo, as formas contemporâneas de organização em rede – seja em sua dimensão mais evidente, qual seja, a internet, seja na forma mesmo em que se dão essas recentes organizações - e suas consequências para o fazer democrático. Porém, o que procuramos ao longo de nossa pesquisa, ao contrário de previsões fatalistas e estéreis, foi o mapeamento das potencialidades dessas novas formas de participação constitucional, lidando com suas problemáticas não como forma de condenar tais movimentos sociais a pura ineficiência, mas para impulsionar suas potências, colocando a própria teoria como partícipe no jogo democrático.

PALAVRAS-CHAVE | Constitucionalismo digital. Democracia. Organizações sociais em rede.

1 Graduanda em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). E-mail: luisa.gui.matheus@gmail.com

ABSTRACT | The present article aims to reflect on contemporary Brazilian constitutionalism, starting from the perspective of constitutional making as a living instance, always unfinished and occurring in social practice. In this sense, it would be difficult to escape a reflection on the new forms that this democratic constitutional practice has assumed, which have come to pervade, to a large extent, the digital landscape. Therefore, we seek to consider not only the objective consequences of this change, that is, the observable factors in the social movements themselves, but also the more subtle effects of this transformation. Additionally, we seek to reflect, above all, on the contemporary forms of network organization - whether in its most evident dimension, namely the internet, or in the very way these recent organizations emerge - and their consequences for democratic action. However, what we have sought throughout our research, unlike fatalistic and sterile predictions, was the mapping of the potentialities of these new forms of constitutional participation, dealing with their issues not as a way to condemn such social movements to pure inefficiency, but to boost their powers, placing theory itself as a participant in the democratic game.

KEYWORDS | *Digital constitutionalism. Democracy. Networked social organizations*

1. INTRODUÇÃO

Se nos deparamos com a inegável omissão e a insuficiência do Estado no século XIX e com a arbitrariedade do Estado paternal de Schmitt (Oliveira, 2017), hoje temos de lidar com a tensão constante entre materialização e formalidade da Constituição, que, mesmo contrários, não se contradizem, mas, ao invés disso, reclamam-se (NETTO, 2021). Tem-se, na modernidade, uma sociedade instável, que se pressupõe insatisfeita consigo mesma, na busca constante pelo crescimento, sendo a própria mudança sua forma de fundamentação e que parece ser deficiente naquilo que as chamadas "sociedades

primitivas" realizam com maestria: a inclusão, estabilidade, adaptação e felicidade (NETTO, 2021).

É essa insatisfação e, também, a complexificação constante da sociedade moderna, que fez surgir a necessidade de paradigmas tais como os direitos fundamentais, que exigem, ao mesmo tempo, uma igualdade, mas uma igualdade de diferentes: reconhecendo-se em suas diferenças, tornam-se iguais. A legitimidade do Estado, assim, encontra-se em tensão, uma vez que esses direitos, na medida em que incluem, promovem a exclusão - a delimitação de um direito é sempre uma delimitação também de seus titulares. Ou seja, estabelece-se mais um desafio moderno: a abertura necessária da conquista de direitos, que, ao revelarem a exclusão, abrem espaço para novas reivindicações (Netto, 2021).

Mais do que isso, o Estado tem de se manter aberto às novas configurações paradigmáticas da sociedade porque a própria realidade é sustentada por uma extensa camada de não dizeres, de preconceitos não racionalizados. É a tensão constante entre as demandas da integração sistêmica, em tendência de expansão, e a integração política que funciona como alicerce, não só para a Constituição, como para a própria sociedade. O reconhecimento de tal relação é o que permite o estudo do constitucionalismo escapar das abstrações excessivas e alicerçar-se nos entremeios complexos de uma sociedade concreta.

A Constituição, entendida enquanto instância viva, inaugura não uma solução final, mas, sim, a base sob as quais pensar os problemas. Enquanto escândalo, ela transforma hábitos antes corriqueiros em crimes repudiáveis (NETTO, 2021, p. 130), coloca sob uma nova perspectiva não só as bases nas quais opera o direito, mas o plano de fundo mesmo em que se dá a vida social. Ou seja, ela é instância que reinaugura o passado e, ao mesmo tempo, aponta para o futuro. É na abertura para um futuro sempre devir, na interpretação dialógica, no compartilhamento das concepções que são feitas a partir do texto constitucional, que se torna possível a harmonia de uma aparente contradição no direito: transformação e contenção, forma e efetividade.

Nessa perspectiva, torna-se difícil, para dizer o mínimo, sustentar uma ideia de constituição que só se efetiva quando é plenamente cumprida,[2] afinal, uma Constituição que nasce efetiva também já nasce morta (Netto, 2021). O constitucionalismo brasileiro, portanto, não poderia ser reduzido a uma história de fracassos, sendo a própria constituição uma promessa de transformações futuras, uma possibilidade que se abre mediante intensa participação popular (GOMES, 2019). E, para além disso, uma vez que inaugura um projeto e atualiza a história, o constitucionalismo não está restrito aos operadores do direito, aos políticos e legisladores, até porque, esses mesmos agentes não flutuam no espaço ideal abstrato, mas vivem concretamente, em uma sociedade dada, em um tempo histórico específico e, como tal, estão sujeitos aos seus condicionamentos. O constitucionalismo não aparece somente na lei, mas se dá, sobretudo, na imagem que a sociedade faz de si mesma, no projeto que ela tem para si.

Claro que essa visão de constitucionalismo não pretende carregar um otimismo ingênuo, que coloca o processo histórico social enquanto uma aprendizagem constante, sempre apontando para a justiça. Exatamente por saber situada a constituição em uma sociedade concreta, negligente seria ignorar as limitações dessa situação material. As tensões envolvidas nessa sociedade não fazem de seus partícipes cidadãos em igualdade de direito, pelo contrário. Em um sistema capitalista, o capital alimenta a si mesmo e, se agigantando, faz dos indivíduos instrumentos de si, de seu próprio movimento - os sujeitos participantes da democracia brasileira estão inseridos em

2 Destacamos, aqui, a crítica a tese do Constitucionalismo Simbólico de Marcelo Neves, feita por Gomes: "No fundo, ressalvada essa diferença e seu uso específico, o que perpassa todo o texto de Marcelo Neves é uma separação radical entre realidade e normatividade – para falar em termos habermasianos, entre 'facticidade e validade'. A 'realidade constitucional' é descrita como se totalmente desprovida de expectativas normativas internas, de idealidades imanentes. Acima dela, fora dela, paira um texto constitucional incapaz de produzir a partir de si concretização normativa, generalização de expectativas normativas diante dessa realidade bruta." (GOMES, 2017 p. 462). Para mais, conferir GOMES, David. F.. Para Uma Crítica à Tese da Constitucionalização Simbólica. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 12, n. 2, p. 442-471, 2017.

um sistema que os coloca a serviço do capital (ENGELS, 2023). Ou seja, não podemos partir de uma imagem ingênua, de cidadãos livres e em equidade de posição social para pensar o fazer democrático constitucional. Na medida em que se engajam democraticamente, o fazem, porém, sob condições de poder díspares, de acordo com o papel que ocupam na produção econômica-social, o que gera um grande desequilíbrio de forças no tensionamento democrático brasileiro.

Mais do que isso, além da crítica ao sistema econômico em que se desenvolve a sociedade brasileira, que aparece enquanto obstáculo à democracia constitucional, pode-se, ainda, questionar a forma mesmo em que se baseia a organização contemporânea desde seus primórdios. Afinal se a sociedade moderna é composta por dominados e dominadores, isso não é novidade histórica. Como entende Clastres, a própria formação de excedente em uma sociedade é sintoma de dominação - porque trabalhar mais para produzir aquilo que já não é mais necessário, a não ser que se trabalhe não para si, mas para outro, que o constrange para tanto? (CLASTRES, 2017). O excedente seria, porém, sintoma e não causa do domínio. O fundamento da dominação, portanto, estaria não na produção econômica da vida, mas na política.

> A relação política de poder precede e fundamenta a relação econômica de exploração. Antes de ser econômica, a alienação é política, o poder antecede o trabalho, o econômico é uma derivação do político, a emergência do Estado determina o aparecimento das classes. (CLASTRES, 2017, p. 174).

Recorrendo à análise de sociedades indígenas sul americanas, Clastres percebe que nas comunidades ditas de subsistência a negação do poder do chefe serviria justamente para manter o poder na própria sociedade. Ocupando o lugar do líder, eles se preveniriam de deixar nascer um verdadeiro chefe, que realmente comandasse, impusesse normas, externamente a própria sociedade. Por isso é que exigiam o discurso do "líder" sem, porém, escutá-lo: queriam afirmar que o

poder não estava ali (CLASTRES, 2017).[3] É no momento, portanto, que o poder se exterioriza do próprio corpo social que passa a haver dominadores e dominados. Nessa perspectiva, o próprio Estado é sinal de uma corrupção primeira do poder na sociedade. Sem adentrar extensamente, porém, no mérito de tal teoria, o que podemos tirar dela é que o Estado é um aparato de domínio por excelência, uma vez que externo a sociedade, ou seja, a sociedade não governa a si mesma, mas é governada.

Ao delinear esse quadro, porém, a intenção não é uma previsão fatalista, um decreto de falência da sociedade contemporânea, que, construída em uma organização de domínio, uma vez que o poder está no Estado, só poderia se salvar voltando para um passado longínquo e ignorando a história que se deu até aqui. Isso não só seria impossível, como seria uma aposta, no mínimo, pouco produtiva. O próprio Clastres afirma que o tipo de sociedade por ele analisada seria possível apenas em grupos demograficamente reduzidos e, definitivamente, uma demografia reduzida não é o quadro que se apresenta na atualidade.

A potência transformadora, porém, que pode estar na constatação dessa problemática é enxergar outras possibilidades de se fazer política, tentando aproximar o lugar do domínio à esfera dos dominados. Afinal, só é possível transformar a realidade social quando essa transformação se apresenta enquanto possibilidade, quando ela é, em primeiro lugar, imaginada. E entender o constitucionalismo enquanto instância viva, comunicacional, socialmente dado é uma forma de aproximar dominadores e dominados, retirando-o dos palácios abstratos da forma e recolocando-o no cotidiano da vida social.

3 "[...] o chefe não dispõe de nenhum poder de coerção, de nenhum meio de dar uma ordem. O chefe não é um comandante, as pessoas da tribo não têm nenhum dever de obediência. O espaço da chefia não é o lugar do poder, e a figura (mal denominada) do 'chefe' selvagem não prefigura em nada aquela de um futuro déspota" (CLASTRES, 2017, pag.180).

2. A INTERNET E A SOCIEDADE EM REDE

Se o constitucionalismo é tensão, é uma esfera viva do fazer democrático no seio da sociedade, entender as potências e problemáticas das formas pelas quais se dá esse fazer nos parece fundamental. Contemporaneamente, portanto, difícil seria escapar da reflexão acerca do espaço em que essas relações "tensionadas" encontram expressividade material em debates múltiplos: a internet. Isso porque, pensar as ferramentas tecnológicas em rede é pensar as formas de organização social e, em última instância, pensar o próprio constitucionalismo.

A concepção da internet enquanto esfera do fazer democrático deve passar, porém, por uma primeira análise fundamental: a medida em que ela é efetivamente utilizada em prol de movimentos e reivindicações sociais. Ou seja, a questão que se apresenta é: podemos, de fato, atribuir tamanha importância à esfera digital para a prática político-democrática?

Adiantando nossa conclusão para tal problemática, entendemos que, de fato, a internet se tornou um espaço de fundamental importância para a luta política. A abordagem que queremos propor, aqui, porém, não se refere somente aos fenômenos recentes que ocorreram ao redor de todo o mundo, no que diz respeito a questões como *Fake News*, eleições e a ascensão de candidatos de extrema direita. Apesar de muito relevantes para pensar as participações populares e os jogos políticos contemporaneamente, optaremos, porém, por uma abordagem que busca uma transformação mais anterior. Isso porque, acreditamos que os fenômenos recentes que colocaram a internet em voga no cenário político são resultados, na verdade, de uma mudança mais fundamental.

Assumimos que uma transformação na forma de produção capitalista se operou, qual seja: o centro gravitacional do trabalho passou a ser a produção imaterial. Isso significa que, no lugar do tradicional trabalho industrial, material, que tem como destino final um consumidor, surge a produção de um valor impalpável, produzido

no próprio fazer social (HARDT; NEGRI, 2005). A cadeia de produção, antes mais facilmente mapeada – produção-consumo - se torna agora dispersa em redes complexas (BRUNS, 2007).

A principal mudança dessa nova forma produtiva, enfatizam Hardt e Negri, é que seu pressuposto é imediatamente comum, socialmente compartilhado (HARDT; NEGRI, 2005). Ele produz ideias, sensações, relações e, em última instância, a própria esfera social. As formas de produção atuais (que, em última instância, são também a produção do próprio tecido social) passam a se configurar, assim, em redes autônomas, descentralizadas e não limitadas espacialmente ou temporalmente.

A *internet,* portanto, parece surgir enquanto instância privilegiada desse novo fazer social. Isso porque ela é uma organização em rede por excelência: não possui um centro específico, é horizontal, seu *locus* não é rígido, mas adaptável, e por isso, pode ser especialmente utilizada por esses movimentos que se sustentam sobre esse mesmo fundamento – fundamento não no sentido estático, mas no sentido de que funda, em um processo perpétuo e indefinido.

Partindo dessa perspectiva, entendemos que condenar ou enaltecer a internet, em si mesma, enquanto esfera de participação política já não parece fazer sentido. Isso porque, o espaço digital dá vazão a uma transformação que já se operou no seio social. A questão seria, portanto, entender essa nova dinâmica e sermos capazes de engajarmos em suas potencialidades.

2.1 O INÍCIO DO ENGAJAMENTO POLÍTICO NA INTERNET: SUAS POTENCIALIDADES

Um importante período para pensarmos as potencialidades de engajamento político na internet é aquele entre 2010 e 2013, em que ocorreram movimentos como a emblemática Primavera Árabe, *Occupy Wall Street*, *Indignadas, na Espanha,* e mesmo as manifestações de julho de 2013, no Brasil. Não que tenham sido as primeiras

manifestações a fazer da internet um espaço e instrumento de luta política, mas foram, pode-se dizer, aquelas que pela primeira vez trouxeram, de forma massiva, a atenção mundial para essa forma de engajamento político que se vale de meios digitais. Esses movimentos reúnem entre si certas características: se deram em uma forma de organização horizontalizada e descentralizada, sem líderes definidos e sem um plano completamente definido previamente, se valendo de plataformas digitais para transformar a indignação em luta política (CASTELLS, 2015).

Essas características aparecem, por exemplo, nas revoltas tunisianas de 2011. Em dezembro de 2010, Mohamed Bouazizi ateia fogo em si mesmo, em frente a um prédio governamental, em uma ação desesperada contra o confisco reiterado de sua banca de frutas e vegetais, que ocorria por ele se negar a pagar suborno aos policiais (CASTELLS, 2015). Apenas algumas horas depois de seu ato de protesto, centenas de pessoas ocupavam a frente do mesmo prédio. O primo de Mohamed filmou a manifestação e postou na internet, o que viralizou em poucas horas e gerou uma onda de revoltas que se estendeu, não só por todo o país, mas por todo o mundo árabe. O papel da internet foi essencial em todas essas revoltas, com destaque para páginas como *Al Jazeera*, que distribuía vídeos, textos e informações coletadas e disponibilizadas pelos próprios protestantes. (CASTELLS, 2015).

Já em Madrid, podemos constatar, novamente, um movimento social impulsionado e organizado em grande parte pelas plataformas digitais. De um grupo no *Facebook* de alguns cidadãos de Madrid, intitulado "Plataforma de coordenação de grupos pró mobilização cidadã", o movimento *Indignadas* se tornou uma influência não só para a Europa, mas se estendendo até mesmo aos Estados Unidos. Eles ocuparam uma emblemática região da cidade, *Puerta del Sol*, e convocaram, principalmente por meio do *Twitter*, cada vez mais pessoas para ali permanecerem (CASTELLS, 2015).

Outro movimento exemplar dessa nova configuração de engajamento político foi o *Occupy Wall Street*. Sem nenhuma liderança central, sem uma organização vertical e hierárquica, os ocupantes

encontraram na internet um espeço não só de promoção do movimento, como de organização dele. Foi por meio de blogs como *Adbusters, AmpedStatus* e *Anonymous* que os chamados para a ocupação eram publicados e posteriormente compartilhados no FaceBook e Twiiter (CASTELLS, 2015). Os ocupantes tomavam a maior parte de suas decisões na Assembleia Geral, um exemplo de funcionamento de democracia direta, baseada em discussões e em ampla participação – as votações se davam sempre após debates em que não havia líderes ou representantes. A internet era usada para levar as discussões e inclusive as votações para além dos acampamentos. Podemos destacar ainda outros movimentos que congregam características semelhantes, que atestam a importância da internet, como na revolução egípcia e as manifestações que ocorreram em julho de 2013, no Brasil.[4]

A importância de voltarmos, novamente, a atenção para esses movimentos é que eles indicam uma possibilidade, um caminho sempre aberto de engajamento. Isso porque, eles aproveitam de características que até hoje perduram nos movimentos sociais e, na verdade, na própria produção da vida social: o caráter dinâmico, descentralizado, horizontal e participativo. A questão é que, mesmo que tenham se dado há mais de uma década, eles apontam possibilidades para o fazer político ainda hoje, afinal, reiteramos, a relevância que assumiu a internet em quase todas as formas de interação social não se deve simples e puramente à inovação tecnológica que trouxe. Essa tecnologia assumiu tal relevância porque carregava – e carrega – características que ressoavam com mudanças que já se operavam no seio da sociedade.

4 "De forma confusa, raivosa e otimista, foi surgindo por sua vez essa consciência de milhares de pessoas que eram ao mesmo tempo indivíduos e um coletivo, pois estavam – e estão - sempre conectadas, conectadas em rede e enredadas na rua, mão na mão, tuites a tuites, post a post, imagem a imagem. Um mundo de virtualidade real e realidade multimodal, um mundo novo que já não é novo, mas que as gerações mais jovens veem como seu. Um mundo que a gerontocracia dominante não entende, não conhece e que não lhe interessa, por ela encarado com suspeita quando seus próprios filhos e netos se comunicam pela internet, entre si e com o mundo, e ela sente que está perdendo o controle." (CASTELLS, 2013, p. 145)

O fato de podermos encontrar as mesmas características dos movimentos de 2010-2013 naqueles que ainda estão se desenrolando nos dias atuais atesta tal tese. Destacamos, aqui, o movimento VAT, que, no momento de escrita desse artigo, ainda não mostrou os contornos finais de suas consequências, mas já demonstrou que a pressão política e a organização digital podem alcançar resultados efetivos. Foi a partir de um vídeo publicado por Rick Azevedo, no *TikTok*, no dia 13 de setembro, que o movimento Vida Além do Trabalho obteve seu gatilho inicial. No vídeo, Rick compartilhava sua indignação e exaustão trabalhando na escala 6x1, ou seja, 6 dias de trabalho para 1 dia de folga. Ele comenta: "quando é que nós, da classe trabalhadora, iremos fazer uma revolução nesse país, relacionada a escala seis por um. [...] é uma escravidão moderna!" (ESTOU REVOLTADO!, 2024). Em poucas horas, o vídeo viralizou na plataforma. Rick, vendo a repercussão que sua fala alcançou, decidiu criar um grupo no *WhatsApp* com todos aqueles que vinham pelo vídeo demonstrar seu apoio e que queriam também fazer algo a respeito, para decidirem, juntos, os próximos passos. A partir dessa comunidade no *WhatsApp*, começa a ser construído o movimento VAT. A partir daí, é criado uma petição on-line reivindicando o fim da escala 6X1 que, já na primeira semana, alcança 50.000 assinaturas e que, no momento em que está sendo escrito esse artigo, conta com quase três milhões de assinaturas.[5] O movimento, a partir da deputada federal Erika Hilton, consegue, após grande pressão pública, o número suficiente de assinaturas para fazer tramitar no Congresso uma Proposta de Emenda à Constituição, que estabelece a duração do trabalho de até oito horas diárias e 36 semanais, com jornada de quatro dias por semana e três de descanso (MIRANDA, 2024) e, no presente momento, está em vias de ser apresentada oficialmente.

O que conecta essas novas formas de engajamento político, tanto aqueles que se iniciaram em 2010, quanto o que vemos ainda em curso é que são indicativos de uma mudança na forma de se produzir

5 A petição pública pode ser conferida em: https://peticaopublica.com.br/pview.aspx?pi=BR135067

política, cultura, conexões. Um novo fazer constitucional, portanto, se apresenta. Reconhecer as problemáticas e potências dessa situação recente é tarefa urgente para uma teoria constitucional que se coloca como partícipe no jogo democrático, como potência no tensionamento político social. O que parece, porém, ineficaz, é continuarmos insistindo na inoperosidade do espaço digital, que, no máximo, seria capaz de gerar extremismos reacionários e impossibilitar diálogos. Pensar o sempre aberto constitucionalismo brasileiro é também se colocar como agente do jogo democrático e, portanto, reconhecer e potencializar "as fogueiras já existentes, tornando novamente as ideias perigosas". (MATOS, 2016, p. 49 *apud* DEBORD).

2.2 INTERNET E SUAS PROBLEMÁTICAS

Vale lembrar, porém, que o espaço digital não é *locus* autônomo, livre de influências políticas exteriores, ou de controles mercadológicos, em que as plataformas funcionariam somente enquanto mediadoras de conexões entre os usuários. Empresas como Alphabet/Google e Meta/Facebook não podem ser entendidas como mediadoras neutras. Campanhas como o movimento "*Stop Hate for Profit*", que promoveu o boicote de marcas, pressionando as plataformas para a adoção de medidas contra discursos de ódio (D'ANDRÉA, 2022, pag. 13), parece indicar o poder que tais empresas assumiram no cenário contemporâneo, em que sua atuação adquire consequências práticas e efetivas na realidade social.

Apesar disso, em discurso proferido em fevereiro de 2017, Mark Zuckerberg insiste nessa narrativa: "Em tempos como estes, a coisa mais importante que podemos fazer no *Facebook* é desenvolver a infraestrutura social para dar às pessoas o poder de construir uma comunidade global que funcione para todos nós" (D'ANDRÉA, 2022, pag. 1). Longe de ser somente intermediárias, pode-se dizer que essas plataformas assumiram papel de protagonistas nessa nova fase do capitalismo global. Tendo em vista apenas a influência da internet nas

eleições tanto de Donald Trump, em 2016, quanto de Bolsonaro, em 2018, podemos constatar o alcance e a importância ativa da operação dessas plataformas.[6]

Empoli demonstra, por exemplo, como a *Fake News* que disseminava dúvidas quanto a natalidade de Obama foi fator essencial para alavancar a carreira política de Donald Trump (EMPOLI, 2019). Ao questionar se Obama teria, de fato, nascido nos Estados Unidos, Trump reveste de um argumento legalista algo que ressoa, porém, com o ressentimento de alguns eleitores brancos do interior do país por ter de reconhecer um presidente negro (EMPOLI, 2019). Aproveitando dos algoritmos das redes sociais, que impulsionam conteúdos com base quase exclusiva no engajamento que geram (e a raiva, a indignação, são reações que engajam), Trump conseguiu se promover com base em notícias que não provocavam a população por sua veracidade, mas provocavam por terem como pano de fundo ressentimentos até então contidos, pouco importando se baseados em fatos verdadeiros ou não, portanto.

No Brasil, a campanha política de Bolsonaro se valeu da compra de milhares de números telefônicos para disseminar mensagens reacionárias e *Fake News* no *WhatsApp* (EMPOLI, 2019). Em estudo realizado sobre a propagação de notícias falsas nas eleições de 2018, constatou-se que "Jair Bolsonaro foi o maior beneficiado, direta ou indiretamente, pela distribuição de fake news, enquanto Lula/Haddad os principais prejudicados. [...]a maioria das fake news foi classificada como pró-Bolsonaro" (DOURADO, 2020).

Esse tipo de promoção política é bem-sucedida porque os algoritmos funcionam para a retenção e engajamento máximos do usuário. Como deixa claro o ex-funcionário do YouTube, Guillaume

6 "Nos Estados Unidos, por trás da aparente simplicidade da campanha de baixo custo de Donald Trump havia também técnicas psicométricas da Cambridge *Analytica* e, sobretudo, a capacidade de se alavancar nas funcionalidades mais inovadoras do *Facebook* graças a uma equipe de técnicos mobilizados pela empresa (que a campanha de Hillary recusara). No Brasil, os comunicadores a serviço do candidato ultranacionalista Jair Bolsonaro driblaram os limites impostos aos conteúdos políticos no *Facebook* comprando milhares de números de telefone para bombardear quem utiliza o WhatsApp com mensagens e *fake news*." (EMPOLI, 2019, p. 59).

Chaslot, na medida em que explica "de que maneira o algoritmo da plataforma, responsável por 70% dos vídeos assistidos, foi concebido para impulsionar o público na direção dos conteúdos mais extremos, maximizando o nível de engajamento até seus limites" (EMPOLI, 2019). O extremismo engaja porque gera revolta, indignação, raiva. Porém, essas não são as únicas consequências que a indignação pode gerar.

Empoli acaba por enxergar no espaço digital somente a impossibilidade de uma construção política de ideais que promovam mudanças positivas, que dê voz não só a grupos reacionários extremistas, mas a população no geral que poderia, a partir desse espaço, construir diálogos. Isso justamente pela constatação de que essas plataformas digitais promovem a raiva, a indignação, porque funcionam para o engajamento, para reter a atenção. Esses sentimentos, porém, não estão limitados a gerar uma política do caos, de inimigos, de supressão de direitos e de esmagamento de minorias. A questão é que a indignação é um dos principais elementos para a transformação social. Como ressalta Castells:

> "Thus, the second condition for individual experiences to link up and form a movement is the existence of a communication process that propagates the events and the emotions attached to it. The faster and more interactive the process of communication is, the more likely the formation of a process of collective action becomes, rooted in outrage, propelled by enthusiasm and motivated by hope." (CASTELLS, 2015)

O próprio Empoli, na verdade, parece entender isso:

> "Claro, é um mundo anárquico, composto de comunidades difíceis de controlar e impregnado de uma cultura frequentemente misógina e hiperviolenta, ao menos na dimensão cibernética. No entanto, é para lá que se transferiu uma parte significativa da energia que faz com que os jovens

> sejam, historicamente, a plataforma dos tumultos e das revoluções. Muitos pensam que essa energia se dissipou e desapareceu. Na verdade, ela ainda está por aí. Basta saber interceptá-la para, depois, canalizá-la na direção da política." (EMPOLI, 2019)

Temos de ir em busca, portanto, dessa juventude que parecia adormecida, ali onde ela expressa sua indignação e cólera, onde ela imprime, finalmente, o caráter revolucionário da juventude. A questão, então, seria canalizar os sentimentos potentes promovidos pelos algoritmos para uma verdadeira transformação social, assumir, por vez, a internet como espaço de disputa política e participar da disputa.

Ou seja, apesar dos espaços digitais serem intermediados por plataformas que buscam o lucro, não há como negar que, apesar de majoritário, o poder dessas *Big techs* não é absoluto: os movimentos sociais estão, a todo momento, pressionando sua forma de operacionalização, seja cobrando posturas ativas das plataformas, seja exigindo maior transparência. Além de "*Stop Hate for Profit*", pode-se citar, ainda, o movimento "*Sleeping Giants*" que, ainda em 2016, pressionou pela divulgação de vínculos comerciais entre empresas e sites que compartilhavam conteúdos de desinformação. "A escalada dessa e de outras formas de pressão pública culminou, nas palavras de Marvin e Meisel (2017), em uma 'verdadeira crise' no ecossistema composto por anunciantes, agências, veículos e vendedores de anúncios" (d'Andréa, 2022, pag. 12).

Nesse mesmo sentido, como bem nos lembra Castells:

> Os atores da mudança social são capazes de exercer influência decisiva utilizando mecanismos de construção do poder que correspondem as formas e aos processos do poder na sociedade em rede. Envolvendo-se na produção de mensagens nos meios de comunicação de massa e desenvolvendo redes autônomas de comunicação horizontal, os cidadãos

> da era da informação tornam-se capazes de inventar novos programas para suas vidas com as matérias-primas de seu sofrimento, suas lágrimas, seus sonhos e esperanças. Elaboram seus projetos compartilhando sua experiência. Subvertem a prática da comunicação tal como usualmente se dá, ocupando o veículo e criando a mensagem. Superam a impotência de seu desespero solitário colocando em rede seu desejo. Lutam contra os poderes constituídos identificando as redes que os constituem. (CASTELLS, 2013, p. 145)

Ou seja, o que queremos enfatizar é que, apesar de assumirem papéis de extrema relevância, as *Big Techs* não são os únicos agentes do novo fazer democrático e, nem mesmo, são imunes à organização civil. Ao contrário, são impelidas a responderem às demandas que emergem socialmente, tendo em vista o impacto que essas plataformas geram em quase todas as esferas sociais, deixando de serem infraestruturas no sentido clássico, caracterizadas por sua progressiva invisibilização,[7] emergindo, ao contrário, como um agente expressivo, alvo de opiniões e críticas (D'ANDRÉA, 2022).

E, não só, se a internet se tornou espaço fundamental para se fazer política, que produzamos ali também nossas narrativas, e que ouçamos as vozes que dali ressoam. Hardt e Negri defendem que "precisamos produzir novas verdades, que podem ser criadas somente por meio de singularidade em redes se comunicando e estando juntos" (HARDT; NEGRI, 2014, pág. 56), mas não tomamos por certa a solução que eles oferecem, a de que precisamos, antes, "desprender nossa atenção da tela". Se precisamos produzir outra verdade, talvez seja um melhor caminho que a produzamos em todos os espaços,

7 "A partir de contribuições da Antropologia, Sociologia, História e, mais recentemente, dos estudos de Comunicação e de Mídias, as infraestruturas passam a ser analisadas não mais como construtos físicos duradouros de larga escala feitos com a intenção de serem invisibilizados, mas em sua dimensão relacional (STAR & RUHLEDER, 1995), isto é, como resultados das articulações entre múltiplas materialidades e práticas a partir das quais se (re)organizam relações cotidianas diversas - relações de trabalho, afetivas, econômicas etc." (D'ANDRÉA, 2022, pag. 3)

assumindo, por fim, as redes em que já estamos inseridos enquanto espaço político.

3. CONCLUSÃO

O constitucionalismo já não pode mais ser concebido como instância abstrata, demasiadamente formal, que se coloca *sobre* e não *na* sociedade, seja pelo progresso feito até aqui no pensamento constitucional, seja porque a materialidade do fazer democrático se impõe a uma teoria que se queira minimamente coerente com a realidade. Assim, analisar as potencialidades e problemáticas desse fazer democrático, que é sempre constante, que nunca pode encerrar em si mesmo, é tarefa fundamental para pensarmos produtivamente o constitucionalismo.

A partir dessa perspectiva, portanto, duas posições aparecem de maneira mais clara: o pessimismo teórico que, mesmo reconhecendo a necessidade da abertura, se recusa a legitimar como essa abertura está se dando na prática, no dia-a-dia social; e, ainda, aquela que, negando qualquer crítica, não é capaz de contribuir para o jogo democrático, deixando os movimentos sociais à sorte de si mesmos - uma perspectiva que fecha o campo teórico e o âmbito prático da luta em categorias herméticas, não percebendo que mesmo a teoria é prática, é agente de mudança. Já aquela primeira posição, apesar de reconhecer a tensão necessária ao constitucionalismo, acaba por não dar conta de entender as potencialidades de como essa tensão se constitui materialmente, ao idealizar uma forma específica de se fazer a democracia, e exigir dos movimentos sociais aquilo que essa perspectiva, acertadamente, não exige do próprio constitucionalismo: que eles já nasçam prontos, completos.

O que buscamos nesse artigo, portanto, foi analisar o fazer democrático atual, sem ignorar suas problemáticas, nos colocando como agentes atuantes no tensionamento típico de uma sociedade que se quer democrática; porém, também não condenando as novas

formas que se apresentam a participação constitucional a uma esterilidade integral. Nos colocando sob essa perspectiva, pareceu urgente refletimos sobre a participação democrática na internet, suas potências e desafios, já que, cada vez mais, falar de democracia também é falar desse novo plano de fundo técnico-social.[8]

Tais organizações em rede, que se manifestam de maneira mais clara digitalmente, parecem ir, porém, para além desse espaço, aparecendo enquanto uma nova forma organizacional. Essa mudança é reflexo de uma profunda transformação social, desde o processo de subjetivação do indivíduo, até a forma como esse mesmo indivíduo irá impactar o processo coletivo democrático. A partir disso, pode-se perceber uma transfiguração dos movimentos reivindicatórios brasileiros, que parecem tender a uma organização horizontalizada e descentralizada. Como qualquer prática social, essa nova configuração carrega problemas a serem identificados. Mas isso não significa que essas problemáticas condenem os atuais movimentos sociais a pura ineficiência ou, ainda, que a única forma de contornar essas controvérsias seria abandonando aquilo que os faz contemporâneo, novo, e, portanto, pertinente ao seu próprio tempo.

Continuar apegado às velhas formas de se fazer política, de se pensar o constitucionalismo, o direito, a sociedade é cair também no erro da identidade que insiste por se reafirmar, sem se permitir ao outro, sem se agenciar de forma diferente, é se apegar ao absoluto. Afinal, afirmar que a contemporaneidade só seria potente se deixasse

8 Para entender a noção de plano de fundo assumido pelas ferramentas da internet, remetemos a noção de técnica enquanto provocadora de um certo desvelamento das potências da realidade operada pelo homem: "Assim entrelaçado, como convocante e convocado, o homem se posiciona diante das coisas do mundo, pela manifestação ambígua da técnica, de revelação e encobrimento"(CAETANO; FISCHER, 2016, pag. 124); e, ainda: "o papel ambivalente do homem em constante interação com a natureza, na busca da compreensão não apenas da essência da técnica, mas, por meio dela, de sua própria essência."(CAETANO; FISCHER, 2016, pag. 124). Ou seja, nessa perspectiva, nos parece que se espantar ingenuamente ou temer pessimistamente os desenvolvimentos tecnológicos, é entender equivocadamente a técnica em si mesma, já que ela se volta, em última instância, para os limites do próprio ser humano, ela é plano de fundo.

de ser justamente aquilo que é também é uma forma de se proteger do *outro* e, portanto, da mudança. Novas formas se colocam diante de nós e se rebelar contra essas formas – em um sentido negativo, se fechando em si mesmo - é também se fechar para a potência disruptiva do novo.

REFERÊNCIAS

BRUNS, Axel. Produsage, Generation C, and their Effects on the Democratic Process. In MIT5: **Media In Transition**: Creativity, Ownership and Collaboration in the Digital Age. Massachusetts Institute of Technology, United States of America, Massachusetts, Cambridge, 2007. p. 1-26.

CASTELLS, Manuel**. Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CASTELLS, Manuel**. Networks of outrage and hope :** social movements in the Internet age. Malden: Polity Press, 2015.

CLASTRES, Pierre**. A sociedade contra o Estado**. São Paulo: Ubu Editora, 2017.

D'ANDRÉA, Carlos. **Plataformas infraestruturais e dinâmicas desinformativas**: apontamentos e desafios de pesquisa.2022. *Trabalho apresentado no* 45º Ciclo de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, João Pessoa, 2022.

DOURADO, Tatiana Maria Silva Galvão; **Fake News Na Eleição Presidencial De 2018 No Brasil.** 2020. Tese (Doutorado em Comunicação e Cultura Contemporâneas - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

ENGELS, Friedrich. **Do Socialismo utópico ao Socialismo científico**. Tradução de Roberto Gold Korn. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2023.

EMPOLI, Giuliano Da. **Os engenheiros do caos.** Tradução de Arnaldo Bloch. São Paulo: Vestígio, 2019.

ESTOU REVOLTADO! COM ESSA ESCALA 6X1 (O INÍCIO DE TUDO). Rick Azevedo. [S.l.: s.n.], 2024. 1 vídeo (1 min). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=khap-kk5ybU

FISCHER, Sandra; CAETANO, Kati. ELA, NÓS: tecnologia, afeto e sociabilidades na contemporaneidade. **Galaxia**, São Paulo, 2016, n. 33, p. 119-130, set./dez. 2016. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/198225542016227780

GOMES, David. F.. Para Uma Crítica à Tese da Constitucionalização Simbólica. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 12, n. 2, p. 442-471, 2017.

GOMES, David. F.. "Sobre nós mesmos": Menelick de Carvalho Netto e o Direito Constitucional brasileiro pós-1988. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 21, n. 36, p. 113-161, jul./dez. 2019.

GOMES, David F. L**..** Brasil, 2020: tentativa de diagnóstico**. Revista de Ciências do Estado**. Belo Horizonte: v. 6, n. 1, e28895. ISSN: 2525-8036.

GOMES, David F.. Constitucionalismo e dependência: em direção a uma Teoria da Constituição como Teoria da Sociedade. *In:* CUNHA, João Ricardo (org.). **Teorias Críticas e Crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020. p. 149-187

GOMES, D. F.. La pérdida de centralidad de la comunicación escrita y los riesgos para la democracia. *In*: CINCA, C. Diego Martínez; SCIVOLETTO, G.. **Estado de derecho y legitimidad democrática**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Sur, 2021. p. 209-233

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. Rio de Janeiro: Record, 2005.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Estado de exceção, desobediência civil e desinstituição**: por uma leitura democrático-radical do poder constituinte / State of exception, civil disobedience

and des-institution: towards a radical-democratic reading of the constituent power. Revista Direito e Práxis, [S. l.], v. 7, n. 4, p. 43–95, 2016. DOI: 10.12957/dep.2016.19953. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/19953. Acesso em: 18 nov. 2024.

MIRANDA, Tiago; Proposta de redução da jornada de trabalho e fim da escala 6x1 gera debates no Plenário da Câmara. In**: Agência Câmara de Notícias**. [S. l.], 12 nov. 2024. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/1110526-proposta-de-reducao-da-jornada-de-trabalho-e-fim-da-escala-6x1-gera-debates-no-plenario-da-camara

NETTO, M. d.. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos Direitos Fundamentais. *In:* NETTO, M. d., **Teoria da Constituição e Direito Constitucional, escritos selecionados**, Volume I. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 89-108

OLIVEIRA, M. A.. Origens da Teoria da Constituição na passagem do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social. In: OLIVEIRA, M. A., **Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição**. Belo Horizonte: Arraes editores, 2017. p. 8-5

OS LIMITES DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DISSEMINAÇÃO DOS DISCURSOS DE ÓDIO NO CONTEXTO DAS REDES SOCIAIS

THE LIMITS OF THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION AND THE DISSEMINATION OF HATE SPEECH IN THE CONTEXT OF SOCIAL NETWORKS

João Paulo Reis de Deus[1]

Eloá Leão Monteiro de Barros[2]

Vinicius Marques Vieira[3]

RESUMO | O presente artigo tem como objetivo analisar as limitações constitucionais da liberdade de expressão no âmbito virtual, com o propósito de verificar se tais restrições asseguram a proteção dos direitos fundamentais e da dignidade dos usuários. Prevalece a vertente metodológica jurídico-dogmática, pela coleta de dados em fonte bibliográfica e documental, utilizando-se como referencial teórico a compreensão de que as expressões públicas de ódio são espécies de crime de ódio (WALDRON, 2012). Conclui-se que a limitação normativa existente se mostra insuficiente dentro do âmbito das redes sociais. Embora a liberdade de expressão seja um importante mecanismo de manutenção da democracia, não é um direito absoluto, devendo o discurso de ódio ser limitado por meio de uma regulamentação específica, a qual não deve ser equivocadamente interpretada como censura.

1 Mestre em Direito pelo PPGD da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Faculdade Doctum – João Monlevade/MG. Brasil. E-mail institucional: prof.joão.reis@doctum.edu.br.

2 Mestra em Direito pelo PPGD "Novos Direitos, Novos Sujeitos" da Universidade Federal de Ouro Preto. Professora da Faculdade Doctum – João Monlevade/mg. Brasil. E-mail institucional: prof.eloa.barros@doctum.edu.br.

3 Graduando em Direito pela Faculdade Doctum – João Monlevade/MG. Brasil. E-mail institucional: aluno.vinicius.marques@doctum.edu.br.

PALAVRAS-CHAVE | Liberdade de expressão. Discurso de ódio. Redes sociais.

ABSTRACT | *This article aims to analyze the constitutional limitations of freedom of expression in the virtual environment, with the purpose of verifying whether such restrictions ensure the protection of the fundamental rights and dignity of users. The legal-dogmatic methodological aspect prevails, by collecting data from bibliographic and documentary sources, using as a theoretical framework the understanding that public expressions of hatred are types of hate crime (WALDRON, 2012). It is concluded that the existing normative limitation is insufficient within the scope of social networks. Although freedom of expression is an important mechanism for maintaining democracy, it is not an absolute right, and hate speech must be limited through specific regulations, which should not be mistakenly interpreted as censorship.*

KEYWORDS | *Freedom of speech. Hate speech. Social media.*

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho, buscou-se abordar a discussão sobre os limites do direito fundamental à liberdade de expressão no âmbito das redes sociais, onde a livre manifestação de pensamento é exercida de forma desenfreada. Por diversas vezes, o abuso no exercício desse direito pode ocasionar a disseminação de discursos de ódio, que, por sua vez, violam a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas ou grupos envolvidos.

Nessa perspectiva, tem-se o questionamento se as limitações normativas existentes no ordenamento jurídico brasileiro são suficientes para garantir a proteção dos direitos fundamentais, assim como prevenir potenciais abusos e excessos cometidos por parte dos usuários nas plataformas digitais. Dessa forma, o objetivo geral do trabalho foi analisar as limitações constitucionais da liberdade de expressão no âmbito das redes sociais, com o propósito de verificar

se tais restrições asseguram a proteção dos direitos fundamentais, enfatizando a privacidade, a honra e a dignidade humana dos usuários.

A hipótese é que, diante do crescimento exponencial do uso das redes sociais, a complexidade para identificar os usuários em razão da criação de perfis falsos e do anonimato, denota-se a dificuldade enfrentada pela legislação do país para combater declarações que violam os direitos humanos no ambiente virtual. Dessa forma, é necessária uma regulamentação infraconstitucional das mídias sociais, para que se possa reparar os danos causados às vítimas, assim como evitar a proliferação de discursos de ódio.

Para a realização desse estudo, prevaleceu na pesquisa a vertente metodológica jurídico-dogmática, de caráter eminentemente teórico e interpretativo, pela compreensão e coleta de dados em fonte bibliográfica e documental. Justifica-se a pesquisa pela importância de se proteger os direitos fundamentais e a dignidade humana no âmbito das redes sociais, em razão da dificuldade de se delimitar os abusos cometidos pelos usuários no exercício da liberdade de expressão.

Dentre os objetivos específicos, inicialmente perquiriu-se sobre a importância democrática da liberdade de expressão e a sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, definiu-se o conceito de discurso de ódio, utilizando-se como marco teórico os estudos desenvolvidos por Jeremy Waldron (2012). Segundo o autor, é necessária a regulamentação jurídica do discurso por meio da imposição de limites aos chamados discursos de ódio, por incitarem comportamentos violentos contra indivíduos que pertencem a determinada minoria social.

No terceiro tópico, utilizando-se como exemplo o imbróglio entre o Poder Judiciário brasileiro e o Telegram, buscou-se dimensionar os obstáculos para a correta identificação dos usuários diante da manifestação de discursos de ódio. Por fim, diante das fundamentações apresentadas, foram discutidas as diferenças entre uma possível regulamentação das mídias sociais – a partir da limitação dos discursos de ódio – e a censura.

Concluiu-se, então, que, em inúmeras ocasiões, a violação dos limites da liberdade de expressão nas plataformas de mídia digital resulta na disseminação de discursos de ódio e na intolerância, seja ela de natureza religiosa, racial, de gênero, capacitista ou direcionada a qualquer outra minoria. Em decorrência da lacuna normativa verificada no âmbito cibernético, além do aumento exponencial das interações interpessoais nas redes sociais, a necessidade dessa proteção se mostrou incontestável.

Dessa forma, considerando o alcance global e a velocidade exponencial de propagação de informações no ambiente virtual, a liberdade de expressão nas redes sociais demanda regulamentação, embora o método de implementação deva ser amplamente debatido, em razão dos possíveis desafios a serem enfrentados, como a preocupação com censura estatal. Apesar das complexidades, uma adaptação legislativa inovadora é necessária para regulamentar de forma eficaz o uso das redes sociais, sem prejudicar o aspecto prático ou econômico das plataformas digitais.

2. A IMPORTÂNCIA DEMOCRÁTICA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Após o período de instabilidade política no Brasil, no ano de 2022, tornou-se evidente a existência de uma polarização ideológica intensa, tanto em debates presenciais quanto virtuais. Em virtude desse contexto, surgiu uma ampla discussão acerca dos limites da liberdade de expressão e da legitimidade da criminalização dos discursos de ódio.

Inicialmente, importante compreender que a liberdade de expressão é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), cujo fundamento principal encontra-se no artigo 5º, inciso IV, pelo qual: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" (BRASIL, 1988). Além disso, existem outros dispositivos constitucionais que asseguram e definem a liberdade de

expressão, como o artigo 220 do mesmo texto legal, que dispõe que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição" (BRASIL, 1988).

Ressalta-se, ainda, que o direito à livre manifestação de pensamento conceitua-se de maneira a favorecer a liberdade expressiva de opinião (artigo 5º, IV, CF/88), artística (artigo 5º, IX, CF/88), religiosa (artigo 5º, VI, CF/88), cultural (artigo 215, CF), educacional (artigos 206, II e 206, III, CF) e do acesso à informação (artigo 5º, XIV, CF/88). Diante disso, é nítido a ênfase constitucional que o legislador atribui ao reconhecimento e à proteção da livre manifestação do pensamento, assim como da sua importância para a manutenção da democracia brasileira.

Além de sua relevância constitucional, a liberdade de expressão mostra-se importante para assegurar um vínculo transparente e verdadeiro entre os cidadãos. Essa influência sociológica da livre manifestação de pensamento está diretamente relacionada à necessidade de a sociedade não estar presa às ideologias políticas ou à mercê de pensamentos autoritários. Segundo Durkheim (1898), em seu artigo "O individualismo e os intelectuais", a razão humana não deve se constranger na presença das autoridades políticas. Em harmonia com este tema, outro pensador sobre o assunto, John Rawls, em sua obra "*Political Liberalism*" (1993), entende que as liberdades políticas não podem ser negadas a um determinado grupo social em razão de uma força governamental que impõe os seus próprios valores.

No Brasil, o conceito de liberdade de expressão tem sua origem, primeiramente, na Constituição do Império, redigida em 1824, dois anos após a independência do país:

> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brazileiros (sic), que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

> IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos (sic), e publical-os (sic) pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem (sic) no exercício deste Direito, nos casos, e pela fórma (sic), que a Lei determinar.
> V. Ninguém póde (sic) ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda (sic) a Moral Publica. (BRASIL, 1824).

Todavia, com a inauguração do período do "Estado Novo", de Getúlio Vargas, em 1937, a previsão da liberdade de expressão foi extinta do ordenamento jurídico brasileiro, tendo o seu retorno apenas na Constituição de 1946. Já no Regime Militar, inicialmente, não houve a exclusão do dispositivo jurídico referente à livre manifestação do pensamento, previsto na Constituição de 1967. Contudo, com o avanço da ditadura, e com a promulgação do Ato Institucional nº 5 (AI-5)[4], a livre expressão de qualquer discurso político foi censurada de acordo com os padrões da ordem pública da época.

Em relação ao AI-5, entende-se que este ato tinha como objetivo o controle de informações e o estabelecimento de sanções aos opositores do governo. Em resposta a esse período autoritário, promulgou-se a Constituição de 1988, que visa garantir os direitos e garantias fundamentais, tal como a livre manifestação do pensamento.

Sendo assim, no que diz respeito à relação estabelecida entre democracia e liberdade de expressão, é possível destacar a tensão desses princípios durante toda a história política do Brasil. Em razão dos antecedentes autoritários, como por exemplo nos períodos

4 Ato Institucional Nº 5, de 13 de dezembro de 1968 – Preâmbulo – "São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências." –. Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política; (BRASIL, 1968).

correspondentes à Era Vargas (1930-1945) e a Ditadura Militar (1964-1985), a liberdade era contestada por indivíduos e grupos políticos tendo como base motivações governamentais, e, consequentemente, estatais, mas sem qualquer resquício democrático ou de consulta popular, sendo controlados por fundamentos políticos e morais do governo atuante no poder.

No entanto, em uma democracia sob a jurisdição constitucional, nenhum princípio jurídico é absoluto. O que quer dizer que até mesmo o direito à liberdade de expressão está sujeito a restrições. Nessa perspectiva, o discurso de ódio, conhecido como "*hate speech*" em inglês, o qual também será abordado de maneira mais específica no segundo tópico deste artigo, trata-se de declarações e/ou alegações que, em sua maioria, contêm preceitos discriminatórios, direcionados principalmente a grupos minoritários, com a intenção de injuriar ou difamar o indivíduo ou o grupo em que ele está inserido.

Portanto, ainda que a proteção da liberdade de expressão seja de suma importância para qualquer Estado Democrático de Direito, diversas manifestações do pensamento são consideradas crimes por incitar o ódio e contribuir até mesmo com genocídios de grupos sociais desfavorecidos. No entanto, atualmente, diante do crescimento exponencial da internet e das redes sociais, verifica-se uma expansão significativa do anonimato, tornando-se extremamente simples expressar-se e cometer atos criminosos de incitação ao ódio, sem que sejam aplicadas sanções adequadas.

Ocorre que, para que os praticantes do discurso de ódio sejam devidamente identificados e, consequentemente, responsabilizados pelos danos causados, é necessário haver uma regulamentação e fiscalização da liberdade de expressão no âmbito virtual. Nesse contexto, importante destacar que existem legislações específicas no ordenamento jurídico brasileiro que visam abarcar a supervisão dos direitos no âmbito digital. A primeira delas, a Lei n.°12.965/2014, mais conhecida como Marco Civil da Internet, tem como objetivo estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, além de determinar as diretrizes para atuação da

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme determina o artigo 1º da referia Lei.[5]

A Lei n.º 13.709/2018, também conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), tem como um dos seus fundamentos proteger o direito fundamental à liberdade de expressão e à privacidade. Essa legislação estabelece o conceito de dados pessoais e destaca que todos os dados processados, seja no ambiente físico ou digital, estão sujeitos a regulamentação, independentemente se a localização da sede de uma organização ou do centro de dados estejam no Brasil ou no exterior.

Dessa forma, evidencia-se que há uma ampla variedade de normas jurídicas e constitucionais que buscam garantir, proteger e definir os limites da liberdade de expressão. Isso confere segurança jurídica ao direito em questão. No entanto, diante do desenvolvimento de um novo mundo de dados, a maioria dos quais são criptografados ou de difícil acesso, é evidente a dificuldade enfrentada pela legislação do país para combater declarações que violam os direitos humanos dos usuários.

À vista disso, a existência dos debates jurisdicionais surge para discutir até que ponto a livre expressão de pensamento pode prejudicar os direitos de grupos minoritários, tendo como objetivo essencial delimitar o alcance da liberdade de expressão – que, reafirma-se, não é um direito absoluto. Enquanto princípio constitucional, a liberdade de expressão convive com outros direitos fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CR/88)[6], não configurando a sua limitação como uma espécie de censura. Para tanto, é necessário compreender os fatores determinantes sobre o

5 Art. 1º - Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria. (Brasil, 2014).

6 Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; [...]. (BRASIL, 1988).

discurso de ódio, principalmente com o aumento do uso das redes sociais.

3. DISCURSO DE ÓDIO

Jeremy Waldron, autor contemporâneo expoente do liberalismo político, defende a regulamentação jurídica do discurso por meio da imposição de limites aos chamados discursos de ódio ou *hate speech*.[7] Em sua obra mais importante sobre o tema, *The Harm in Hate Speech*, Waldron classifica as expressões públicas de ódio como espécies de crime de ódio, em decorrência da sua motivação para incitar comportamentos violentos contra indivíduos que pertencem a determinada minoria social, dada realidade de um determinado local. Nesse sentido, são discursos passíveis de ferir uma situação de dignidade de sujeitos em razão da sua raça, etnia, religião, gênero, orientação sexual, política, dentre outros.

Nas primeiras páginas da sua obra supracitada, para exemplificar o que seria um discurso de ódio apto a ser regulamentado e proibido pelo Direito, Waldron apresenta uma situação hipotética, em que um pai mulçumano está caminhando com os seus dois filhos pelas ruas de Nova Jersey, nos Estados Unidos da América, quando se deparam com um anúncio com os seguintes dizeres: "*Muçulmanos e 11 de setembro! Não os sirvam, não falem com eles e não os deixem entrar*", traduzido numa espécie de comando a respeito da forma que os cidadãos mulçumanos deveriam ser tratados pelos demais cidadãos daquela localidade (WALDRON, 2012, p. 01).

Nesse contexto, para o autor, o discurso ofensivo contra o indivíduo pertencente a uma minoria social tem uma dupla finalidade. Primeiramente, lembrá-los que eles não são bem-vindos àquela sociedade, que "pode parecer hospitaleira e não-discriminatória, mas

7 Conforme explica Windreied Brugger (2010, p. 118): "O discurso de ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas".

a verdade é que vocês não são bem-vindos, e você e a sua família serão evitados, espancados e expulsos, sempre que tivermos a oportunidade de não sermos punidos por isso." (WALDRON, 2012, p. 02, tradução nossa). [8]

Dessa forma, não apenas praticando atos de discriminação e violência ao indivíduo, mas também reacendendo lembranças vividas e sofridas por aquele grupo social, como a escravidão da população preta, os diversos genocídios em razão de discriminações raciais e as atitudes tipicamente criminosas contra a comunidade LGBTQIAPN+.[9]

Em segundo lugar, situações como a descrita no exemplo acima, enviam uma mensagem para a comunidade como um todo, para além da minoria atacada pelo discurso, no sentido de:

> Sabemos que alguns de vocês concordam que essas pessoas não são desejadas aqui. Sabemos que alguns acreditam que eles são sujos (ou perigosos ou criminosos ou terroristas). Saiba agora que você não está sozinho. Não importa o que o governo diga, há suficiente de nós por aqui para certificar de que essas pessoas não são bem-vindas. (WALDRON, 2012, p. 02, tradução nossa).[10]

Entretanto, mesmo diante de conceitos repugnantes, a ideia de que o *hate speech* deva ser aceito socialmente possui fundamento em autores liberais como Ronald Dworkin. Na visão de Dworkin, a liberdade de expressão não é apenas uma prerrogativa individual, mas

8 No original: *Don't be fooled into thinking you are welcome here. The society around you may seem hospitable and nondiscriminatory, but the truth is that you are not wanted, and you and your families will be shunned, excluded, beaten, and driven out, whenever we can get away with it.* (WALDRON, 2012, p. 02).

9 A sigla LGBTQIAPN+ faz referência às lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, *queer*, intersexo, assexuais, pansexuais, não-binários e outras.

10 No original: *We know some of you agree that these people are not wanted here. We know that some of you feel that they are dirty (or dangerous or criminal or terrorist). Know now that you are not alone. Whatever the government says, there are enough of us around to make sure these people are not welcome*. (WALDRON, 2012, p. 02).

sim um exercício intrínseco à autonomia dos sujeitos. Sua doutrina sobre a liberdade não apenas postula que o Estado detém a obrigação de dispensar aos cidadãos um tratamento pautado pelo respeito e consideração igualitários, mas também sustenta que a imposição de restrições ao discurso implica, de modo inevitável, numa desigualdade no tratamento conferido aos indivíduos sob o manto do ordenamento jurídico.

Dessa forma, Dworkin categoriza como atos de censura todas as formas de limitação à expressão verbal que não acarretem danos imediatos. Contudo, conforme demonstrado na seção anterior, o direito à liberdade de expressão não é absoluto em nosso país. A partir do momento em que esse comportamento não só ofende o indivíduo, mas também fere a sua dignidade como cidadão, o discurso se torna construtivo e conveniente para a prática de crimes cometidos contra esse grupo. Dessa forma, a expressão causa dano direto e imediato a determinados grupos e indivíduos.

Nessa perspectiva, Jeremy Waldron apresenta a diferença entre a ofensa e a dignidade:

> A dignidade ou reputação de uma pessoa está relacionada a como as coisas são em relação a ela na sociedade, e não com como elas se sentem a respeito disso. [...] Por outro lado, a ofensa é inerentemente uma reação subjetiva. (WALDRON, 2012, p. 106, tradução nossa).[11]

Portanto, de acordo com Waldron e em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, um dos objetivos fundamentais da Constituição da República de 1988, a dignidade é um estar perante a sociedade. Não está relacionado apenas com o seu próprio interior, mas com a forma pela qual as pessoas são

11 No original: *A person's dignity or reputation has to do with how things are with respect to them in society, not with how things feel to them. [...] Offense, on the other hand, is inherently a subjective reaction.* (WALDRON, 2012, p. 106).

percebidas em meio a sociedade. Diante disso, a conduta do discurso de ódio não só ofende e insulta as subjetividades da pessoa ou do grupo específico, mas afeta a reputação do indivíduo perante a sociedade.

Os discursos de ódio capazes de limitar o exercício irrestrito da liberdade de expressão são aqueles públicos, direcionados à minorias sociais consideradas em determinado contexto, que sejam aptos de impactar a situação de dignidade dos indivíduos que pertençam a este grupo, haja vista o seu direito de exercer a sua individualidade, autoestima e igualdade social. Consequentemente, diante do estigma e da ofensa imputados, dificulta-se a sua inserção ao meio social, de forma a serem ridicularizados em razão desse tipo de conduta.

Sendo assim, a limitação da liberdade de expressão em relação ao discurso de ódio não deve ser baseada na proteção de ofensas diferidas, mas na proteção dos indivíduos contra possíveis danos à sua dignidade, que podem afetar negativamente todo o ambiente social do grupo em questão, prejudicando o valor social de seu trabalho, a sua capacidade de desfrutar momentos de lazer, o desenvolvimento de sua personalidade e, até mesmo, a sua segurança pessoal.

No passado, o ataque à dignidade humana estava restrito ao alcance físico, por ser realizado pessoalmente, afetando apenas o indivíduo diretamente, grupos ou uma multidão. No entanto, com o avanço da globalização, esse fenômeno se espalhou de forma abrangente. Dessa forma, devido à criação das redes online, as relações interpessoais passaram a ser acessíveis em todo o mundo, desenvolvendo-se uma sociedade virtual e uma nova rede de direitos e obrigações.

Pela expressão sociedade virtual, entende-se como uma sociedade dentro da outra – no caso, o mundo real e o mundo virtual – pelo qual as normas adentro detêm outras tipificações, finalidades e limitações. De acordo com Da Silva (2022, p. 218):

> [...] Sociedade virtual possui diversas moedas, as criptomoedas, uma linguagem, a ciberlinguagem, stickers e memes, suas políticas, as policies, entre

> outras características que configuram uma rede abstrata através da internet como sendo um território virtual, o ciberespaço, com dimensão simbólica, econômica e sociopolítica e que tem uma cultura que é expressada pelos seus usuários, a cibercultura. (DA SILVA, 2022, p. 218).

Nesse sentido, importante compreender que os direitos e as obrigações no âmbito da sociedade virtual das redes sociais, quando comparados ao mundo real, são atípicos, a exemplo da internacionalidade e complexidade de compartilhamento dos dados, mas, principalmente, pela possibilidade de criação de perfis falsos e anônimos permitidos pela maioria das plataformas digitais.

No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 5º, inciso IV, da Constituição da República Federal de 1988, veda o anonimato em manifestações de pensamento.[12] Contudo, em razão da criptografia dos dados, pode ocorrer da pessoa anônima não ser responsabilizada pelas ofensas proferidas pelo discurso de ódio, tendo em vista a sua não identificação na criação de seu perfil; tornando-se, assim, impossível o reconhecimento da pessoa física ou jurídica responsável pela conduta.

No contexto da reparação dos danos causados à vítima e da responsabilidade do ofensor, destaca-se a redação do artigo 18 da Lei n.º 12.965/2014, que determina que "o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros" (BRASIL, 2014). Em razão disso, resulta-se em uma responsabilização exclusiva do usuário por qualquer ato ilícito cometido, isentando as plataformas pelos danos causados. Ocorre que, no âmbito das principais redes sociais, como Facebook, Instagram e Twitter, em razão da não-identificação do

12 Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] (BRASIL, 1988).

usuário, tem-se a possibilidade de criação de perfis falsos. Assim, diante do anonimato, isso faz com que a responsabilização do usuário e a reparação dos danos causados se torne ineficaz.

Nesse sentido, diante da ineficácia normativa em torno do anonimato – em conjunto com a necessidade de colaboração dos proprietários da empresa pelo qual os dados estão estabelecidos – as redes sociais, enquanto ferramentas que ampliam o espaço público de compartilhamento de informações e opiniões, se apresentam como terreno fértil para a disseminação de discursos de ódio. Por isso, a teoria desenvolvida por Waldron parece um bom ponto de partida para a determinação sobre que espécie de discurso deve ser limitado, para que a intervenção do Estado não seja interpretada como censura, conforme será abordado nas próximas seções.

4. REDES SOCIAIS E A PROLIFERAÇÃO DE DISCURSOS DE ÓDIO NO BRASIL: CASO TELEGRAM

No âmbito das redes sociais, a eficácia normativa referente ao monitoramento e criminalização do *hate speech* é obstaculizada devido à falta – e a necessidade – de colaboração entre as *Big Techs*[13] e o Estado, pois caso alguma *Big Tech* decida não cooperar pacificamente com a Justiça brasileira, por qualquer motivo, seja moral ou por interesse político, o monitoramento do abuso do direito à liberdade de expressão, pela manifestação do discurso de ódio, é dificultado exponencialmente.

Um dos maiores exemplos dessa não colaboração pacífica entre o Poder Judiciário e uma empresa de mídia social, referente ao monitoramento de dados e as ofensas praticadas entre os seus usuários,

13 *Big Techs* é um termo que se refere às maiores empresas de tecnologia do mundo que dominam setores chave da indústria e têm um impacto significativo na economia global e na sociedade. (GALLOWAY, 2018)

foi a divergência da Justiça brasileira com a rede social Telegram[14], ao final do ano de 2022 e início do ano de 2023.

Inicialmente, segundo a *BBC News* (2022), em novembro de 2022, o Ministério Público Federal (MPF) iniciou uma investigação por meio de um inquérito civil público, na cidade de São Paulo, com o objetivo de analisar as ações ou omissões das principais plataformas em operação no Brasil diante de práticas organizadas de desinformação e violência no ambiente digital. Na finalidade de obter informações sobre as políticas de moderação e regulação de conteúdo dentro dessas redes sociais, foram enviados ofícios ao Twitter, Facebook, Instagram, YouTube, TikTok, WhatsApp e Telegram. No entanto, o Telegram foi o único que não respondeu às solicitações do MPF/SP, permanecendo inerte ao assunto.

O crescimento significativo das *fake news*, as ditas notícias falsas, desde as eleições presidenciais de 2018, que atingiu seu ápice durante as eleições presidenciais de 2022, foi um dos principais motivos que levaram à instauração do inquérito civil público. Essa situação se deu devido à expansão do espaço público destinado a disseminação de informações e pontos de vista, o que coincide com o crescimento das redes sociais durante o mesmo período (BISORDI, 2018), como o Telegram. Consequentemente, o Telegram se tornou uma importante ferramenta midiática no meio político brasileiro. O ministro Luís Roberto Barroso, presidente do Tribunal Superior Eleitoral até fevereiro de 2023, havia dito que: "Nenhum ator relevante no processo eleitoral pode atuar no país sem que esteja sujeito à legislação e a determinações da Justiça brasileira. Isso vale para qualquer plataforma" (BARROSO, 2022).

Em razão do crescimento significativo da plataforma de mensagens Telegram, o Poder Judiciário brasileiro começou a conflitar as *fake news* e os discursos de ódio proferidos no aplicativo. Após as consecutivas inadimplências do Telegram em relação às

14 O Telegram trata-se de um aplicativo de mensagens e uma plataforma de comunicação.

ordens judiciais[15], em março de 2023, o então ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Alexandre de Moraes, citando a Polícia Federal, justificou a decisão de suspender as atividades do Telegram no Brasil – Petição 9.935/DF (PET), com a seguinte afirmação:

> O aplicativo Telegram é notoriamente conhecido por sua postura de não cooperar com autoridades judiciais e policiais de diversos países, inclusive colocando essa atitude não colaborativa como uma vantagem em relação a outros aplicativos de comunicação, o que o torna um terreno livre para proliferação de diversos conteúdos, inclusive com repercussão na área criminal. (BRASIL, PET 9.935/DF, 2022, p. 01).

Todavia, antes mesmo de ser devidamente bloqueado no país, no dia seguinte à decisão do STF, o aplicativo de mensagens cumpriu as decisões judiciais pendentes, fazendo com que o próprio ministro Alexandre de Moraes revogasse a decisão assinada.

No mês de abril de 2023, mais precisamente na véspera do dia 20 de abril, data em que extremistas celebram o massacre de Columbine[16], ocorrido em 1999, e do aniversário do líder nazista Adolf Hitler, o Brasil testemunhou uma série de atentados escolares em todo o país. Diante disso, a Polícia Federal investigou os casos e constatou que alguns indivíduos estavam utilizando o aplicativo do Telegram para incentivar crianças a participarem desses atos terroristas.

15 Diversas ordens judiciais foram proferidas, a exemplo: "Ressalta a autoridade policial que tentou o contato com a plataforma TELEGRAM pelos canais disponíveis, a fim de encaminhar as ordens judiciais de bloqueio de perfis, indicação de usuários, fornecimento de dados cadastrais e suspensão de monetização de contas vinculadas a ALLAN LOPES DOS SANTOS, não obtendo resposta em nenhuma das ocasiões" (BRASIL, PET 9935/DF, 2022, p. 3).

16 O Massacre de Columbine representou um trágico episódio escolar que teve lugar em 20 de abril de 1999, nas instalações da Columbine High School, localizada em Columbine, uma área não incorporada do condado de Jefferson, no estado do Colorado, Estados Unidos. Os autores do crime, Eric Harris e Dylan Klebold, mataram 12 estudantes e um professor. Os autores do crime cometeram suicídio após o atentado. (G1, 2019).

Dentre vários outros motivos, como a veneração a criminosos do passado e a cultura em crescimento das armas, a normalização do ódio é uma das principais razões para o aumento dos atentados escolares no ano de 2023. De acordo com Danila Di Pietro, pesquisadora da Unicamp:

De cinco anos para cá, passamos por uma banalização da violência. O uso de armas de fogo, de um discurso de ódio, separatista, racista, misógino, homofóbico, até por autoridades oficiais, com isso ganhando escala pública, tudo isso faz com que as pessoas que cultivavam esses valores no seu ambiente privado passem a ganhar corpo público. (DI PIETRO, 2023)

Em síntese, uma rede digital propícia ao *hate speech* e a extrapolação do direito a livre manifestação do pensamento, diante da ausência de fiscalização dos conteúdos compartilhados pelos usuários, incentivou, de forma omissa, a homicídios e atentados escolares no país, contribuindo com a proliferação ao idealismo extremista. Diante desse exemplo, fica evidente a necessidade de regulamentação e monitoramento das redes sociais, para que se possa evitar a ocorrência de atos semelhantes.

5. REGULAMENTAÇÃO E CENSURA: LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Com toda a composição argumentativa apresentada nas seções anteriores, é totalmente plausível culminar na resposta de que as redes sociais, de forma ampla, necessitam de uma regulamentação mais eficaz.

Seja a regulamentação de conteúdo, baseado na criminalização do discurso de ódio, fundamentada pelos conceitos da injúria e da difamação, já existente no ordenamento jurídico em âmbito penal, ou a regulamentação das redes sociais, responsabilizando as plataformas digitais, assim como os usuários que praticaram a conduta criminosa. Contudo, uma das principais argumentações contrárias à

regulamentação de conteúdo ou das redes sociais, é o temor de uma possível censura contra os usuários.

A censura é uma grave violação à liberdade de expressão, estando expressamente vedada pelo §2º do artigo 220 da Constituição Federal Brasil de 1988[17], e sendo assim, totalmente incompatível com os princípios de um regime democrático de direito vigente em nosso país.

Alguns dos conceitos existentes de censura são: a censura prévia, anterior a manifestação, e a censura *a posteriori*, após a manifestação (Lopes, 2022). Ambas definições, anteriormente mencionadas, estabelecem os diferentes tempos por qual pode-se haver uma censura, antes ou depois da manifestação. Contudo, além dos tipos de censura quanto ao momento da conduta, existem outros dois conceitos de grande influência no tema da regulamentação digital, especificando-se por qual meio a censura pode ocorrer, sendo estes: a censura estatal e a censura privada.

A censura estatal ocorre quando o governo, como um órgão regulador e moderador, limita quais informações, ideias e opiniões irão circular na sociedade. Resumidamente, a censura estatal é a implementação das ideologias governamentais regentes como absoluta, interceptando qualquer manifestação oposta (Lopes, 2022). Em diversos momentos da história brasileira, a censura foi disseminada em prol do governo em comando na época. Uma das censuras estatais mais notáveis para a história do Brasil foi o citado AI-5, ato este que visava exercer controle sobre informações e impor sanções aos opositores do governo, com o intuito de restringir a liberdade de expressão.

Já a censura privada pode ocorrer quando particulares se valem de seu poder social para impedir a veiculação de ideias e de informações (BARENDT, 2009). Uma empresa privada cercear, restringir ou

17 Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. [...] § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1988).

inviabilizar o exercício da livre manifestação ao pensamento de seus empregados, de forma desproporcional ou sem justificativa, configura abuso de direito, ainda que ocorra no âmbito das suas dependências.

Desse modo, ambos os conceitos são essenciais para o debate sobre a regulamentação das mídias sociais. Em primeiro lugar, no que diz respeito à censura estatal, importa ressaltar que as normas jurídicas não devem ter como fundamento a imposição dos ideais políticos do governo regente, e sim, conferir um tratamento igualitário aos seus governados, sem desconsiderar a situação de dignidade dos mesmos.

O Estado, tendo a norma constitucional como fundamento, tem como objetivo promover o bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme o próprio artigo 3°, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.[18] Para isso, os princípios e garantias fundamentais possuem uma função coletiva de garantir que os indivíduos protegidos pela Carta Magna tenham o direito ao pluralismo político, à livre manifestação de pensamento, ao lazer, à segurança, e à sua dignidade como cidadão.

Uma das formas constitucionais de promover o pluralismo de ideias é o incentivo à autonomia privada, incluindo a autonomia das empresas, por meio da qual podem legislar sobre as regras internas de seu espaço e sancionar os infratores da regra em questão. Dessa maneira, nem toda norma que regulamenta, dificulta ou retira a comunicação do indivíduo configura-se como censura (BARENDT, 2009).

Entretanto, uma das principais características do Estado Democrático de Direito é justamente a garantia da dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, diante do conflito entre a autonomia privada das empresas e os princípios fundamentais, como por exemplo, casos de censuras brandas ou remoções de conteúdo sem explicação pelas empresas, o Estado Democrático tem o dever de promover o bem

18 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

de todos, e garantir a dignidade humana e a liberdade de expressão do indivíduo, sendo ele, majoritariamente, parte hipossuficiente na relação jurídica.

Dessa maneira, ainda que as plataformas digitais estejam proibidas de exercer censura sobre indivíduos, conforme estabelecido no artigo 220, §2º, da Constituição Federal de 1988, o cerceamento duvidoso, brando ou inexplicado de conteúdos retirados pelas plataformas poderão ser cessados com a regulamentação lícita das mídias sociais em âmbito privado, reduzindo, assim, as censuras privadas.

Portanto, por mais que pareça contraditório ao senso comum, a regulamentação infraconstitucional das mídias sociais, o qual corresponde a um conjunto de normas jurídicas sobre o tema, visando a segurança jurídica e a proteção das partes, pode prevenir a censura privada.

Sob outro enfoque, a regulamentação de conteúdo, tal como já existe dentro das políticas internas das mídias sociais, mas sendo relativamente ineficaz pela falta de regulamentação jurídica das plataformas digitais, busca não só criminalizar o *hate speech,* mas também, em razão disso, condenar qualquer tipo de restrição ou depreciação a outro indivíduo, assegurando que o mesmo tenha a sua liberdade de expressão garantida.

Nesse sentido, uma regulamentação ideal para as mídias digitais seria uma legislação com amplitude internacional, o qual todos os países seriam subordinados a essa lei, conforme fundamenta o autor Yuval Noah Harari (2016). A exemplo disso, na União Europeia, ao final de 2022, tornou-se vigente a Lei de Mercados, tendo como lema a "*The Digital Markets Act: ensuring fair and open digital markets*", na tradução literal "garantindo mercados digitais justos e abertos". Essa legislação tem como finalidade que as empresas como Google, Amazon e a Meta, sejam mais abertas, apresentando um sistema interoperável. O resultado empírico ainda ocorrerá em alguns anos, porém a iniciativa já demonstra que a preocupação sobre a regulamentação das plataformas digitais é internacional e não apenas brasileira.

A regulamentação tem legitimidade constitucional como um mecanismo capaz de garantir a democracia. A censura tem uma vedação expressa na mesma Constituição, por violar o pluralismo e o debate público. Ambos os conceitos, regulamentação e censura, não são semelhantes, são antagônicos. A regulamentação garante a livre manifestação de pensamento para todos, sem que haja qualquer forma de depreciação e restrição por meio do discurso de ódio a outros indivíduos. Já a censura, justamente cerceia e manipula a liberdade de expressão, para uma finalidade política e governamental.

Nesse sentido, diante de todo o exposto, a eficácia das normas atualmente vigentes e que regem a liberdade de expressão no âmbito das redes sociais é questionável. Ante a grande quantidade de violações que ocorrem constantemente, além da ausência de reparação de danos, os mecanismos legais brasileiros vêm deixando de alcançar os objetivos propostos. Ademais, mostra-se necessário evitar a possível censura governamental e privada. Dessa forma, apesar das complexidades práticas envolvidas para uma regulamentação específica, é essencial que haja uma cooperação entre o governo e as principais empresas de tecnologia, para que a tutela jurídica ocorra de forma eficaz.

6. CONCLUSÃO

O presente estudo vislumbrou apresentar, a partir dos estudos em fontes bibliográficas e documentais, as discussões sobre o direito à liberdade de expressão no âmbito das redes sociais, que levanta preocupações sobre a eficácia das normas existentes para proteger os direitos fundamentais e evitar abusos cometidos por parte dos usuários.

Observou-se que a liberdade de expressão é um direito fundamental de suma importância para garantir um vínculo transparente e verdadeiro entre os indivíduos, evitando a imposição de ideologias políticas e autoritárias. No entanto, embora seja um direito fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988,

a liberdade de expressão não é absoluta e está sujeita a restrições legais. Tal compreensão se dá a partir do conceito de discurso de ódio, que envolve declarações preconceituosas e discriminatórias, sendo considerado crime por incitar o ódio e violar os direitos humanos. Esse comportamento não apenas ofende o indivíduo em sua dignidade, mas também afeta a sua reputação perante a sociedade.

Entretanto, conforme demonstrado, a dificuldade em identificar e responsabilizar os autores dos danos, torna a responsabilização dos usuários por crimes cometidos nas redes sociais ineficazes. Assim, a limitação normativa existente em torno da liberdade de expressão se mostra insuficiente dentro do âmbito das redes sociais. Existem diversos fatores que dificultam uma regulamentação eficaz, como a logística de incontáveis infrações por segundo e o monitoramento para evitar uma censura estatal.

Ainda assim, embora a liberdade de expressão corresponda a um importante mecanismo de manutenção da democracia liberal, a disseminação do discurso de ódio deve ser limitada por meio de uma regulamentação específica, a qual não deve ser equivocadamente interpretada como censura. Enquanto a primeira assegura a liberdade dos indivíduos e garante o respeito à dignidade humana e os direitos fundamentais, a outra viola a pluralidade de ideias e o debate de atos políticos.

Por conseguinte, diante lacuna normativa existente em relação ao tópico em análise, bem como o crescimento exponencial das interações interpessoais, por meio das redes sociais, torna-se ainda mais necessária a proteção da dignidade do indivíduo, tanto no que diz respeito à sua saúde integral quanto à honra do mesmo. A ascensão das mídias digitais dentro da sociedade é uma situação nunca vista na humanidade, seja pela sua ampla dimensão ou originalidade. Assim, torna-se imperativo estabelecer uma regulação eficaz e apropriada a fim de se preservar a integridade das relações humanas por meio da proteção dos mecanismos de interação social.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Denizar Amorim. **"Durkheim hoje."** Revista de Ciências Sociais: 527. Disponível em: http://periodicos.ufc.br/revcienso. Acesso em: 31 ago. 2023.

BARENDT, Eric. **Freedom of speech**. 2. ed., New York, Oxford University. (2009)

BISORDI, Isabella. O crescimento das Fake News no ambiente digital. **Digitalks**, 21 set. 2018. Disponível em: https://digitalks.com.br/artigos/o-crescimento-das-fake-news-no-ambiente-digital/. Acesso em: 31 ago. 2023

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 mai. 2023.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Promulgada em 25 de março de 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 25 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 25 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: https://www.planalto.

gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 25 mai. 2023.

BRUGGER, W. (2010). Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. **Direito Público,** *4*(15). Disponivel em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1418. Acesso em: 14 jul. 2023

DWORKIN, Ronald. "Why speech must be free?", In DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press. 1966.

BARROSO, Luís. Entrevista: 'Bolsonaro facilitou a vida das milícias digitais', diz Barroso. Entrevista cedida a Mariana Muniz. **O Globo**. 13 fev. 2022. Disponível em: https://oglobo.globo.com/politica/entrevista-bolsonaro-facilitou-vida-das-milicias-digitais-diz-barroso-25392162. Acesso em: 31 ago. 2023

GALLOWAY, Scott. **The Four: The Hidden DNA of Amazon, Apple, Facebook, and Google**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2018.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: Breve história do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

LOPES, Eduardo Lasmar Prado. "Regulação é Censura? Igual Liberdade de Expressão e Democracia na Constituição de 1988." **Revista de Ciências Sociais**, [Online], 2022. Disponível em: https://www.scielo.br/j/dados/a/cmy6tSKQZNjbCqWDBxHKFLz/. Acesso em: 06 jul. 2023

OS dados que mostram explosão no número de ataques a escolas no Brasil. **BBC News**. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/articles/ckryl4epnpeo. Acesso em: 31 jun. 2023

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REPRESENTANTES de TSE e Telegram se reúnem para discutir medidas contra fake news nas eleições. **G1**. Disponivel em: https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2022/noticia/2022/06/07/representantes-de-tse-e-telegram-se-reunem-para-discutir-medidas-contra-fake-news-nas-eleicoes.ghtml. Acesso em: 02 jul. 2023.

SILVA, Danilo Morais da; FERNANDES, Valdir. Ciberespaço, Cibercultura e Metaverso: A Sociedade Virtual e Território Cibernético. In: **Ensino de História e Relações Étnico-Raciais: olhares interioranos**, v. 8, n. 67, 2021. Publicado em 12 de maio de 2022. Disponível em: https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/1962. Acesso em: 02 ago. 2023

TELEGRAM: por que Alexandre de Moraes determinou bloqueio do aplicativo no Brasil. **BBC News**. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-60801662. Acesso em: 02 jul. 2023.

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

VERDADE, PODER E SUJEITO: DIZER VERDADEIRO EM MICHEL FOUCAULT

TRUTH, POWER AND SUBJECT: TRUTH TELLING IN MICHEL FOUCAULT

Júlio César Muniz[1]

RESUMO | O presente artigo versa a respeito da relação entre verdade, poder e sujeito: dizer verdadeiro à luz do pensamento de Michel Foucault, a partir de uma análise essencialmente filosófica, refletindo sobre a ideia do risco e da coragem de dizer a verdade. Para tanto, buscou-se verticalizar os aspectos conceituais da *parrhesia* e os elementos de caracterização deste conceito essencial na obra de Foucault. Além disso, investigou-se a ideia de heterotopia foucaulteana e o seu cotejamento com a concepção de utopia e atopia dos gregos. Visa analisar a questão do "dizer-verdadeiro" e o problema da genealogia do discurso político, utilizando uma metodologia que se baseia numa revisão bibliográfica específica sobre o tema, vislumbrando como resultado propor a conexão entre o dizer-verdadeiro, o poder e a genealogia do discurso político e os seus reflexos na realidade.

PALAVRAS-CHAVE | *Parrhesia* – heteropia - genealogia do discurso político

ABSTRACT | *This article deals with the relationship between truth, power and subject: saying true in Michel Foucault in the light of Michel Foucault's thought, from an essentially philosophical analysis, reflecting on the idea of risk and the courage to tell the truth. It aims to analyze the issue*

1 Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal. Licenciado em História pela Universidade de Uberaba. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Especialista em Direito Empresarial pelo Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal. Especialista em Ciências Humanas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - Pouso Alegre - FDSM. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. E-mail: munizjc@uol.com.br.

of "true-telling" and the problem of the genealogy of political discourse, using a methodology that is based on a specific bibliographic review on the subject, envisioning as a result to propose the connection between true-saying, power and genealogy. of political discourse and its effects on reality
KEY WORDS: *True-Telling – power – genealogy of political discourse*

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a respeito da relação entre verdade, poder e sujeito: dizer verdadeiro em Michel Foucault, cotejando o risco e a coragem de dizer a verdade, sobretudo quando isso implica em interfaces com o poder.

Indaga-se o que é o dizer verdadeiro na concepção do pensador francês? Em que medida tal concepção de dizer verdadeiro se aplica às lógicas do poder e da política?

O objetivo do presente estudo circunscreve-se a tentativa de elucidar, a partir do pensamento de Michel Foucault, as relações entre "verdade", "poder" e "sujeito", relacionando esses conceitos modernos aos conceitos gregos de *alethêia*, *politeia*, *êthos* (verdade, constituição política e costumes).

Estes conceitos, segundo Foucault se entrecruzam com a ideia de *parrhesia*, isto é, o "dizer-verdadeiro", sendo que tais construções conceituais parecem atravessar a obra de Foucault como um todo.

Para o deslinde desta análise se dará ênfase, sobretudo, aos cursos ministrados por Foucault entre 1983 e 1984, intitulados "Sobre o governo de si e dos outros" e "A coragem da verdade", respectivamente.

Nesse sentido, a partir da análise bibliográfica da obra deste importante referencial teórico francês (Michel Foucault), que é considerado um dos maiores pensadores estruturalistas do século XX, nascido em 15 de outubro de 1926, em Poitiers, e que faleceu no dia 25 de junho de 1984, em Paris; e do método dedutivo buscou-se percorrer as premissas teóricas e conceituais complexas apresentadas

pelos gregos em cotejo com os conceitos modernos de verdade, poder e sujeito.

O percurso da análise e da revisão teórica trilhou importantes livros de Michel Foucault, tais como: O Governo de Si e dos Outros, a Coragem da Verdade e a Hermenêutica do Sujeito. Além disso, buscou-se alargar a pesquisa com outros autores que se debruçaram sobre a obra foucaultiana e produziram importantes publicações, a exemplo de Igor Corrêa Barros que escreveu um livro intitulado "As malhas do poder: A reconfiguração da noção de poder na filosofia de Michel Foucault"; a pensadora francesa Claudine Haroche que publicou "A Condição Sensível: formas e maneiras de sentir no Ocidente*";* e a professora norte-americana, de origem mexicana, Diana Taylor que escreveu a obra "Michel Foucault. Conceitos Fundamentais" e o professor brasileiro Ernani Chaves que produziu a obra "Michel Foucault e a verdade cínica".

Num primeiro momento nos debruçamos sobre o exame o lugar da *parrhesia,* enquanto modalidade especial de dizer a verdade na concepção foucaultiana construída do ponto de vista filosófico e histórico, dando-se enfoque ao lugar da *parrhesia* no pensamento foucaultiano, porquanto esta temática ocupa espaço central, notadamente na obra Hermenêutica do Sujeito, em que se busca verticalizar a investigação a respeito da ligação entre subjetividade e verdade.

A *parrhesia* expressa o ato de dizer a verdade por dever moral, ainda que em situações perigosas e, para esta construção teórica, houve a evocação da abordagem do conceito, perpassando pela digressão ao pensamento grego, destacadamente as elaborações filosóficas de Sócrates e de Platão, para as quais Foucault se volta para sua formulação teórica a partir de sua análise crítica.

Nesse diapasão Foucault projeta questionamentos provocantes sobre o tema, tais como: qual é o lugar do dizer-verdadeiro? Onde o dizer-verdadeiro pode encontrar seu espaço, em quais condições podemos e devemos lhe dar espaço?

Por certo, para tais questões não se encontram respostas fáceis, por isso a essencialidade do percurso filosófico das ideias sobre o cuidado de si e o cuidado dos outros reverberadas no governo de si e no governo dos outros e a confluência da determinação recíproca do lugar da política e da filosofia, consubstanciando-se na genealogia do discurso político, e entrecortando-se pelo risco e a coragem de dizer a verdade, a atopia socrática, a utopia platônica e a heterotopia foucaultiana.

Num segundo momento perfilhamos o caminho da análise da heterotopia foucaultiana, cotejando o problema da genealogia do discurso político e o deslocamento do "dizer verdadeiro" para o campo ético.

Nesse compasso abordou-se sobre a heterotopia foucaultiana, a partir do enfoque de Foucault aos conceitos de utopia, heterotopia e atopia, novamente promovendo-se um diálogo com o pensamento socrático e platônico.

Denota-se que Foucault faz importantes contrapontos ao pensamento dos filósofos gregos, ao afirmar que ao contrário do que estamos acostumados a pensar, o discurso político não encontra seu lugar no quadro do sistema jurídico-institucional de uma sociedade, mas antes disso, sua problemática refere-se muito mais às relações de poder imanentes que fazem com que ela seja realmente governada, totalmente vinculadas ao ato corajoso de dizer-verdadeiro e à constituição do indivíduo enquanto sujeito.

Desse modo, na determinação desse lugar da filosofia no exterior à política e na oposição radical à retórica, verifica-se a genealogia da arte de governar, com colocações proeminentes sobre a democracia, sobretudo, a constatação de que as instituições políticas democráticas não toleram o dizer-verdadeiro.

Esta pesquisa mostra-se relevante no atual cenário em que se vislumbra uma nítida disruptura com a ideia de verdade, notadamente na construção do discurso político, em que se constata a busca do falseamento da realidade e o esvaziamento da ética.

2. O LUGAR DA *PARRHESIA*

O ponto de partida são os dois últimos cursos realizados no Collège de France em 1983 (*Le Gouvernement de soi et des autres*), e 1984 (*Le courage de la vérité – Gouvernement de soi et des autres II*), ambos editados por F. Gros, respectivamente em 2008 e 2009[2].

Trata-se de cursos nos quais Foucault desenvolve a noção de *parrhesia*, para dizer em duas palavras, o risco e a coragem de dizer a verdade, apresentando-a como uma "pré-história" da relação posteriormente constituída entre diretor de consciência e dirigido, penitente e confessor, louco e psiquiatra, paciente e psicanalista (84, p. 9). Na medida em que antecede a noção de cuidado de si, suas transformações e deslocamentos posteriores à "era de ouro" da cultura de si, especialmente os dois primeiros séculos da era cristã, o tema da *parrhesia*, anunciado no curso "*A hermenêutica do sujeito"*, ganha o estatuto de objeto histórico essencial nos cursos de 83 e 84.

Etimologicamente, *parrhesia,* do grego, é o fato de tudo dizer. Os latinos traduzem geralmente *parrhesia* por libertas. Para Foucault:

> O termo parrhesia refere-se, de um lado à qualidade moral, à atitude moral, ao êthos, se quisermos, e de outro, ao procedimento técnico, à tékhne, que são necessários, indispensáveis para transmitir o discurso verdadeiro a quem dele precisa para a constituição de si mesmo como sujeito de soberania sobre si mesmo e sujeito de veridicção de si para si [...]. A parrhesia é, no fundo, o que corresponde, do lado do mestre, à obrigação de silêncio do lado do discípulo. Assim como o discípulo deve calar-se para operar a subjetivação de seu discurso, o mestre por sua vez, deve manter um discurso que que obedece ao princípio da parrhesia, desde que pretenda que o que ele diz de verdadeiro torne-se enfim, ao termo de

2 Vamos nos referir a esses textos apenas com o ano do curso, seguido da página.

> sua ação e direção, o discurso verdadeiro subjetivado pelo discípulo (2006, p. 449-451).

Para Taylor , Foucault define *parrhesia* como:

> Atividade verbal na qual um falante expressa a sua relação pessoal com a verdade, e arrisca a sua vida porque reconhece o dizer a verdade com um dever. [...] o falante usa a sua liberdade e escolhe a franqueza em vez de persuasão, a verdade em vez da falsidade ou do silêncio, o risco da morte em faz da vida e da segurança, a crítica em vez da lisonja, e o dever moral em vez do autointeresse e da apatia moral (2018, p. 19).

Para além de sua definição, Foucault, ainda, ressalta cinco características essenciais da *parrhesia,* quais sejam: franqueza, verdade, perigo, crítica e dever, as quais irão distinguir o dizer a verdade moral de outras formas de comunicação (Taylor, 2018, p. 192).

O tema da *parrhesia* atravessou os dois últimos cursos de Foucault, quais sejam, *A hermenêutica do sujeito,* de 1982 e *Governo de si e dos outros,* de 1982-1983, sendo que é possível identificar a distinção entre o significado de *parrhesia* nestes dois cursos, destacando-se que no primeiro, ela se refere ao "franco falar como qualidade técnica e necessária ao diretor de consciência; já no segundo relaciona-se mais "exatamente com a coragem da verdade" (Terrel apud Chaves, 2019, p. 21).

De um tópico no curso de 82, nos dois anos seguintes a *parrhesia* surge como uma forma privilegiada de aleturgia, uma modalidade especial do dizer-verdadeiro, ato este, que por sua vez, estaria situado no coração da história do pensamento. Esta forma do dizer verdadeiro, articulada com o governo de si e dos outros e aos processos de subjetivação, poderia ser percebida no coração das grandes problematizações históricas e filosóficas da Antiguidade Clássica e

tardia, mormente a relação entre a verdade e o sujeito, ou de como o sujeito se auto constituí por meio dos discursos verdadeiros que ele diz de si, descrita sobre a rubrica do princípio do cuidado de si.

Para Chaves:

> Em *A coragem da verdade,* por sua vez, está em primeiro plano o papel da *parrêsia* no interior das relações entre o sujeito e a verdade, ou seja, a sua dimensão propriamente filosófica, a partir, justamente, de uma posição crítica no interior da cultura e do pensamento gregos acerca da *parrêsia* democrática. O que não significa afirmar, diga-se de antemão, que essas duas dimensões sejam excludentes entre si, mas que se trata de chamar a atenção para o fato de que ocorre um deslocamento do sentido dessa palavra na história da Grécia, o qual Foucault quer justamente assinalar. Trata-se de mostrar que o conteúdo político da *parrêsia* não desaparece, que que é bastante modificado pela *parrêsia* filosófica, na medida em que esta surge e se afirma a partir, sobretudo, da crítica às condições do 'dizer verdadeiro' na experiência democrática ateniense. O próprio Foucault, por sua vez, já afirmara em uma entrevista de 1983, que seu problema não era apenas o problema da verdade, mas o do 'dizer verdadeiro' e o da 'relação entre dizer verdadeiro e formas de reflexidade, reflexidade de si sobre si. (2013, p. 22).

Segundo Foucault, o cuidado de si coloca em jogo uma estética da existência ou uma sabedoria oposta ao conhecimento, que se faz desdobrar em uma dimensão ética (como devo agir?), a qual também está diretamente relacionada à relação ao outro, com a comunidade e, portanto, com a política (Scoralick, p. 35)

A modalidade *parresiástica* do dizer-verdadeiro, no centro da *cura sui*[3], persistiria, mesmo se de maneira essencialmente diferente, no

3 Do latim "cuidado de si mesmo"

ascetismo e na pastoral cristã medieval, assim como subsistiria ainda na filosofia antiga, por exemplo na obra de Descartes e na *Aufklärung*[4] kantiana (83, p. 322).

Em 83, Descartes, assim como a filosofia moderna de modo geral, já não podem ser vistos como foram em 82, ou seja, no marco de uma filosofia anti-espiritualista e ascética, posto que ainda aí haveria elementos para se conceber a prática filosófica como um corpo doutrinal fechado sobre si mesmo.

Para Foucault, "a filosofia de Descartes representa um evento arqueológico no qual o 'conceito' de autoconhecimento mudou. Ele descreve o que chama de 'momento cartesiano, um momento caracterizado por uma 'requalificação filosófica do *gnothi seauton*[5] e por uma desacreditação da *epimeleia heautou*[6]." (Taylor, 2018, p. 187).

Com efeito, pode não ser a intenção de Foucault fazer uma história da filosofia, sendo esta manifestamente ofuscada pelo "mapeamento" ou "localização" das modalidades das formas de *veridicção*[7], mas claros delineamentos são estabelecidos com base nesse ato peculiar do dizer-verdadeiro. São muitas as indicações nesse sentido, em particular, o novo valor conferido à filosofia moderna no tocante ao elemento ascético do cuidado de si e na consideração da *parrhesia* como a "força alocutória da filosofia", a atividade que permite a perpétua atualização do discurso filosófico.

Em torno da modalidade corajosa do dizer-verdadeiro, Foucault deixa de lado os esquemas comuns da história da filosofia como esquecimento ou como progresso de uma racionalidade, para conceber uma história da filosofia a partir dos "episódios de veridicção", já que, para o autor, as formas do dizer-verdadeiro sempre retornam, e a história da filosofia sempre começa a partir do dizer-verdadeiro (83, p. 322).

4 Termo filosófico que remete à ideia de Iluminismo ou esclarecimento.

5 Locução grega que significa "conhece-te a ti mesmo"

6 Locução grega que significa "o cuidado de si"

7 O modo de dizer verdadeiro de um discurso

De maneira análoga, Foucault insere sua discussão da *parrhesia* num projeto de continuidade e desdobramento com relação as suas pesquisas anteriores, levadas a cabo no decurso dos anos 80, onde podemos encontrar um retorno aos gregos, em estudos profícuos sobre a história, a antropologia e a filosofia desse povo.

Esse retorno à antiguidade greco-latina parece ter lugar numa espécie de confluência e divergência em relação às grandes obras anteriores, gerando por isso um tópico controverso entre os especialistas na obra de Foucault. Para situar a *parrhesia*, Foucault retoma as linhas gerais de sua obra, descrevendo-a no quadro de uma "história do pensamento", porém naquilo que ela tem de diferente de uma história das mentalidades e das representações.

Assim, Foucault denomina o "signo, senão o título" de suas obras como uma "história de experiências", compreendendo este termo a relação de três elementos: "formas de um saber possível, matrizes normativas de comportamento e modos de existência virtuais para sujeitos possíveis" (83, p. 5). Estes "campos de experiências" são os três eixos recorrentes na obra do "último Foucault", interessado na problematização da verdade, governamentalidade e subjetivação como elementos irredutíveis uns aos outros, mas necessariamente relacionados entre si, ponto no qual Foucault vai insistir bastante ao longo dos cursos de 83 e 84.

O que importa é a articulação desses três eixos nessa relação de irredutibilidade e complementaridade, na medida em que constitui a noção de "campo de experiência". Trata-se de um termo fundamental posto em destaque por Foucault desde a primeira aula e extremamente importante para compreender o *tópos*[8], em particular para um tema que queremos desenvolver, a respeito da genealogia da política como um "campo de experiência" e da relação da filosofia com esse campo na qual ela se constitui como uma prática (83, p. 146 -147).

Todavia, nada disso pode ser entendido se não considerarmos a dinâmica própria da análise e do procedimento que Foucault intitula

8 Lugar-comum retórico

de "deslocamento teórico", ao qual consagra boa parte das lições de 5 e 12 de janeiro de 1983, e a de 1° de fevereiro de 1984 (83, p. 6 – 7; p. 41-43; 84, p. 10)[9]. Nelas, Foucault tenta mapear seu pensamento de modo geral, de modo a poder situar a *parrhesia* como ponto de intersecção de seus percursos intelectuais. Ele descreve os procedimentos fundamentais de sua análise como um "triplo deslocamento". Senão vejamos.

1-) Deslocamento da história do conhecimento em direção às práticas discursivas que organizam e constituem matrizes de saber; ou passagem do conhecimento ao saber, do saber às práticas discursivas e daí às regras de veridicção; ou da passagem do conhecimento ao tema da veridicção. Neste enfoque, Foucault insere seu tratamento da experiência da loucura (*História da loucura)* e da linguagem (*As palavras e as coisas*) como características desse primeiro movimento que visa se deslocar da "estrutura epistemológica" tradicional.

2-) Deslocamento da análise do "Poder, com P maiúsculo", das instituições e formas gerais de dominação para o estudo das técnicas e procedimentos destinados a conduzir a conduta dos outros; ou passagem da norma aos exercícios do poder e daí os procedimentos de "governamentalidade". Neste perspectiva, Foucault cita, como exemplo, o tema da criminalidade e disciplina (*Vigiar e Punir*).

3-) Deslocamento da "teoria do sujeito" para a análise histórica das formas pelas quais os indivíduos se constituem eles mesmos como sujeitos; ou substituição da teoria do sujeito pelas formas de subjetivação e daí pela tecnologia de si ou *pragmática de si*. Nesta direção, Foucault lembra da *História da Sexualidade.*

O "triplo deslocamento" supra descrito resume a trajetória geral do autor, de modo a compreender o objeto de suas análises: a relação entre verdade, poder e sujeito, que segundo as próprias palavras de Foucault, seria a articulação sempre presente em suas obras.

Assim, em princípio, a *parrhesia*, o dizer –verdadeiro, teria suas raízes na política e uma derivação na moral, localizado, portanto,

9 O termo "deslocamento" e "deslocar" aparecem com continuamente não apenas na descrição dos procedimentos teóricos de Foucault, mas durante todos os dois cursos.

num lugar privilegiado, no cruzamento entre a questão do sujeito e da verdade na prática do governo de si e governo dos outros: "Me parece que, ao examinar a noção de *parrhesia*, podemos ver se estabelecerem juntas a análise dos modos de veridicção, o estudo das técnicas de governamentalidade e a localização das formas de prática de si" (84, p. 10).

Para Haroche:

> O governo de si é um componente essencial do poder, o mais seguro entrave à desordem, um fundamento do governo dos outros, o complemento necessário da lei. Em outras palavras, a antropologia política revela que 'o corpo' é um verdadeiro operador político e social', parte essencial e constitutiva do poder [...]. O governo de si como algo indissociável do governo dos outros, ou seja, um elemento central no desenvolvimento das formas políticas e sociais modernas no seis das sociedades ocidentais [...]. O governo de si, quer ser trate do corpo, quer dos sentimentos, exige postura: o bem-estar do próximo e o respeito por ele, o exercício constante de um controle vigilante de si mesmo. Deixar o corpo falar e exprimir muito francamente os sentimentos em sociedade são, portanto, atitudes a proscrever. É preciso lutar contra o excesso de interesse por si mesmo e manifestar atenção, deferência, respeito e consideração pelo outro. (2008, p. 25-28)

Podemos, se quisermos, substituir o eixo triplo, alhures destacado, por verdade, poder e sujeito ou ainda, *alethêia*[10], *politeia*[11], *êthos*[12].

10 Palavra grega que significa o não-oculto, não-escondido, não-dissimulado.

11 Palavra de origem grega que designa forma de governo, constituição política adotada por uma cidade.

12 Palavra de origem grega que designa modo de ser.

Foucault acaba por localizar a *parrhesia* no centro de sua obra, mostrando como a prática fundamental da filosofia antiga coaduna com a própria possibilidade e função da filosofia em nosso tempo, ou seja, a crítica do agora, e por conseguinte, o cultivo do *êthos*, a constituição de nós mesmos enquanto sujeitos[13].

A história da *parrhesia* que Foucault propõe-se a fazer acaba culminando na "*atualidade"*, entendida em dois sentidos: em primeiro lugar, a coragem de dizer a verdade, que tem seu "objetivo definido desde a primeira linha da aula, de 01 de fevereiro de 1984" (Chaves, 2013, p.21), como um reflexo daquele momento atual das pesquisas de Foucault, a situação de seu trabalho no contexto dos anos 80, e por outro lado e mais importante, a atualidade como o agora, o presente onde nós estamos, entendido como "[...] o lugar, o ponto de onde eu escrevo" (83, p. 13).

Na lição de 5 de janeiro, o tema da *parrhesia*, logo depois de ser apresentado, vai ser inserido numa digressão, num "*excursus*" em que Foucault vincula a modalidade do dizer-verdadeiro - atrelada ao governo de si e dos outros e à constituição do indivíduo como sujeito - à própria modernidade, ou a um certo tipo de modernidade, vista não como uma época histórica, mas como uma atitude, um certo *êthos*.

Atitude surgida no contexto da *Aufklärung* e assumida por Kant como uma filosofia crítica que descobre a razão histórica e troca a relação longitudinal do discurso filosófico por uma relação sagital, em que o próprio tempo, a própria atualidade, o *êthos* presente se impõe como tarefa fundamental.

Com isso, Kant teria aberto toda uma "dinastia" de problemas filosóficos, partilhadas em duas alternativas: 1-) uma analítica da verdade anglo-saxônica que procura as condições pelas quais um conhecimento verdadeiro é possível, possibilidade derivada das monumentais obras, as três críticas, em particular a *Crítica da razão pura*; 2-) um pensamento crítico que põe a questão sobre qual é o campo atual de nossas experiências, ou ainda, que realiza uma "ontologia de

13 Na aula de 8 de fevereiro de 1984 (p. 33), Foucault define assim a noção de *êthos*: "maneiras de fazer, de ser e de se conduzir dos indivíduos.

nós mesmos". Essa segunda possibilidade é assumida por Foucault, localizando-se na esteira de nomes como o Kant dos opúsculos, Hegel, Nietzsche, Weber, a escola de Frankfurt, dentre outros (83, p. 22).

Desse modo, a posição privilegiada da *parrhesia* estabelecida pelo próprio autor tem sido um atrativo a mais nos cursos de 83 e 84 para o interesse dos estudiosos da obra foucaultiana, posto que ali poderiam ser descobertos elementos para a coerência geral da obra, o entendimento e a avaliação das principais posições filosóficas foucaultianas.

Nesse sentido, J. Franek, sustenta que Foucault no curso de 1984 se propõe a responder a algumas objeções contra sua obra, bem como a da circularidade viciosa entre saber e poder; se o poder depende do saber que por sua vez tem sua formação determinada pelo saber, então faltaria espaço para a liberdade nessa situação de onipresença do poder, e também a existência de um ponto vantajoso para a crítica dessa relação – Franek cita as críticas de M. Waelzer e C. Taylor. Enfim, para Franek, o curso de 1984 "[...] deve ser interpretado como a apologia filosófica de Foucault – como uma tentativa de explicar e ao mesmo tempo concluir o trabalho de toda sua vida" (Franek, 2006, p. 117).

Além de fornecer dados para uma genealogia do *corpus* foucaultiano, os cursos sobre a modalidade parresiástica do dizer-verdadeiro têm sido vistos como um momento de excepcional franqueza, o lugar onde "[...] Foucault chega o mais próximo de si mesmo, no sentido de que ele se interroga sobre o estatuto de sua própria palavra, sobre seu papel de intelectual público, sobre os desafios de sua função" (Gros, 2004, p. 155).

De qualquer modo que se interprete a magnitude do tema da *parrhesia* no tocante à obra de e ao indivíduo Foucault, é certo que uma figura chave da história da filosofia assume o papel desse outro indispensável ao ato de veridicção, ao governo de si e da constituição do indivíduo como sujeito.

Essa figura é a de Sócrates, dito simplesmente "*o parresiasta*" por Foucault (84, p. 28). Sua importância como um representante vivo da

coragem e do risco de se dizer a verdade e do *bíos* filosófico é tamanha que F. Gros, apenas para dar um exemplo, o entende como um "irmão, um estante sonhado, o duplo sorridente" (Gros, 2004, p. 155).

Sócrates, para Foucault é exemplo da coragem da verdade, parresiasta por excelência, "é aquele que articula a exigência da parrhesia com os temas do cuidado de si e da técnica da existência" (Gros, 2004, p. 160-161)

Dentre as várias figuras e atitudes da antiguidade greco-romana mencionadas por Foucault nos cursos de 83 e 84, a de Sócrates é predominante e decisiva, tendo talvez por sombra unicamente os cínicos tomados em seu conjunto.

Denota-se que o escopo maior da *parrêsia* socrática, qual seja, o "dar conta de si", pode ser visto de duas formas: "como a tarefa de ter de encontrar e de dizer o ser da alma, ou como tarefa e trabalho que consiste em dar estilo à existência" (Foucault, *apud* Chaves, 2013, p. 32)

Assim, Foucault e muitos de seus estudiosos assinalam nos dois últimos cursos o papel decisivo das práticas filosóficas na antiguidade, e em especial aquela representada pelo modo de vida socrático, que funcionaria de certa maneira como um espelho da própria prática filosófica foucaultiana.

É relevante o exame dessa dimensão reflexiva entre o *lógos-érgon*[14] de Foucault, sendo impossível não lhe impingir certos aspectos de sua análise, a própria prática e individualidade. Entretanto, se é comum dizer que Sócrates é um espelho, o que nele se reflete? Se a apologia do *bíos* socrático seria o reflexo de uma suposta apologia foucaultiana, o que se defende num e noutro caso? Para além de uma identidade simples, as imagens refletidas nesse espelho talvez apontem para alteridades fundamentais, e nesse caso, a projeção do "cinismo transhistórico" como a manifestação nua e crua da verdade na vida, que alça a estética da existência ao estatuto de "categoria

14 Expressão que se refere à articulação entre o pensar e o fazer na análise de Foucault.

moral na cultura ocidental", pode ser um indicativo de uma diferença subjacente a essa semelhança (84, p. 30).

Embora a raiz do cinismo também possa ser encontrada no socratismo, e ainda que Foucault reconheça que até mesmo o platonismo tenha chegado a colocar a questão da "verdadeira vida" como "forma de existência outra', os cínicos parecem ter desnudado com toda a clareza possível "a vida verdadeira", a "vida bela", a vida filosófica como "obrigatoriamente uma vida radicalmente outra" (84, p. 228, grifo nosso).

Para Chaves:

> Ao valorizar o cinismo, Foucault completa sua crítica ao lugar secundário concedido à temática da estilística da existência na História da Filosofia: não se trata apenas de retomar o tema, assinalando a sua importância, mas de finalmente dar voz e voto a essa corrente obscura, pouco estudada se comparada a outras e, no geral, reduzida a um conjunto de anedotas, que foi o cinismo (2013, p. 34).

Na abordagem da reconstituição do cinismo, talvez pudéssemos nos situar onde seus críticos encontram munição para atacar a estética da existência como evasão escandalosa da política e até mesmo da ética, ou talvez encontrar mais elementos para estabelecer nuances entre as posições socráticas e platônicas presentes em suas performances da *parrhesia*, até podermos compreender melhor o posicionamento ético-crítico de Foucault. Ele indica Sócrates como o responsável pelo deslocamento da *parrhesia* de seu campo originário (político) para a *parrhesia* filosófica e, por conseguinte, instaura o socratismo no *tópos* próprio da filosofia, como um discurso de verdade que busca provar sua realidade, e que assim põe aquele que enuncia o discurso numa arriscada posição.

É verdade que Foucault reconhece a existência da filosofia antes de Sócrates, da *parrhesia* cívica e da *parrhesia* filosófica, mas "*o*

parresiasta" operou a transformação que instalou o ato corajoso de verdade no centro do discurso filosófico, e este, num "outro lugar" com relação à política.

A partir de Sócrates: "[...] a filosofia se torna o lugar, ou talvez, se torna um dos lugares da *parrhesia*, e essa posição específica é dada numa certa referência à política, numa relação cara a cara (*vis a vis*) e de contestação." (83, p. 313).

Não teríamos aí a genealogia do discurso filosófico, mas a genealogia do discurso político enquanto uma modalidade de veridicção, na forma como ele se constituiu e sobreviveu a milênios na tradição ocidental, em seus vários deslocamentos e transformações. Daí resulta o eterno recomeço da filosofia mediante os atos de veridicção, como o deslocamento fundamental da *pólis* para a ética, para a alma ou para o sujeito.

Foucault não parece que objetiva realizar uma "arqueologia" em suas últimas obras, e nos cursos de 83 e 84, se pudéssemos dizer que algum eixo se sobressai no esquema tríptico de sua análise - *veridicção*, governo de si e dos outros e formas de subjetivação -, apostaríamos no eixo da formação da subjetivação, no *êthos*[15]. Este é aparentemente o eixo mais distante da tradicional normatividade, da política e mais distante da tradicional normatividade, da política e mais distante ainda da alocação dos saberes numa ordem discursiva.

Nada obstante, a gênese da *parrhesia* como a forma privilegiada de discurso/ação filosóficos é descrita num cerrado quadro de espacialidades; e é digno de nota como Foucault insere toda a problematização da *parrhesia* num vocabulário que aparece nos momentos mais incisivos do estudo sobre essa modalidade específica de *veridicção*.

15 De acordo com os cursos de Foucault, presumimos não ser legítima essa separação, dado a recorrência do tema da ligação e constituição mútua desses campos de experiência. Todavia, o corte é útil para a compreensão de alguns assuntos. Assinalamos que, a propósito do curso de 82, F. Gros também insiste no primado da relação consigo sobre qualquer outra relação (Gros, 2006, p. 653).

Vale destacar as muito frequentes ocorrências dos verbos *déplacer*[16], *situer*[17], *repérer*[18], para indicar os procedimentos teóricos de Foucault e as transições da *parrhesia* de um lugar a outro (política, filosofia, alma do príncipe). Além disso, parece que esse tipo de linguagem que Foucault usa em muitos lugares de sua obra, com implicações filosóficas e críticas importantes e não como mero jargão.

Assim, um dos tópicos mais importantes do curso de 83 e 84 é colocado por Foucault entre seus principais "temas de estudo": "Primeira questão: qual é o lugar do dizer-verdadeiro? Onde o dizer-verdadeiro pode encontrar seu espaço, em quais condições podemos e devemos lhe dar espaço?" (83, p. 281).

No percurso dos dois cursos encontramos frequentemente essa pergunta. O que se procura é exatamente o lugar da *parrhesia*, bem como as transformações dessa prática ao longo da história. Talvez esse seja um bom ponto para observar uma transição metodológica, isto é, o deslocamento (distanciamento) de uma arqueologia, contudo, estamos mais preocupados em traçar o mapa de uma genealogia, a do discurso político em geral ou pelo menos de boa parte dele.

Foucault revela sua tenacidade no fato de que a *parrhesia* permite a visualização do problema das relações entre governo de si e governo do outro, e enfim, da "genealogia do discurso político". Esta se daria numa complexa relação entre filosofia e política, mediadas por espaços outros, a saber, a alma (do príncipe), a alma daquele que enuncia o discurso verdadeiro e a maneira pela qual a subjetividade é produzida nessa dinâmica.

Para Barros:

> Governo tem um significado singular no pensamento de Foucault e é entendido como a racionalidade que orienta as ações por meio das quais os indivíduos se relacionam com os outros e consigo. Governo

16 Do francês mover, deslocar.

17 Do francês localizar, encontrar.

18 Do francês ver, identificar, detectar.

> dos outros e governo de si nos permite atentar para esses dois tipos de processos, isto é, 'os pontos em que as tecnologias de dominação dos indivíduos uns sobre os outros recorrem a processos pelos quais o indivíduo age sobre si mesmo e, em contrapartida, os pontos em que as técnicas do eu são integradas em estruturas de coerção' [...]. No aparato teórico proposto por Foucault, governo é o modo concreto de uma governamentalidade específica, não pautada apenas nas formas de governo político, mas também nas formas de conduta elaboradas por indivíduos e grupos. Nos estudos das práticas de si, o termo governamentalidade adquire sentido ético-político, e é tomada como a relação do indivíduo consigo mesmo (2021, p. 128).

Convém não esquecermos que na relação fundamental a Sócrates, uma outra figura aparece: Platão. Para dizer a verdade, se mencionamos a ênfase socrática foucaultiana foi por comodidade, já que as figuras de Sócrates e Platão não existem uma sem a outra nos cursos sobre a *parrhesia*, sendo interessante o modo como a coabitação entre Sócrates e Platão é concebida por Foucault.

A imagem de Sócrates recuperada por Foucault é completamente platônica, embora reconheça todo o problema de Sócrates (ou Sócrates como problema), ele nada diz da sátira dos comediógrafos, da atualização da acusação pelos sofistas; nem mesmo dá atenção ao fiel Xenofonte, citado pouquíssimas vezes por Foucault, e praticamente nunca para contribuir com a reconstrução de Sócrates – diga-se de passagem, Xenofonte teria registros muito mais prosaicos e "biográficos" do que os de Platão.

Foucault não adere de modo ingênuo ao lugar-comum do "evolucionismo" dos intérpretes de Platão, embora, para ele, a dimensão biográfica seja extremamente relevante, de modo que chega a cogitar uma história das vidas ao invés da tradicional história das doutrinas e sistemas filosóficos (Cf. 84, p. 196; p. 218). Existe uma tensão essencial

nos diálogos entre Sócrates e Platão, entre uma provação do *bíos* e a arte da vida de um lado (Sócrates), e a contemplação de si mesmo e a ontologia da alma por outro (Platão), embora ambas convivam entre si, como Foucault ressalta.

O lugar do *êthos parresiástico* implica numa legítima interseção foucaultiana, para aplicar a Foucault a expressão por ele mesmo cunhada para referir-se ao *érgon* filosófico de Platão, que o filósofo grego teria tentado exasperadamente realizar em sua vida e sua obra (83, p. 180). Nessa interseção, entroncam-se alguns percursos, sejam alguns temas fundamentais do pensamento de Foucault, seja a questão genérica sobre a relação vida-obra, ou seu posicionamento ético-político, em especial, na determinação mútua do lugar da política e da filosofia, ou seja, na genealogia do discurso político, entrecortam-se pelo risco e a coragem de dizer a verdade, a *atopía*[19] socrática, a utopia platônica e a heterotopia foucaultiana.

3. A HETEROTOPIA[20] FOUCAULTIANA

Neste tópico, trataremos de maneira mais próxima o problema da genealogia do discurso político e do deslocamento da *parrhesia* para o campo ético. O objetivo é de descrever como Sócrates e Platão na visão foucaultiana situam a prática filosófica numa relação não coincidente com a política, mas em todo caso, numa ligação necessária para a prova da realidade da filosofia, constituinte de sua ação e da constituição do modo de ser do sujeito que a prática. Trata-se de dizer a verdade com relação à política, e não dentro dela ou para ela.

É preciso reconhecer o caráter experimental dos termos que intitulam esse tópico, embora eles não tenham outra função senão a de ilustrar essas bem determinadas negações da política, na medida em que exploram as nuances da "exterioridade insistente" da filosofia

19 Etimologicamente significa "fora do lugar".

20 Etimologicamente significa o "espaço do outro". Para Foucault "é um espaço onde se vive no interior de um conjunto de relações, como uma rede que religa pontos e que entrecruza sua trama"

com a política, compartilhada por Foucault, Platão e Sócrates. Por isso, corremos o risco de trazer à baila a problematização da heterotopia.

Foucault esboça uma relação entre os três conceitos, utopia, heterotopia e atopia, distinguindo-os no prefácio de *Arqueologia do saber* (p. 7-8). Podemos dizer que a relação é constituída num contexto bastante diferente dos dois cursos sobre o governo de si e dos outros, das especialidades discursivas, onde se trata do "não-lugar" da linguagem, do espaço onde é possível nomear, falar e pensar sobre as coisas. As definições de Foucault parecem enigmáticas para nós, porém ao mesmo tempo interessantes:

> As utopias consolam: é que, se elas não têm lugar real, desabrocham, contudo, num lugar maravilhoso e liso; abrem cidades, com vastas avenidas, jardins bem plantados, regiões fáceis, ainda que o acesso a elas seja quimérico. As *heterotopias* inquietam, sem dúvida porque solapam secretamente a linguagem, porque impedem de nomear isto ou aquilo, porque fracionam os nomes comuns e os emaranham, porque arruínam de antemão a sintaxe, [...], aquela, menos manifesta, que autoriza manter juntos (ao lado e em frente umas das outras) as palavras e as coisas (Foucault, p. 7).

No que concerne a atopia, Foucault não diz muito, por tê-la relacionado à experiência dos afásicos incapazes de realizarem classificações coerentes simples (como organizar diferentes meadas de lã sobre uma mesa). Nesse sentido, eles são incapazes de falar, por terem perdido o "[...] comum do lugar e do nome. Atopia e afasia" (A.S., p. 7-8).

Foucault considera a época atual como a do espaço, mais do que do tempo, e localiza o que para ele seria a fonte de alguns conflitos ideológicos de hoje, entre os "pios descendentes do tempo e os habitantes obstinados do espaço" (p. 752). Para os nossos propósitos,

retemos a comparação com o espelho: em primeiro lugar, o espelho é uma utopia, um lugar sem lugar. Senão vejamos:

> Mas é igualmente uma heterotopia, na medida em que o espelho existe realmente, e onde há, sobre o espaço que eu ocupo, uma espécie de efeito de retorno; é a partir do espelho que eu me descubro ausente do lugar onde eu estou porque eu me vejo lá (p. 756).

Ao examinarmos a utopia platônica, podemos dizer que o reconhecimento dessa questão por Foucault resulta claro. Em princípio porque, grosso modo, é um *topos* fundamental do pensamento político ocidental (ou pelo menos instalado nos seus confins), e Platão é simplesmente considerado o grande fundador da tradição de criação ideal do melhor regime.[21]

Foucault não menciona o termo "utopia" sequer uma vez em 83 e 84, mas ao se referir a Platão, claramente evoca a discussão sobre a constituição do melhor regime, a possibilidade de atualização da melhor ordem, e os episódios biográficos de Platão entre os tiranos da Sicília, tudo isso tão caro à discussão da utopia no interior do platonismo. De fato, ele acaba por tomar posição em alguns dos debates importantes dos estudos platônicos hodiernos.

No tocante a *atopía*, significa etimologicamente "sem-lugar" ou "não-lugar"; podendo traduzir a ideia de originalidade, deslocamento, estranheza, absurdidade, contradição. Além desses substantivos, destacamos o adjetivo inclassificável, importante em nosso contexto.

21 O termo utopia (não-lugar, bom-lugar) não é uma palavra grega, mas uma composição de T. Moore a partir do grego *ou* ((não) + *topos* (lugar) + *ia* (sufixo latino designando lugar)). É conveniente assinalar que nos textos auxiliares presentes nas boas edições de *Utopia*, constando de cartas dos humanistas amigos de Moore, poemas e outros tipos de textos, podemos ver o poema de Anemólios (pseudônimo de autor desconhecido), no qual ele brinca com a semelhança fonológica entre utopia e *eutopia*, do grego, *eù* (bom, bem) + *topos*. Tal brincadeira dá o tom da recepção de *Utopia* e da transformação desse substantivo próprio em substantivo comum: utopia é o bom-lugar imaginário. Sobre a relação entre a utopia e a tradição platônica, referimos apenas o recente livro de J. Lacroix (2008), o qual discute pormenorizadamente a relação e tem o mérito de reservar algumas páginas à *atopía* socrática. (p. 55-58).

> Para todos, de qualquer modo, a vida filosófica será uma tentativa de viver e pensar segundo a norma da sabedoria, ela será exatamente uma marcha, um progresso, de algum modo assintótico, em direção a esse *estado transcendente* (Hadot, 2001, p. 33).

Nos cursos de 83 e especialmente no de 84, Foucault insiste exatamente no caráter mundano e cotidiano das práticas filosóficas (na filosofia como um caminho ao invés de observação, como ação e trabalho sobre si ao invés da contemplação das realidades eternas (83, p. 223), bem como no cinismo como uma filosofia popular, praticada na rua, na praça, entre todos os homens (84, p. 188-189), uma marca que, conforme sabemos, também era imputada a Sócrates.

Foucault, sobretudo, admite que a filosofia é sim uma espécie de conversão, mas recusa essa abertura para um estado transcendente, para algo como uma divinização de si mesmo e, portanto, uma espécie de abandono de si, como aquilo que definiria a vida filosófica.

Devemos lembrar que Foucault reconhece nos cursos de 83 e 84 aquilo que ele chama de "metafísica da alma", uma noção contraposta à "estética da existência", mas que convivem juntas na tradição ocidental, desde os diálogos de Platão. Todavia, a posição foucaultiana rechaça de maneira franca a "ontologia da alma", aquela "teoria do sujeito" tradicional, ou se quisermos, o modo de vida contemplativo.

A crítica foucaultiana aplica-se a todo um modo de compreensão da filosofia no ocidente e a toda uma maneira de pensar a história deste campo de experiência, mas sem dúvida ela também cumpre um objetivo bem mais particular, no qual está em jogo a crítica de posições metafísicas como a de Hadot. Não deixa de ser uma crítica ao próprio Platão, na medida em que este, segundo Foucault, inaugura a tradição do conhecimento de si, fundado na contemplação da própria alma e à diferença do "cuidado de si".

Da leitura mais linear do curso de 83, em particular das lições de 2 de fevereiro até as de 3 de março, sem descurar que o objetivo é de discutir a problematização da genealogia do discurso político,

procurando marcar desta maneira as posições políticas de Sócrates e Platão a partir da de Foucault.

Para Foucault, o discurso político não encontra seu lugar no quadro do sistema jurídico- institucional de uma sociedade. Antes disso, sua problemática refere-se muito mais as relações de poder imanentes que fazem com que ela seja realmente governada, as relações de governamentalidade, totalmente vinculadas ao ato corajoso de dizer-verdadeiro e à constituição do indivíduo enquanto sujeito.

Foucault, depois de discutir a tragédia *Íon* de Eurípides, mostrando como na peça a "*parrhesia* cívica"[22], destaca a proposta de pensar "a genealogia da política como jogo e como experiência" 983, p. 147), jogo em relação ao qual a filosofia se posiciona de determinada maneira: a diferença. Ela não joga o jogo político, ou talvez, ela tenha seu próprio modo de jogá-lo. Trata-se de uma ação, ou do modo de vida ativo, expressão que ele não chega a empregar, mas que a nosso ver pode ser colocada em questão.

Tudo isso pode ficar mais claro se acompanharmos a trajetória da *parrhesia* do solo político no qual ela nasce até os diálogos platônicos, na qual ela é deslocada. De Sócrates, é fundamental ressaltar especialmente os episódios contidos na Apologia escrita por Platão. Basicamente a partir desse diálogo Foucault reconstrói sua imagem de Sócrates enquanto parresiasta, que tanto no regime dos trinta, quanto no regime democrático, arriscou sua vida em atos corajosos e livres de enunciação da verdade.

Na democracia, ele se arriscou ao evitar cometer uma ilegalidade no processo relativo à batalha das Arginusas; no regime dos trinta ele se arriscou para não cometer uma injustiça contra outra pessoa (e assim contra si mesmo). Nesses casos, bem como no decorrer de sua vida até sua morte, Sócrates praticava a *parrhesia* em relação à política, mas, paradoxalmente, fazendo de tudo para evitar participar

22 A *parrêsia* cívica precisa de um solo; no *Íon* de Eurípides, largamente comentado por Foucault, ela é um dever, uma obrigação de cidadão, um estatuto jurídico a ser defendido.

diretamente dela. A *parrhesia* socrática alimentava a expectativa de que ele fosse "útil, positivo e benéfico" para a cidade (84, p. 74), de modo que sua veridicção estava ao serviço dos outros tanto quanto dele próprio, apesar do risco.

Na medida em que as instituições políticas, especialmente as do regime democrático, são incapazes de abarcar o discurso –verdadeiro por sua estrutura, Sócrates se desloca da política para o campo da ética, recomendando a seus concidadãos o conhecimento de si e sobretudo o cuidado de si.

Nesse sentido, Foucault se apoia numa visão de um Sócrates que põe a si mesmo à prova, assumindo o encargo de testar a verdade do oráculo pronunciado sobre ele, agindo como uma "pedra de toque" do modo de vida dos cidadãos, buscando a saúde das almas individuais e não a da *pólis*.

Foucault avança numa reconstrução de um socratismo forte amparado nos diálogos platônicos e chama de estética da existência ou arte da vida do que a "metafísica da alma" para pensar o lugar político de Sócrates. Ele retoma os episódios da viagem de Platão à Sicília para reconstruir alguns momentos cruciais da vida do ateniense à luz da coragem de dizer a verdade aos tiranos e da situação oportuna para a filosofia provar sua realidade.

Nessa medida, Platão estaria contribuindo para o governo dos outros enquanto estimularia o tirano ao cuidado de si, a uma ascese a ser realizada durante toda a vida. De um modo semelhante a Sócrates, Platão exime-se de participar diretamente do jogo político, enxergando na democracia um problema estrutural em relação à fala franca. Em primeiro lugar, pelo risco, articulado com a indiferenciação ética no contexto democrático (que torna a democracia um lugar impossível para o dizer-verdadeiro), e com a questão da retórica, a linguagem ornamentada cuja finalidade é de apenas persuadir o outro e na qual não há a relação fundamental do discurso verdadeiro, ou seja, o reconhecimento de si mesmo dizendo a verdade, na forma do comprometimento com o que se diz.

A filosofia deve se constituir como *pragma* numa exclusão completa da retórica, entretanto, ela deve ter lugar numa relação com a política, e nisso ela constitui sua especificidade. Já que as instituições políticas democráticas não toleram o dizer-verdadeiro, coloca-se a questão:

> Onde vai estar para Platão o lugar dessa relação necessária e não-coincidente entre o dizer verdadeiro filosófico e a prática política? Não é na praça pública. [...] Para Platão, o lugar dessa relação não é coincidente, não é a praça pública, é a alma do príncipe (83, p. 269).

Vale destacar outra vez o *"carrefour"* platônico, onde se cruzam a crítica da "má *parrhesia*, e o deslocamento para o tema da "boa *parrhesia*", no qual surge uma figura fulcral na tradição política e filosófica, a do "conselheiro" (83, p. 211-212).

O "real" da filosofia não é de se dirigir diretamente ao poder para prescrever sua normatividade, para dizer o que deve fazer a política, definir a estrutura jurídica e institucional ideais. O "real" da filosofia constitui-se como racionalização da política através da alma do príncipe, na articulação do trabalho de si a si com o governo de si e dos outros.

Nesse sentido, Foucault emite uma tese forte a respeito da utopia e da atualização política da filosofia, na verdade, admitindo o problema da "cidade ideal" (que seria a *pólis* onde o problema das relações entre cidade e verdade estaria resolvido de antemão) como um dos quatro grandes problemas políticos da antiguidade, mas desmistificando-o.

Mesmo se Platão possa considerar a *autocracia* como um regime onde a *parrêsia* pode significar a liberdade, o fulcro de sua prática filosófica não é propriamente a instalação de um regime, nem a criação de instituições políticas, e tampouco uma intervenção direta no poder e pelo poder.

Com efeito, a filosofia é "[...] realmente *outra coisa* do que dar leis aos homens e de lhes propor a forma constrangedora dessa cidade ideal" (83, p. 234). Momentos antes, Foucault já havia criticado também a C. Leffort, talvez também a L. Strauss, por terem hipostasiado a política numa busca essencialista pelo Político" (83, p. 146).

Sobre a utopia, ou mais precisamente sobre o problema da cidade ideal, Foucault não deixa de emitir sua opinião. Como hipótese, ele sugere a compreensão dos diálogos *República* e *Leis* como se fossem mitos, como se fossem jogos, mas para dizer outra coisa: o real ou o sério da filosofia só pode ser encontrado na "prática de si sobre si".

Então, segundo Foucault, Platão também assume a exterioridade insistente e recalcitrante com a política, porém seu lugar político é *outro* do que o da utopia.

4. CONCLUSÃO

A reflexão sobre o dizer a verdade no mundo contemporâneo é sem dúvida muito relevante, na medida em que experimentamos a avassaladora condição de expectadores da pós verdade, da manipulação das informações, da *fake news,* que ocupam não somente o espaço das mídias digitais, dos aplicativos que espraiam as redes sociais, mas também o discurso político.

A ausência de franqueza, o cinismo, a covardia são latentes em nossa pós-modernidade líquida, promovendo-se o falseamento da realidade em nome de interesses escusos, especialmente voltados para a busca da erosão da democracia e dos direitos conquistados historicamente em diferentes palcos do globo terrestre.

Michel Foucault em suas lições singulariza e ressignifica os temas relacionados à compreensão do "dizer verdadeiro", a coragem do sujeito detentor do discurso e as implicações que isso tem com o poder, merecendo destaque a forma como o pensador francês aborda o cuidado de si, na aula de 1982, colocando em evidência o modo como o sujeito se constitui sujeito de ação, ou seja, seus modos de

subjetivação, suas formas de atividades de si mesmo, que reverberam em governabilidade.

No contexto das elaborações complexas de Foucault, ele próprio exterioriza que o tem geral de suas investigações é o sujeito e não o poder, o que corrobora a ideia de que o cuidado de si define a relação do sujeito consigo mesmo, ou seja, o modo como o sujeito se constitui como um sujeito moral.

Assim, a questão da verdade aí se apresenta de modo também central, em que o cuidado de si se articula com o conhecimento de si, por meio de uma coincidência entre o sujeito de conhecimento da verdade e o sujeito da ação reta.

Nessa perspectiva, o desvelar desta articulação evidencia o quanto é essencial o deslinde do pensamento filosófico, não apenas para a compreensão dos enigmas plasmados nos bastidores do poder, mas também e, sobretudo, para a ressignificação dos papeis dos sujeitos no cenário da *pólis* moderna e da necessidade do alargamento das capacidades destes agentes em decodificar a genealogia do discurso em formar outros espaços de ambientação em que o "dizer verdadeiro" ocupe um espaço privilegiado em detrimento da hipocrisia que deteriora o tecido social e humano.

REFERÊNCIAS

BARROS, Igor Corrêa. **As malhas do poder**: A reconfiguração da noção de poder na filosofia de Michel Foucault. Curitiba: Appris, 2021.

CHAVES, Ernani. **Michel Foucault e a verdade cínica.** Campinas-SP, Editora PHI, 2013.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

_____. **O governo de si e dos outros**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **A coragem da verdade**. São Paulo: Parábola, 2004.

_____. **A hermenêutica do sujeito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HADOT, P. **O que é a filosofia antiga?** Tradução: MACEDO, D. São Paulo: Loyola, 2010.

_____. **Elogio de Sócrates**. Tradução: OLIVEIRA, L; LOQUE, F. F. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

_____. **Elogio da filosofia antiga**. Tradução: OLIVEIRA, L; LOQUE, F. F. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

HAROCHE, Claudine. **A Condição Sensível**: formas e maneiras de sentir no Ocidente. Tradução: Jacy Alves de Seixas e Vera Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2008.

SCORALICK, Klinger. **Foucault e a Hermenêutica do sujeito**. Revista de Filosofia e Teologia - RHEMA, v. 17, n. 53, p. 29-45, jan./jul. 2019.

TAYLOR, Diana. **Michel Foucault. Conceitos Fundamentais**. Tradução: Fábio Creder. Petrópolis-RJ: Vozes, 2018.

A DEMOCRACIA MILITANTE E O ART. 17 DA CRFB: UMA APROXIMAÇÃO NOS DEBATES DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE (1987-1988)

MILITANT DEMOCRACY AND ARTICLE 17 OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION: AN APPROACH IN THE DEBATES OF THE CONSTITUENT ASSEMBLY OF 1987–1988

Caio Ferreira de Souza[1]

Raoni Bielschowsky[2]

RESUMO | Debates sobre resiliência democrática estão em voga. No contexto brasileiro, há acadêmicos que defendem que o art. 17 da CRFB seria uma expressão da teoria da democracia militante. O problema desta pesquisa é verificar se a dimensão da democracia militante esteve presente no debate da Assembleia Nacional Constituinte, com específica preocupação aos argumentos apresentados na Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos. Para tanto, a metodologia empregada é bibliográfica e documental, cujas fontes primárias são os anais da Constituinte. O trabalho possui duas seções. Na primeira, discute-se a noção de democracia militante. Na segunda, investiga-se a discussão acerca do tema e do art. 17 no processo constituinte. Conclui-se que os discursos encontrados revelam afinidade com a teoria da democracia militante, sobretudo pelo reconhecimento de que o regime democrático seria requisito à atividade partidária e de que os partidos políticos exerceriam papel relevante ao regime democrático à época em construção.

PALAVRAS-CHAVE | Democracia militante; democracia defensiva; Assembleia Nacional Constituinte; partidos políticos.

1 Mestrando em Direito pela UFU. Bacharel em Direito pela UFU. Bolsista CAPES/BRASIL. caioferreirasouza@ufu.br.

2 Doutor em Direito pela UFMG. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG. Brasil. rmabiel@hotmail.com.

ABSTRACT | *Debates on democratic resilience are currently in vogue. In the Brazilian context, there are academics who defend Article 17 of the Brazilian Constitution as an expression of militant democracy theory. The aim of this paper is to verify whether the dimension of militant democracy was present in the debates of the National Constituent Assembly, with specific attention to the arguments presented in the Subcommittee on the Electoral System and Political Parties. To this end, the methodology employed is both bibliographic and documental, with primary sources being the annals of the Constituent Assembly. The paper is divided into two sections. In the first, the notion of militant democracy is discussed. In the second, the constituent process is investigated. It is concluded that the speeches found are aligned with the theory of militant democracy, particularly by recognizing that the democratic regime would be a requirement for party activity and that political parties would play a significant role in the democratic regime being built at that time.*

KEYWORDS | *Militant democracy; defensive democracy; Brazilian Constituent Assembly; political parties.*

1. INTRODUÇÃO

Democracia implica condições e compromissos. No âmbito fundante, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e o exercício de liberdades individuais. No âmbito compromissório, culturas de democracia e de Constituição. A democracia constitucional reclama mecanismos de controle e proteção na consecução de seus objetivos (Bielschowsky, 2013)[3] e, ante ameaças, o Estado deve agir na preservação das conquistas constitucionais, reforçadas pela atuação de seus vigilantes (Mello, 2023).

3 "Contudo, ainda que muito enraizada e firme essa cultura constitucional, recorrentemente serão necessários mecanismos de controle da ordem democrática. [...] o Estado também tem de agir como amigo e sentinela das liberdades individuais para o devido funcionamento da democracia constitucional. E quando as garantias internas não garantem a força normativa da constituição, é necessário que se utilizem os mecanismos da garantia externa para garantir a ordem democrática" (Bielschowsky, 2013, p. 170).

A contemporaneidade tem sido palco de ascensões antidemocráticas, a que sugerem uma terceira onda de autocratização de regimes políticos (Lührmann; Lindberg, 2019). Se antes os infortúnios à normalidade democrática aconteciam bruscamente, agora sucedem de forma sofisticada, gradualmente, sob o mote, dentre denominações outras, da erosão democrática.

O debate, abrangente e interdisciplinar, tem motivado a rediscussão de proposições teóricas pretéritas, aptas a proteger a democracia de antagonismos contemporâneos que lhe pretendam a destruição.[4] Dentre elas rememora-se a noção de "democracia militante", desenvolvida originalmente por Karl Loewenstein em textos de 1935 e 1937, a quem a democracia deve estar à altura das circunstâncias para prover sua autodefesa.

Conquanto controversa, disputada e atualmente revisitada, a teoria tem adesão em diversas realidades. Um desdobramento comum está no banimento de grupos políticos subversivos que atentem contra a democracia, porquanto há incoerência em conferir a siglas antidemocráticas o direito a participar da dinâmica eleitoral.

Na realidade brasileira, há posições teóricas que extraem do art. 17 da Constituição Federal uma expressão de democracia militante (Sarmento; Pontes, 2018; Pontes, 2020; Fernandes, 2021; Zanardine, 2023). A proposta deste artigo recai sobre eventual afinidade entre a Constituição Brasileira e a teoria da democracia militante. A análise está preocupada com a gênese do dispositivo e, para tanto, debruça-se sobre as circunstâncias conformadoras. Assim, o problema de pesquisa pode ser colocado da seguinte forma: a dimensão da democracia militante esteve presente nos debates da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987-1988?

4 "Essa onda antidemocrática levou à necessária reflexão acerca da presença, ou não, de mecanismos de defesa da democracia dentro da organização político-constitucional dos Estados Democráticos. Esse tema voltou à ordem do dia. Na filosofia política, ciência política e teorias constitucionais a temática é, tradicionalmente, discutida sob os conceitos de 'democracia militante' ou de 'democracia defensiva'" (Oliveira; Ferraz, 2023, p. 214).

O objetivo do estudo foi investigar como se deram os debates acerca do art. 17 na ANC, notadamente, verificar se houve menção ou aproximação ao instituto da democracia militante e seus congêneres. Buscou, ainda, conferir se o alinhamento obrigatório dos partidos políticos ao regime democrático foi objeto recorrente de discussão entre os constituintes ou, em caso negativo, se outras pautas concernentes à dinâmica partidária se revelaram mais urgentes.

A pesquisa, portanto, preocupou-se com a análise dos anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, com atenção às atas da Subcomissão do Sistema Eleitoral e dos Partidos Políticos. Antes de se apresentar esses resultados, no entanto, se levantará uma vista bibliográfica para a consolidação do conceito de democracia militante e da transição constitucional brasileira.

Trata-se, aqui, de comunicação de resultados parciais de uma pesquisa ainda em desenvolvimento, de modo que os resultados sistematizados não pretendem contemplar o debate constituinte em sua íntegra. Nesse sentido, o recorte proposto se justifica por duas razões: o processo constituinte é minucioso e não poderia ser abrangentemente esmiuçado neste espaço, até pelas limitações desta comunicação; e, muito especialmente, pela preocupação estar na aproximação entre a teoria da democracia militante e os discursos dos constituintes, de modo que os pronunciamentos registrados na fase temática da ANC configuram o material central da investigação.

Para a viabilização da discussão, o trabalho possui duas seções principais. A primeira busca compreender o que é democracia militante, com ênfases tanto em sua dimensão original quanto em sua revisitação. A segunda seção contextualiza o processo constituinte brasileiro e investiga o debate ocorrido na Subcomissão do Sistema Eleitoral e dos Partidos Políticos.

Naturalmente, não se pretende com esse levantamento qualquer proposta originalista de interpretação do dispositivo, mas, apenas, o exercício da compreensão das circunstâncias nas quais se deram a discussão. Uma vez compreendidos a teoria e o debate, à seção final encarrega-se a tarefa de apresentar as possíveis aproximações.

Com a análise das fontes, constatou-se que, por um lado, não houve menção expressa à teoria ou a autores da teoria da democracia militante. Por outro lado, vários pontos próprios de sua gramática foram levantados, inclusive a partir de referências argumentativas a experiências jurídico-políticas estrangeiras, muito especialmente, à da Lei Fundamental alemã, aquela mais intimamente ligada à concepção de democracia militante.

2. O CONCEITO DE DEMOCRACIA MILITANTE

Embora não faça sentido tomar a *História como mestra da vida*, ainda assim, em momentos críticos as inquietações provocam análises atentas ao passado. Não apenas os reveses democráticos e constitucionais retornam ao debate público, como também os mecanismos de salvaguarda, ainda que de modo diferente e disputado. Assim, se se reflete sobre declínio democrático, também se reflete sobre resiliência: como superar as crises? Como proteger a ordem constitucional, o Estado Democrático de Direito? Neste trabalho, a atenção está voltada a uma reação em especial: a teoria da democracia militante.

A década de 1930 representou um período marcado pela ascensão de perspectivas totalitárias e pela decadência da democracia liberal no continente europeu. Apesar da descrença, diversos autores sob diferentes abordagens expressaram sua preocupação frente às ostensivas nazista e fascista.[5] No entanto, "foi Loewenstein quem recebeu o epíteto informal de 'pai da democracia militante'" (Pontes, 2020, p. 83).

Karl Loewenstein (1891-1973) foi um jurista alemão de origem judaica adepto do liberalismo político, cujos escritos são comumente

5 Discutindo a concepção original de democracia militante, Pontes (2020) revisita, além de Loewenstein, as contribuições de Max Lerner, Graham Maddox e Karl Mannheim. As preocupações deste trabalho recaem exclusivamente sobre a dimensão militante suscitada em Loewenstein, sobretudo pela repercussão de sua proposição na contemporaneidade.

lembrados no cenário nacional pelas obras *Brazil under Vargas,* de 1942, e *Political power and the governamental process*, de 1956, traduzida para o espanhol sob o título *Teoría de la Constitución,* primeiramente em 1964 (Bielschowsky, 2024; Rosenfield, 2021).

A sua contribuição acadêmica antecedente, por seu turno, já contempla obras relevantes. Com a ascensão do nazismo em 1933, Loewenstein se exilou nos Estados Unidos da América e, já em 1935, publicou seus artigos *Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe*, partes I e II (Loewenstein, 1935a; Loewenstein, 1935b), nos quais começou a esboçar o tema da democracia militante. Contudo, foi com a publicação do *Militant democracy and fundamental rights,* partes I e II (Loewenstein, 1937a; Loewenstein, 1937b), que aprofundou e desenvolveu mais detidamente o conceito (Bielschowsky, 2024).

Na primeira parte do trabalho de 1937, ante o alvorecer autoritário na Europa, Loewenstein (1937a) argumenta que, assim como antes acontecera com o liberalismo europeu frente ao absolutismo, o fascismo deixou de ser um incidente isolado e tornou-se um movimento universal. Não uma ideologia, mas uma técnica efetiva de obtenção de poder, em expansão e multicausal, apta a converter governos constitucionais em governos regulados por emoções.

Em seu diagnóstico, componentes fundamentais da democracia – a tolerância democrática e o excessivo formalismo –, baseados na racionalidade e na calculabilidade, favorecem a sua própria destruição. Para tanto, a democracia deve ser militante e estar à altura das circunstâncias para prover sua autodefesa. Não há espaço para escrúpulos constitucionais na luta pela sobrevivência e preservação dos fundamentos democráticos (Loewenstein, 1937b).

> Cada vez mais tem sido percebido que uma técnica política só pode ser derrotada em seu próprio plano e pelos seus próprios meios [...] Se a democracia acredita na superioridade de seus valores absolutos em detrimento das banalidades oportunistas do fascismo, ela deve fazer jus às exigências do

> momento, e todo esforço possível deve ser feito para resgatá-la, mesmo sob risco e custo de violação de princípios fundamentais (Loewenstein, 1937a, p. 430-432, tradução nossa).[6]

Na segunda parte do trabalho de 1937, Loewenstein (1937b) exemplifica a implementação de medidas militantes, que, em larga escala, materializaram-se em forma de legislação antiextremista. Dentre outros expedientes, a proscrição de movimentos considerados subversivos foi considerada a medida de maior efetividade:

> Todos os estados democráticos adotaram legislação contra a formação de exércitos paramilitares privados de partidos políticos e contra o uso de uniformes políticos e seus acessórios (insígnias, braçadeiras) e o porte de quaisquer outros símbolos (bandeiras, faixas, emblemas, flâmulas e estandartes) que servissem para indicar a opinião política de um indivíduo em público (Loewenstein, 1937b, p. 648, tradução nossa).[7]

Fogo era, então, combatido com fogo. A democracia tornava-se militante ao legitimar o uso da força do Estado no combate a grupos políticos manifestamente antidemocráticos. Não poderia a democracia tolerar "cavalos de Troia". O emprego do verbo *tolerar* é preciso e, nesse sentido, vê-se comumente a aproximação entre a tese de Loewenstein e o paradoxo da tolerância desenvolvido por Karl Popper (1974, p.

6 "More and more, it has been realized that a political technique can be defeated only on its own plane and by its own devices [...] If democracy believes in the superiority of its absolute values over the opportunistic platitudes of fascism, it must live up to the demands of the hour, and every possible effort must be made to rescue it, even at the risk and cost of violating fundamental principles" (Loewenstein, 1937a, p. 430-432).

7 "All democratic states have enacted legislation against the formation of private paramilitary armies of political parties and against the wearing of political uniforms or parts thereof (badges, armlets) and the bearing of any other symbols (flags, banners, emblems, streamers, and pennants) which serve to denote the political opinion of the person in public" (Loewenstein, 1937b, p. 648).

228), a quem "a tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância" (Fernandes, 2021; Pontes, 2020; Oliveira; Ferraz, 2023). Ser intolerante com os intolerantes seria, assim, um imperativo à continuidade de uma sociedade tolerante e democrática.

Além de entusiasmar importantes conceitos políticos, como o do *patriotismo constitucional,* originalmente formulado por Dolf Sternberger (Bielschowsky, 2024), em termos práticos, a teoria da democracia militante exerceu significativa influência na reconstrução da Alemanha, o que pode ser percebido tanto nos dispositivos da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, quanto na atuação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha desde então.

A título de exemplificação, a Lei Fundamental, no artigo 1(1), torna intangível a dignidade da pessoa humana e consagra direitos invioláveis e inalienáveis; no artigo 79(3), perpetua o caráter federativo e democrático da República Alemã; no artigo 20(4), garante aos alemães o direito de resistência contra quem tentar subverter a ordem; e, no artigo 21(2) prevê a inconstitucionalidade de partidos que tentem prejudicar ou eliminar o regime democrático ou que ameacem a existência do Estado alemão (Alemanha, 1949).

Assim, talvez a Alemanha represente o modelo mais explícito e abrangente de democracia militante (Müller, 2012). A própria Corte Constitucional reconheceu em suas decisões a dimensão militante da democracia, o que foi explícito em sua jurisprudência avessa à condução extremista de partidos políticos.[8]

Contudo, à teoria reconhecem-se perigos se inadvertidamente aplicada. Em que pese a adequação da premissa, isto é, o primado da

8 "A partir da ideia de defesa da 'ordem fundamental livre e democrática' daquele país, o Tribunal Constitucional Federal adotou, em importante precedente, o entendimento de que a referida ordem exclui, de maneira indiscriminada, 'qualquer forma de tirania ou de arbitrariedade, e representa um sistema governamental sob o império da lei, baseado na autodeterminação do povo conforme manifestada pela vontade da maioria, bem como na liberdade e na igualdade'. Foi com base nesse raciocínio que o *Bundesverfassungsgericht* baniu, em 1952, o Partido Socialista do Reich (*Sozialistische Reichspartei* – SRP), de inspiração e composição claramente nazistas, e, em 1956, o Partido Comunista Alemão (*Kommunistische Partei Deutschlands* – KPD),495 comprovando a postura antiextremista da sua jurisprudência" (Pontes, 2020, p. 120-121, grifos do autor).

autodefesa democrática contra expedientes autoritários na ordem interna, sua má condução incorreria em restrição de direitos e arbitrariedade política (Zanardine, 2023).

Na prevenção contra potenciais riscos, o resgate da teoria da democracia militante tem buscado sintonia com a contemporaneidade. Uma espécie de democracia militante revisitada. Ante novas estratégias autoritárias, as constituições continuam a restringir liberdades e a banir partidos antidemocráticos, inclusive com o respaldo de órgãos internacionais: "apesar do gradual desaparecimento das ideologias totalitárias, as democracias europeias estão ficando mais militantes" (Monteiro, 2015, p. 116).

A proscrição de partidos infensos ao regime democrático é também uma realidade em diversos sistemas legais da América Latina: "[...] na amostra, 14 países contemplam algum mecanismo de extinção partidária – cancelamento, perda, extinção, indeferimento de registro [...]" (Shirado, 2023, p. 463).

No século XXI, a democracia militante permanece, mas se atualiza e sua própria gramática se transforma. Por exemplo, no lugar de democracia *militante,* democracia *defensiva.* A mudança não é meramente lexical. Para Müller (2012), consiste em uma mudança de paradigma, adotada por diversos pesquisadores vinculados aos campos do Direito e Ciência Política, em que a ênfase se desloca da repressão – uma perspectiva punitiva e tendente ao arbítrio[9] – para a proteção da democracia *per se,* o que exige conscientização e engajamento com a sociedade civil sobre valores democráticos.

A despeito de leituras que sistematicamente distanciem as duas expressões,[10] "'democracia militante' é um conceito que aparentemente

9 "Apesar de bem fundamentada e justificada diante do que aconteceu na Alemanha nazista, a teoria da democracia militante é objeto de críticas; alega-se que se confere excessivo poder a uma instituição, o que pode ser objeto de consequente abuso e ameaça ao regime democrático"(Fernandes, 2021, p. 136).

10 "Ademais, as expressões *democracia defensiva* ou *democracia de resistência* parecem ser igualmente mais adequadas e condizentes com o que essa teoria reflete. Isto é, uma atuação reativa em prol da democracia em virtude de um ataque às instituições. Acrescente-se ainda que o termo 'democracia militante' parece conter um viés ideológico, o qual não corresponde à ideia de legítima defesa da ordem democrática,

se confunde com o de 'democracia defensiva'" (Oliveira; Ferraz, 2023, p. 217). Independentemente das particularidades, a teoria da democracia militante revisitada não só reconhece os equívocos e os riscos da abordagem original como propõe a sua adequação ao Estado de Direito, novamente sob ameaça.

Pontes (2020, p. 312), por exemplo, propõe "construir a base material da democracia militante a partir não dos seus potenciais alvos, mas das concepções de democracia que a teoria evoca". A sua proposta está, dentre outros elementos, na democracia como autocorreção, na dimensão substantiva de democracia, na previsão de mecanismos de autocontenção e depuração de excessos, na contenção mútua entre os vigilantes democráticos (*veto players*) e na valorização da narrativa constitucional e suas conquistas.

À última característica filia-se a tendência acadêmica nacional de reconhecer no art. 17 da CRFB uma expressão de democracia militante:

> Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:
> I - caráter nacional;
> II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;
> III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;
> IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei. (Brasil, 1988).

A adaptação da teoria à realidade brasileira admite considerações por vezes amplas, por vezes mais específicas. De modo

objetivo maior da democracia defensiva. Por essas razões, defende-se que se deve utilizar o termo *democracia defensiva* ou *democracia de resistência* em vez de *democracia militante"* (Fernandes, 2021, p. 138, grifos da autora).

geral, Oliveira e Ferraz (2023, p. 234) defendem que "nunca houve no Brasil a preocupação de se construir uma 'teoria da democracia militante' ou 'democracia defensiva' a partir do texto constitucional". No entanto, julgados do Supremo Tribunal Federal e dispositivos da CRFB, notadamente os que salvaguardam o regime democrático e os direitos fundamentais, demonstram afinidade da teoria à realidade institucional brasileira.

Em perspectiva específica, enfoque deste trabalho, Sarmento e Pontes (2018, *online*) defendem que "a própria Constituição brasileira parece contemplar a ideia de democracia militante em seu art. 17, caput". A argumentação vai além, na medida em que tais autores conferem-lhe uma posição privilegiada: a qualidade de princípio.

Para Fernandes (2021, p. 136), a mera leitura permite aproximações ao argumento de que impedir a criação ou cancelar o registro de partidos antidemocráticos "é justamente a base teórica da democracia militante desenvolvida por Loewenstein, razão pela qual se pode afirmar que o sistema constitucional brasileiro expressamente albergou essa teoria".

Ainda que a aproximação da CRFB à teoria da democracia defensiva possa ser realizada a partir de múltiplos dispositivos, a literatura acadêmica (Sarmento; Pontes, 2018; Pontes, 2020) tende a afirmar que o art. 17 é o dispositivo com maior compatibilidade ao banimento partidário – o expediente militante de maior recorrência, independentemente do período histórico.

3. A DIMENSÃO MILITANTE NO PROCESSO CONSTITUINTE

Conforme discutido, o propósito desta pesquisa não é analisar interpretativa e dogmaticamente o art. 17 da CRFB, o que tem sido objeto de diversos trabalhos teórico-dogmáticos (Sarmento; Pontes, 2018; Pontes, 2020; Fernandes, 2021; Zanardine, 2023). As obras consultadas, todavia, não enfatizaram o debate constituinte.

No constitucionalismo brasileiro, a deferência ao regime democrático é requisito manifesto para a atividade partidária desde a Constituição de 1946. Segundo Shirado (2023, p. 408), essa inserção[11] foi influenciada pelo contexto histórico pós-Segunda Guerra Mundial, "conhecidas as violações a direitos humanos perpetradas pelos Estados Totalitários sob o comando de partidos antidemocráticos".

Na Constituição de 1967, "o capítulo dos direitos e garantias individuais era generoso, ainda que insincero" (Souza Neto; Sarmento, 2012, p. 120). Nela previa-se a condução de partidos políticos, dentre outros princípios, em observância ao regime representativo e democrático,[12] "sem mencionar a vedação à ação ou ao programa antidemocráticos, como fizera a Constituição de 1946" (Shirado, 2023, p. 408).

Ao final da ditadura civil-militar, iniciava-se um turbulento processo de redemocratização. Para a temática em questão, dois eventos desse período merecem destaque: a Emenda nº 25/1985 e a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. A ordem constitucional de 1967 representava paradigma a ser superado. Ajustes legislativos eram necessários e deveriam guardar "consonância com as aspirações do País. E foi-o logo através da Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985, que lhe subtraiu o sentido autoritário e consagrou, de novo, o princípio da eleição directa". (Miranda, 2007, p. 125). Com a emenda que antecedeu em seis meses a EC 26/85, que convocava a ANC, já sobrevieram novas diretrizes para a organização partidária brasileira:

11 No Capítulo II "Dos Direitos e das Garantias Individuais" da Constituição de 1946, o § 13 do art. 141 dispunha: "É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem" (Brasil, 1946).

12 No capítulo III "Dos Partidos Políticos" do Título II "Da Declaração de Direitos", o art. 149, I, da Constituição de 1967 assim previa: "A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: I – regime representativo e democrático, baseado na pluralidade de partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem". A redação do *caput* e inciso mencionado foi mantida com o advento da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, no art. 152 (Brasil, 1967).

> Art. 152. É livre a criação de Partidos Políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a soberania nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana, observados os seguintes princípios:
> I - é assegurado ao cidadão o direito de associar-se livremente a Partido Político;
> II - é vedada a utilização pelos Partidos Políticos de organização paramilitar;
> III - é proibida a subordinação dos Partidos Políticos a entidade ou governo estrangeiros;
> IV - o Partido Político adquirirá personalidade jurídica mediante registro dos seus Estatutos no Tribunal Superior Eleitoral;
> V - a atuação dos Partidos Políticos deverá ser permanente e de âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos órgãos estaduais e municipais (Brasil, 1985).

A EC 25/85, no entanto, não seria suficiente. Era necessário um novo texto constitucional, cuja missão consistia no reconhecimento de direitos e na consolidação das instituições democráticas. Para tanto, foi encaminhada ao Congresso Nacional a proposta de convocação de uma Constituinte e instituída a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, a "Comissão Afonso Arinos", para a elaboração de um anteprojeto.

Conquanto sua proposição não tenha sido enviada à ANC, o trabalho da comissão influenciou o processo constituinte de 1987 (Silva, 2013). E a sua contribuição ao tema em discussão pode ser verificada no Capítulo V "Dos Partidos Políticos" do anteprojeto:

> Art. 65 – É livre a criação de Partidos Políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a soberania nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana, observados os seguintes princípios:

> I – é direito do cidadão pleitear o ingresso em Partido Político, nos termos do respectivo estatuto;
> II – é vedada a utilização pelos Partidos Políticos de organização paramilitar.
> Parágrafo único – O Partido Político adquirirá personalidade jurídica de direito público mediante o registro de seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral (Brasil, 1986).

Com a Emenda Constitucional n.º 26/1985, enfim a Assembleia Nacional foi formalmente convocada. O processo constituinte fora formado por sete etapas: preliminar, subcomissões temáticas, comissões temáticas, comissão de sistematização, plenário, comissão de redação e epílogo (Oliveira, 1993). A dinâmica, complexa e longa, iniciou-se na definição do regimento interno e se encerrou na promulgação, em lapso temporal de vinte meses.

Aqui, analisaremos mais especificamente os principais eventos e argumentos do primeiro foro de discussão da ANC sobre o futuro art. 17: a Subcomissão do Sistema Eleitoral e dos Partidos Políticos (IV-a), uma das vinte e quatro subcomissões temáticas da Assembleia Nacional Constituinte.

Suas atas são a principal fonte de consulta: a partir delas fez-se possível a consulta aos trâmites e aos pronunciamentos de cada integrante. Ante a limitação de páginas da comunicação e a profusão argumentativa, promoveu-se uma leitura buscando pela apresentação localizada de discursos e ideias relacionáveis à dimensão da democracia militante, particularmente, ao banimento de agremiações antidemocráticas.

As treze sessões da subcomissão em análise aconteceram entre 7 de abril e 25 de maio de 1987 sob a presidência de Israel Pinheiro Filho (PMDB-MG) e relatoria de Francisco Rossi (PTB-SP). Entre os constituintes titulares, onze eram filiados ao PMDB; cinco, ao PFL; e os partidos PDS, PDT, PTB, PT e PC do B contavam, cada qual, com um representante.

A primeira sessão teve por finalidade a instalação e a eleição do Presidente e Vice-Presidentes, bem como a nomeação do relator. O discurso de Pinheiro Filho, presidente eleito, antecipou o posicionamento recorrente dos constituintes daquela subcomissão: "Defendo o ponto de vista de que através de partidos políticos fortes, aí sim, teremos uma democracia duradora e permanente" (Brasil, 1987b, p. 1).

À segunda seção coube a programação de atividades. Fixadas para estudo e sugestões dos constituintes, as prioridades da subcomissão foram delineadas em sete temas principais: eleitor, voto, partidos políticos, inelegibilidade, reeleição, duração de mandatos e poder econômico nas eleições.

Na terceira sessão, deliberou-se sobre a quantidade de audiências e a definição de seus expositores. O debate continuou na quarta sessão, com a definição da pauta dos conferencistas e sugestões de constituintes quanto ao trâmite das matérias. Na quinta sessão, houve reorganização das audiências e leitura de sugestões de constituintes.

Sob o tema do sistema eleitoral e partidos políticos, as audiências se iniciaram na sexta sessão. Na ocasião, os expositores convidados foram Hélio Bicudo, representante do PT; João Amazonas, representante do PC do B; Jorge Coelho de Sá, presidente do PDC; e Jamil Haddad, representante do PSB. Encerrados os discursos, houve espaço para perguntas.

Dentre elas, o constituinte Haroldo Lima (PCdoB–BA) questionou sobre o direito de cada cidadão ao ingresso em cada partido político. A resposta de João Amazonas se aproxima do paradigma da democracia militante e do papel dos partidos políticos como vigilantes democráticos.

> O cidadão tem que ingressar voluntariamente nos partidos. Se ele é admitido, se ele é aceito... Por exemplo, no meu Partido, suponhamos que um desses mais odientos inimigos da democracia e da liberdade, às vezes um torturador, tivesse o direito de ingressar

> no partido. "Eu quero ingressar no Partido Comunista e vou ingressar nesse Partido." Penso que isso seria um mal. Acredito que os Partidos têm o direito de vetar. [...] Estão fechadas [as portas], sem dúvida nenhuma, a todos aqueles que se constituem como adversários abertos ou encobertos da organização partidária, porque o seu propósito já não seria o de comungar solidariamente com os que participam desse Partido, senão que miná-lo por dentro para defender opiniões estranhas que levassem à dissolução e à desagregação do Partido (Brasil, 1987b, p. 41).

Hélio Bicudo concordou com a posição de João Amazonas, ao argumento de que seria necessária uma coincidência entre a vontade do candidato e a vontade do partido. Para Jamil Haddad, havendo "posições políticas radicalmente contrárias ao programa e ao estatuto do Partido, é claro que não deve ser aceita dentro do Partido" (Brasil, 1987b, p. 41).

Na visão de Jorge Coelho de Sá, por sua vez, uma pessoa só procura um partido se concorda com sua ideologia; e se desta discorda e àquele se filia, seria tratado como "ovelha negra", cuja atuação indevida seria repudiada pelos companheiros e julgada por uma Comissão de Ética, em que atuações indevidas gerariam afastamento (Brasil, 1987b, p. 41).

Na sétima sessão, foram convidados, para depoimento, Roberto Freire, do PCB; Maurício Campos, presidente do PFL; e Ronaldo Conde, representante do PDT. Os dois primeiros não puderam comparecer; Campos, no entanto, enviou a sua declaração por escrito. O seu depoimento também revela proximidades com os fins da teoria da democracia militante.[13]

13 "3. Nossa preocupação é eminentemente prática: o que deve dispor a Constituição sobre o Sistema Eleitoral e Partidário, para permitir, efetivamente, a construção de mecanismos jurídicos capazes de garantir a prática de uma democracia moderna e duradoura no Brasil? [...] 9. É consenso, acredito, que a atividade política, num regime democrático, desenvolve-se dentro dos partidos" (Brasil, 1987b, p. 45).

Em reforço ao argumento, Maurício Campos rememorou o anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, cujo dispositivo supratranscrito determinava que os partidos políticos deveriam resguardar a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais. Ademais, ao final do discurso, citou obra de Osny Duarte Pereira em análise ao mencionado art. 65 do anteprojeto, trecho este que exibe significativa proximidade com a tese da democracia militante, tanto pela gramática quanto pela estratégia:

> "[...] A Constituição exigirá normas estatutárias que eliminem, de uma vez por todas, no seio dos partidos, o autoritarismo, as 'panelas' matreiras, as oligarquias das famílias privilegiadas e dos empresários poderosos. Não só eliminem como recomendação programática, mas punam de forma a desencorajar a propagação desses carunchos do regime democrático". (Brasil, 1987b, p. 46).

As audiências continuaram na oitava sessão, sob as apresentações de Jarbas Passarinho, presidente do PDS; Paiva Muniz, presidente do PTB; Fernando Gabeira, presidente do PV; e Mauro Benevides, representante do PMDB.

Concernente à regulamentação de partidos políticos, Jarbas Passarinho buscou comparar a Constituição brasileira com a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, com a Constituição espanhola e com a Constituição portuguesa. Para o expositor, havia entre elas um denominador comum: promanam da transição de regimes autoritários ou totalitários para regimes democráticos.

O constituinte consignou da Constituição espanhola o dispositivo segundo o qual os partidos políticos são essenciais à atuação política e devem exercer a democraticidade. Da Constituição portuguesa, destacou a vedação ao uso de expressões religiosas na denominação

de partidos. Entretanto, conferiu destaque à legislação alemã,[14] precisamente a realidade normativa com maior adesão à teoria da democracia militante.

> A lei fundamental me parece ser a síntese mais perfeita, porque, como mostrei aqui, ela abrange o problema da liberdade na constituição dos partidos, mas dá, desde logo, responsabilidades. Por exemplo, quando os partidos, pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos, tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental da república, eles são inconstitucionais (Brasil, 1987b, p. 52).

Os debates se estenderam após depoimento dos outros expositores e questionamentos de constituintes em longa discussão com ênfase não no exercício de Direito Comparado, mas na atuação da Justiça Eleitoral brasileira e outros temas relacionadas à dinâmica do voto, dos partidos políticos e das eleições.

Na nona sessão, as exposições foram realizadas por João Gilberto Lucas Coelho, Arnaldo Malheiros, Bolívar Lamounier e Pedro Celso Cavalcanti, e, ao final, houve debate entre os expositores e os constituintes presentes.

O primeiro expositor, o ex-deputado federal João Gilberto, iniciou seu discurso em recordação à reforma eleitoral e partidária decorrente da Emenda nº 25/1985, mencionada na última subseção, e à sua participação na comissão responsável do anteprojeto. Defendeu os requisitos trazidos pela emenda e argumentou que "o princípio

14 "O que contém a lei fundamental me impressionou muito, porque é um artigo apenas a respeito de partido político. Diz a seguinte: 'Os partidos colaboram na formação da vontade política do povo. Sua fundação é livre. Sua organização interna tende a corresponder aos princípios democráticos. Deverão prestar contas publicamente da procedência dos seus recursos. Os partidos que, pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos, tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental, democrática e livre, ou puser em perigo a existência da República Federal da Alemanha, são inconstitucionais. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal decidir sobre questões de inconstitucionalidade. Finalmente – As particularidades serão regulamentadas por leis federais.' (Brasil, 1987b, p. 52).

da livre criação partidária é um princípio intocável; é uma chave da democracia" (Brasil, 1987b, p. 78).

Consignou, ainda, que a vedação da organização paramilitar por partidos políticos representa "o óbvio, mas várias Constituições modernas têm isto, até porque elas foram feitas depois da II Grande Guerra, em que tínhamos agregada a experiência dos partidos fascistas [...]" (Brasil, 1987b, p. 79).

Arnaldo Malheiros, jurista especialista em temas eleitorais, por sua vez, defendeu que as modificações trazidas pela Emenda nº 25/1985 são satisfatórias à liberalização de cada partido. Também, que não existe o direito de cada eleitor de associação livre a determinado partido, mas, sim, o direito de pleitear o ingresso. Consignou do anteprojeto a garantia de democraticidade interna e a representação de diversas correntes.

O professor Bolivar Lamounier expressou que a Comissão Afonso Arinos, da qual fez parte, "se louvou muito na Emenda Constitucional nº 25, modificando alguns pontos, mas conservando fundamentalmente a estrutura" (Brasil, 1987b, p. 82). Dentre uma série de temas, quanto à vedação da subordinação de partidos políticos a entidades estrangeiras, o professor defendeu que "os Partidos de hoje em dia são internacionais, mantêm relações e, se algum deles comete excessos de qualquer natureza, a legislação tem os meios para coibir isso" (Brasil, 1987b, p. 85), de modo que às Constituições não caberia regular a matéria.

A exposição do professor Pedro Cavalcanti concentrou-se em debater o voto no sistema eleitoral. Após as exposições, houve extenso debate entre os expositores e os constituintes presentes, no qual expuseram concordâncias e divergências sobre os temas.

A última audiência pública aconteceu na 10ª sessão, cujos convidados foram Francisco Weffort, Alberto Goldman, Orlando de Carvalho e David Fleischer. Para Weffort, "toda organização partidária é livre. Não haverá impedimentos de qualquer natureza a iniciativas para formar partidos políticos" (Brasil, 1987b, p. 102). Em sentido similar, Goldman defendeu uma concepção abrangente de liberdade

partidária, em que não seria razoável o estabelecimento da livre iniciativa partidária como princípio constitucional se, ato contínuo, fossem estipuladas leis de organização e funcionamento de partidos políticos.

Na 11ª sessão, houve a leitura sumária das sugestões dos constituintes e a entrega do anteprojeto do relator Francisco Rossi. Este documento apresentou quatro partes: introdução, breve descrição das sugestões, anteprojeto e justificação. Sua proposta preconizou a livre criação partidária, reconhecida como princípio constitucional e condição para o regime democrático. Dois dispositivos – os arts. 17 e 20 do anteprojeto – manifestam tanto argumentos apresentados nas sessões da subcomissão quanto elementos próprios da democracia militante:

> Art. 17. Lei Complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, tomando em conta a vida pregressa do candidato, a fim de preservar:
> I - o regime democrático;
> II - a probidade administrativa;
> III - a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e
> IV – a moralidade para o exercício do mandato.
> [...]
> Art. 20. É livre a criação de Partidos Políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a soberania nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana, observados os seguintes princípios:
> I - é assegurado ao cidadão o direito de pleitear ingresso em Partido Político, nos termos de seus respectivos estatuto e programa;
> II - é vedada a utilização pelos Partidos Políticos de organização paramilitar; e

> III - é proibida a subordinação dos Partidos Políticos a entidade ou a Governos estrangeiros.
> Parágrafo único - O Partido Político adquire personalidade jurídica de direito público mediante o registro de seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral. (Brasil, 1987c, p. 15)

Na 12ª reunião, o anteprojeto do relator foi discutido; e, na 13ª sessão, a última da subcomissão, os constituintes reuniram-se para votar o parecer final do relator, as emendas decorrentes e o anteprojeto. Em discurso inicial, o relator Francisco Rossi pontuou que sua proposta significaria "uma evolução, à medida em que nós procuramos a criação de partidos que sejam verdadeiramente livres e não atados a uma legislação" (Brasil, 1987B, p. 136).

O seu parecer foi aprovado com dezessete votos favoráveis e um voto contrário. Em seguida, diversos destaques ao anteprojeto foram submetidos à votação após extenso debate. Em relação ao art. 17, houve destaques dos constituintes Lídice da Mata (PCdoB-BA) e Paulo Delgado (PT-MG). A emenda nº 99, de Lídice da Mata, teve preferência, pois buscava a supressão do art. 17 do anteprojeto, sob a justificação de que a formulação "esconde um mecanismo arbitrário que pode ser utilizado, ao sabor dos bovernos [sic], para impedir candidaturas populares" (BRASIL, 1987a, p. 111).

Na sessão, Lídice da Mata considerou desnecessária a inelegibilidade baseada na vida pregressa do candidato, sobretudo por envolver questões subjetivas. Roberto Freire apoiou a emenda de Lídice da Mata, ao argumento de que ambos os constituintes, atuantes contra a ditadura militar, atentaram contra o regime, e esse histórico seria potencialmente prejudicial e perigoso.

O relator defendeu a importância do dispositivo à coibição do abuso de poder econômico, reconheceu que a inelegibilidade não é sequer mencionada em outras constituições e defendeu a manutenção do dispositivo por coerência ao anteprojeto. A emenda foi aprovada

por dezoito votos a um, e o art. 17 e seus incisos foram suprimidos do texto.

Quanto ao art. 20, houve duas emendas. Na emenda nº 25, o constituinte Francisco Sales (PMDB-RO) propôs a mudança de redação do dispositivo. O relator Francisco Rossi defendeu a sua redação e discordou da emenda de Sales, que, em seu julgamento, permitiria ao eleitor o ingresso em partido político de sua preferência, desde que peticionasse à Justiça Eleitoral assumindo o compromisso de fidelidade: "No meu entendimento, se isso passar, o Sr. Newton Cruz pode requerer registro ao PC do B" (Brasil, 1987b, p. 184). A emenda de Francisco Sales foi rejeitada por dezessete votos contrários a três favoráveis.[15]

Houve, igualmente, a emenda nº 97 apresentada por Lídice da Mata. Em seu discurso, a constituinte manifestou sua concordância com a proibição de subordinação de partidos políticos a entidades ou governos estrangeiros (art. 20, III), mas viu no argumento uma ameaça à articulação entre partidos políticos em perspectiva internacional. Para tanto, apresentou emenda substitutiva, cujo texto seria: "É assegurada a liberdade de organização partidária a nível nacional e garantida a sua completa atividade política e organizativa permanente" (Brasil, 1987a, p. 109).

Francisco Rossi defendeu a manutenção da redação, argumentando que a proibição da subordinação de partidos nacionais a organismos internacionais não obstaria a existência de vínculos externos e reconhecidos mundialmente. Citou, para tanto, a Internacional Socialista. A emenda foi rejeitada: catorze votos contrários e cinco votos favoráveis. Outros destaques foram

15 Previamente à votação, em atenção ao mesmo dispositivo, os anais registram a seguinte declaração: "UM SR. CONSTITUINTE: [...] Aqui diz, no inciso segundo que 'é vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar'. Isso não é vedado somente aos partidos políticos, é a qualquer entidade, até porque nos direitos do cidadão está garantido o direito de reunião, menos quando armada. Se está definido lá por que essa especificidade. Não é lícito a nenhum cidadão fazer reunião armada, evidentemente que não será também para o partido político." (Brasil, 1987b, p. 185).

apreciados, e a subcomissão pôde encerrar seus trabalhos com a aprovação do anteprojeto.

4. CONCLUSÃO

Foi possível verificar elementos da teoria da democracia militante no debate jurídico-parlamentar da Assembleia Nacional Constituinte. Não houve, no entanto, menção expressa a autores e à teoria, algo já esperado. O objetivo da pesquisa residia na busca pelas afinidades entre teoria e prática constitucional, e tais aproximações foram de fato perceptíveis.

Puderam ser constatadas na definição de que o compromisso com o regime democrático foi tomado como requisito indispensável à existência de um partido político; na preocupação em não se admitir nos quadros partidários "os mais odientos inimigos da democracia e da liberdade" (Brasil, 1987b, p. 41); na criação de normas que não só suprimissem quaisquer insurgências autoritárias nos partidos como que também punissem e desencorajassem "a propagação desses carunchos do regime democrático" (Brasil, 1987b, p. 46).

Se tais discursos guardam semelhança retórica e estão sujeitos à intepretação, as invocações à legislação estrangeira, estas são aproximações concretas. A evocação de Direito comparado, nos debates da ANC, entre a constituição brasileira e as constituições alemã, espanhola e portuguesa demonstra ciência da legislação estrangeira antiextremista em favor da autodefesa democrática e da superação de regimes autoritários.

Termos como "Loewenstein" e "democracia militante" não foram citados, mas seus desdobramentos foram expressamente consignados e discutidos. Nesse sentido, não apenas houve menção à Lei Fundamental da República Federal da Alemanha – expressão constitucional mais significativa de democracia militante – como também sua classificação enquanto "síntese mais perfeita" (Brasil, 1987b, p. 52) para a liberdade partidária e, principalmente, para a

responsabilização ante excessos: a previsão de inconstitucionalidade de partidos que tentassem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental do país.

Essa atenção ao Direito estrangeiro é reforçada no debate sobre a vedação da organização paramilitar por partidos políticos, em que rememoraram que tal medida não seria apenas óbvia como estaria em consonância com diversas constituições promulgadas após a 2ª Guerra Mundial. Uma medida, portanto, esperada e incontroversa no processo constituinte.

Ademais, como atualmente se discute, os riscos a eventuais excessos da adoção de uma democracia militante também foram captados pela emenda que suprimiu o art. 17 do anteprojeto, no qual se previa a inelegibilidade para preservação do regime democrático, tomando como base a consideração à vida pregressa do candidato. Nesse ponto, os constituintes se atentaram que a proteção ao regime democrático pode ser instrumentalizada a favor do arbítrio. Preservaram, contudo, o art. 20, que, assim como na Emenda nº 25/1985 (art. 152) e no anteprojeto da Comissão Afonso Arinos (art. 65), perpetuaram a livre criação de partidos, resguardados, dentre outros fundamentos, o regime democrático.

Em síntese, a vedação a siglas antidemocráticas não foi objeto de efusivo debate entre os constituintes. Outras questões relacionadas à dinâmica eleitoral foram objeto de maior divergência e discussão. No entanto, mesmo que sob aparente consenso, a busca por um modelo democrático defensivo e, consequentemente, pelo alinhamento de partidos políticos ao regime democrático esteve presente.

Em atenção à legislação brasileira antecedente, aos marcos constitucionais estrangeiros e às demandas do contexto histórico, os sujeitos constituintes responsáveis pela formatação constitucional do futuro art. 17 da CRFB, pelo menos na subcomissão analisada, exibiram preocupação com a criação de uma estrutura eleitoral e partidária democrática, bem como reconheceram nos partidos políticos significativo papel ao exercício da cidadania e ao aprimoramento do regime representativo.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Fundamental (1949). **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Deutscher Bundestag. Alemanha. Tradutor: Assis Mendonça, Aachen. Revisor jurídico: Urbano Carvelli, Bonn. Atualização: jun. 2022.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Cultura Constitucional**. São Paulo: Editora Dialética, 2024. (no prelo).

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Democracia Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Apresentação de emendas. **Emendas ao anteprojeto do relator da subcomissão**. Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos, 1987a.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Atas de Comissões. **Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos.** 7 de abril de 1987 a 25 de maio de 1987. Brasília: Senado Federal, 1987b.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Relatório e anteprojeto da matéria. **Anteprojeto do relator da subcomissão**. Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos, 1987c.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.**

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

BRASIL. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. **Anteprojeto constitucional elaborado pela Comissão provisória de Estudos Constitucionais**. Suplemento especial ao nº 185, Brasília, 26 set. 1986.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 25, de 15 maio de 1985**. Altera dispositivos da Constituição Federal de estabelece outras normas constitucionais de caráter transitório.

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. Democracia defensiva: origens, conceito e aplicação prática. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 133-147, 2021.

LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe, I. **The American Political Science Review**, v. 29, n. 4, pp. 571-593, ago. 1935a.

LOEWENSTEIN, Karl. Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe, II. **The American Political Science Review**, v. 29, n. 5, pp. 755-784, out. 1935b.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I. **The American Political Science Review**, v. 31, n. 3, p. 417-432, 1937a.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, II. **The American Political Science Review**, v. 31, n. 4, p. 638-658, 1937b.

LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process**. 2 ed. Chicago: Chicago University Press, 1965.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

LÜHRMANN, Anna; LINDBERG, Staffan Ingemar. A third wave of autocratization is here: what is new about it? **Democratization**, v. 26, n. 7, p. 1095-1113, 2019.

MIRANDA, Jorge. A transição constitucional brasileira e o Anteprojecto da Comissão Afonso Arinos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 25, p.123-138, 2007.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Resiliência da Constituição de 1988: erosão democrática e resposta institucional. *In:* GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Laura Pereira. **Resiliência e deslealdade constitucional:** uma década de crise. São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 73-107.

MONTEIRO, Alessandra Pearce de Carvalho. **Democracia militante na atualidade**: o banimento dos novos partidos políticos antidemocráticos na Europa. 2015. 131 f. Dissertação (Especialização em Ciências Jurídico-Políticas Menção em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

MÜLLER, Jan-Werner. Militant Democracy. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law Oxford University Press**, 2012, p. 1.117-1130.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; FERRAZ, Pedro da Cunha. Democracia defensiva no Brasil? Uma análise conceitual e jurisprudencial. **Suprema:** Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v. 3, n. 1, p. 211-238, 2023.

OLIVEIRA, Mauro Márcio. **Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987**: quais são, onde buscá-las e como usá-las. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.

PONTES, João Gabriel Madeira. **Democracia militante em tempos de crise**. 2020. 385 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1974. v. 1. (Coleção Espírito do nosso Tempo, 1).

SARMENTO, Daniel; PONTES, João Gabriel Madeira. Democracia militante e a candidatura de Bolsonaro: inelegibilidade a partir de interpretação teleológica do art. 17 da Constituição? **Jota**, 2018.

ROSENFIELD, Luis. Karl Loewenstein no Brasil de Vargas: o olhar de um jurista judeu-alemão sobre o Estado novo. **História do Direito**, [S. l.]. v. 2, n. 3, p. 169-183, 2022.

SHIRADO, Nayana. **Democracia defensiva (militant democracy) na América Latina:** limites jurídicos aos partidos políticos antidemocráticos. 2023. 517 f. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2023.

SILVA, José Afonso da. Prefácio. *In:* LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael**. A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília, Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ZANARDINE, Lincoln Renato Vieira. **Democracia militante e o contexto de erosão democrática brasileira:** entre urgências e necessidades. 2023. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023.

PROFANA INQUISIÇÃO: O CONSTRANGIMENTO CONFESSIONAL COMO SALVAÇÃO

PROFANE INQUISITION: CONFESSIONAL CONSTRAINT AS SALVATION.

Fábio Lucas Gabrich Cruz e Silva[1]

RESUMO | O presente artigo tem como objetivo fazer um estudo comparativo entre a exigência confessional operada no período inquisitorial e nos dias atuais, especialmente através do instituto da colaboração premiada, apresentando, de forma não exauriente, a utilização da máxima expressão de força pelo Estado para coagir o imputado à contribuir com a investigação de crimes complexos. Para tanto, foi realizado o estudo sobre a tortura para extrair a confissão dos hereges durante o Tribunal do Santo Ofício, bem como da utilização de prisões cautelares para persuadir os imputados a assumirem a prática de crimes e a delatar os demais envolvidos. Além disso, desenvolveu-se breve estudo sobre a evolução das sanções e a justiça penal negociada, buscando estabelecer os traços de similitude entre a extração da confissão verificada na Inquisição e na colaboração premiada, com apontamentos críticos alicerçados na evolução social, jurídica e tecnológica da humanidade em tempos hodiernos.

PALAVRAS-CHAVE | Colaboração Premiada. Confissão. Inquisição. Justiça Penal Negociada. Sanção.

ABSTRACT | *This article aims to make a comparative study between the confessional requirements operated in the inquisitorial period and today, especially through the institute of award-winning collaboration, presenting, in a non-exhaustive way, the use of the maximum expression of force by the State, to coercing the person accused of contributing to the*

1 Graduado em Direito pela PUC MINAS (2014). Especialista em Direito Público (2017) e Ciências Criminais (2018) pela mesma Instituição. Mestrando em Direito pela PUCMINAS. Delegado de Polícia da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais. Brasil. Gabrich.fabio@hotmail.com.

investigation of complex crimes. To this end, a study was carried out on torture to extract confessions from heretics during the Court of the Holy Office, as well as the use of precautionary arrests to persuade those accused of committing crimes and informing on the others involved. Furthermore, a brief study was developed on the evolution of sanctions and negotiated criminal justice, seeking to establish the traces of similarity between the extraction of the verified confession Inquisition and the award-winning collaboration, with critical notes based on the social, legal and technological evolution of humanity in modern times.

KEYWORDS|*Award-Winning Collaboration. Confession. Inquisition. Negotiated Criminal Justice. Sanction.*

1. INTRODUÇÃO

O período da Inquisição ainda causa espanto com a brutalidade e violência operada para a extração da confissão de hereges que praticavam atos tidos como atentatórios ao Estado e à Igreja. O ferro quente, o pêndulo e os açoites transluzem de forma exemplificativa a tenacidade e a crueldade utilizada pelo clero para, castigando o corpo, buscar a alegada salvação da alma do tido por herege.

Importante ressaltar a vultosa proximidade entre Estado e Igreja durante a Inquisição, o que faz com que os pecados sejam também crimes, e que os delitos sejam considerados heresias. Assim, as ordens canônica e secular se unem para o rito e execução da punição ao indivíduo, seja o herege ou o criminoso.

Mesmo com os séculos que separam o período inquisitorial e o momento atual, vislumbra-se que a busca pela confissão do imputado se apresenta como induvidosa realidade. Outrora considerada a "rainha das provas" (r*egina probationum*), tal característica aparenta não ter sido dissociada da confissão, que com igual vigor é buscada pelo sistema de justiça, principalmente através de instrumentos consensuais, ao qual se inclui a colaboração premiada, de relevância ao presente trabalho.

As torturas e penas corporais já não são toleradas pela ordem jurídica, o que não significa que a metodologia excruciante tenha sido abolida como forma de se alcançar a confissão. O método apenas se atualizou para atribuir legitimidade ao novo sistema sancionatório vigente, substituindo a integridade física do pretenso confessor por sua liberdade, através de prisões cautelares para estimulá-lo a celebrar o acordo de colaboração premiada e, assim, assumir sua culpa e indicar outros culpados.

Ressalta-se que não se busca promover crítica generalista ao instituto, tampouco tencionar sua eliminação da ordem jurídica prática. O cerne do presente trabalho busca, contudo, apontar críticas acerca da exigência confessional para a celebração do acordo de colaboração premiada, realizando pela metodologia histórica e comparativa, o cotejo com a mesma exigência inserta no período inquisitório.

Além disso, será utilizado o método dedutivo de abordagem para, analisando os dois modelos confessionais, verificar as suas semelhanças, diferenças, bem como as máculas da utilização da prisão para a celebração do acordo de colaboração premiada à dignidade do indivíduo, notadamente por aspectos capazes de, pela restrição da liberdade e pela possibilidade de atribuição de sanção mais gravosa, compatibilizarem com os suplícios operados pela inquisição.

2. A INQUISIÇÃO E SUA BUSCA PELA CULPA

A origem da inquisição ainda é objeto de controvérsia entre os estudiosos. Como leciona Cristian Rodrigo Iturralde (2011, p. 97/98), a maioria dos historiadores apontam seu início em 1231, ocasião em que o Papa Gregório IX, através da bula *Excomunicamus Et anathematizamus*, confirmou os preceitos e documentos canônicos precedentes que enfrentavam a heresia. Dentre tais documentos, incluía-se o terceiro Concílio de Latrão, de 1179, e o Concílio de Verona, de 1184, tidos por outros historiadores como as verdadeiras origens da Inquisição.

A finalidade da Inquisição, contudo, não transluz vigoroso conflito, sendo fortemente difundido que seu objetivo era o combate e erradicação da heresia, cuja etimologia é assim evidenciada:

> A palavra "heresia" deriva da palavra grega *hairesis*, que quer dizer "escolha própria"; sua tradução latina é "seita". A denominação *heresia,* como bem nota Jiménez Monteserin, não era infame antes de que se estabelecessem a da religião cristã; era entendida em um bom sentido, e significava aquela disciplina a que cada um seguia ou dedicava-se. Isto fazia com que várias seitas de filósofos fossem chamadas de heresias, fossem os estoicos, peripatéticos, acadêmicos desta ou daquela opinião, etc. O dicionário da Real Academia espanhola traduz o termo em relação a uma doutrina religiosa, como "erro sustentado com pertinácia" e "sentença errônea contra os princípios de uma certa ciência ou arte (ITURRALDE, 2011, p. 184)".

De acordo com Belloc (2000, p. 16), a heresia consiste na negação de partes essenciais de um sistema, o que provoca sua distorção e, por corolário, desembocam em aspectos sociais que são por ele influenciados. Ou seja, a heresia importaria em distorções em regras postas e aceitas em determinado sistema, sendo que sua negação poderia implicar em mácula, superação ou até mesmo a extinção de referido sistema[2].

Não se pode assim, considerando o próprio sentido conferido à palavra heresia, desprezar o aspecto político do período inquisitório, afinal, naquela época era indubitável a proximidade existente entre

2 Explica o autor: "Porque a heresia nesse sentido particular (a negação de uma doutrina cristã aceita) afeta assim o indivíduo, ela afeta toda a sociedade e quando você estiver examinando uma sociedade formada por uma religião particular, você necessariamente se preocupará ao máximo com as distorções e simplificações dessa religião. Este é o interesse histórico da heresia. Por isso, quem quiser entender como a Europa veio a ser o que é e quais foram as causas das suas mudanças, não pode tratar a heresia como algo sem importância (BELLOC, 2000, p. 16)".

Igreja e Estado, o que é exposto pelo cientista político italiano Rino Cammilleri:

> O imperador era, em sua, o vigário da divindade, e nele o temporal e o espiritual estavam indissoluvelmente ligados. Por isso, quando o Estado romano tornou-se cristão, os imperadores achavam bastante natural convocar e presidir os concílios, eleger papas e defendê-los, nomear bispos e abades. Mesmo depois da distinção colocada por Gregório VII a partir de 1073, foi preciso ainda quase um século e meio de lutas para que o princípio da autonomia (não da separação) da religião em relação à política se afirmasse. E, malgrado isso, o soberano permanecia sacro e responsável junto ao papa pela salvação eterna de seus súditos. Na verdade, o cristianismo não era apenas uma religião, mas sim uma filosofia de fundo sobre a qual se organizavam as estruturas do mundo europeu. Assim como hoje um chefe de Estado não pode declarar-se "não democrático" e não pode eximir-se de de defender, salvaguardar e buscar difundir os princípios democráticos em todos os seus aspectos, o rei medieval e o imperador não podiam dizer-se não cristãos e deviam comportar-se de acordo com isso. Isso significa que heresia e subversão política e social coincidiam perfeitamente tanto na cabeça dos ortodoxos quando na dos hereges (CAMMILLERI, 2018, p. 31/32).

O herege, que busca subverter a ordem religiosa ou social conforme alcance semântico da expressão aqui exposta seria submetido ao Tribunal da Inquisição, que tinha como teleologia a confissão em razão do aspecto religioso conferido ao crime, ainda que isso implique na condenação daquele que confessou. Isso porque "em um mundo que era antes de tudo crente, interessava mais a sorte da

alma, eterna e imortal, que o efêmero destino do corpo" (ITURRALDE, 2011, p. 350).

Aliás, a condenação não raras vezes era à morte, pena que, conforme Focault (1999, p. 11), era comumente aplicada até o século XVIII, sendo paulatinamente abolida na Europa até o século seguinte.

Antes que o corpo fosse condenado, cabia ao inquisidor buscar a confissão do herege para que, arrependido, pudesse ter sua alma remida para apreciar a salvação eterna no pós-vida. Para tanto, era admitida a tortura para, segundo Eymerich (1376, p.18), quebrar a resistência do interrogado e fazer com que ele vacile nas respostas.

Confessando, competia ao acusado abjurar-se antes da execução de sua condenação, muitas vezes, como dito, à morte, perdendo o corpo, mas salvando alma, o que de fato era relevante à comunidade de outrora, mística e teocêntrica, em que as "prescrições contidas na Sagrada Escritura funcionam como norma fundamental em sentido kelseniano (BATISTA, 2002, p. 165)[3]".

Até por tal característica, em caso de dúvidas acerca da prática de heresia, buscava-se a culpa do acusado através dos chamados "Juízos de Deus", pautado na crença de que a divindade revelaria a verdade através de testes a que o acusado era submetido. Era exatamente o que se verificava nos ordálios, conforme explica Marcelo Moreira Ferrasin:

> A culpabilidade em um litígio era atribuída à parte que sucumbia ao teste físico – por uma queimadura na mão, no ordálio da água fervente e no ordálio do ferro em brasa; pelo fato de não afundar, após ser lançada em uma piscina, como se tivesse sido rejeitada pela

3 Explica o autor: "O sistema penal canônico se apresenta, assim, como o instrumento de uma ordem totalizante e inexorável, que não admite contestação ou desobediência, e a submissão do réu é recortada também a partir de uma drástica redução na operatividade de sua defesa. Sem trocadilho, a repressão às heresias cria o maniqueísmo penal, onde uma ordem virtuosa, representada pelo tribunal canônico, contempla o desviado inerme, cuja alma deve ser reconduzida ao grande programa salvacional da igreja, ainda que ao custo de seu extermínio físico (BATISTA, 2002, p. 165)".

> água, no ordálio da água fria; a derrota no duelo judiciário, entre outras formas. Esses resultados foram considerados como "juìzos de Deus" (judicium Dei), pois se acreditava que Deus revelava a verdade de um caso por meio de sinais incontestes expostos naquele que não resistia à prova (FERRASIN, 2011, p. 1).

Em suma, pela mera suspeita da prática de condutas indesejadas, o acusado era dolorosamente conduzido à condenação, seja através da tortura para a sua confissão, seja pelos órdalios, para indicar de forma induvidosa sua culpa pela atribuição divina[4].

Pela simbiose das forças religiosa e política, em que os "desvios da fé se convertem em delitos públicos (BATISTA, 2002, p. 172)", a violência e a publicidade das punições fazem com os súditos se mantenham dóceis tanto ao Estado quanto à Igreja, que os manipulam pelo poder disciplinar a cumprirem de forma incontestável as determinações dessas instituições. Foucault leciona sobre a concepção de mecanismos de poder para a manutenção da docilidade útil do corpo social:

> O exercício da disciplina supõe um dispositivo que obrigue pelo jogo do olhar; um aparelho onde as técnicas que permitem ver induzam a efeitos de poder, e onde, em troca, os meios de coerção tornem claramente visíveis àqueles sobre que sem aplicam (FOCAULT, 1999, p. 143).

4 Nesse sentido, leciona Anibal Bruno: A situação agravava-se pelas condições do processo, com a falta de publicidade, ausência de defesa e os meios inquisitoriais com que se procurava estabelecer a culpabilidade. Praticamente, o acusado caminhava sempre para a condenação: arrancava-se dele, por meio da tortura, a confissão, mesmo de fatos que não cometera, ou se confirmava a sua culpabilidade pelo processo absurdo das ordálias (BRUNO, 1978, p. 90).

Os abusos do processo e a persistente busca pela confissão através da tortura e dos ordálios aplicados na Idade Média, inclusive com a publicidade dos suplícios como demonstração de pujança do Estado, fizeram emergir a preocupação com a humanização das penas e do procedimento, o que foi em muito influenciado pela obra de Beccaria e pela nova visão sobre o ser humano impulsionado pelo iluminismo e os estudos de Kant.

Decerto, da nova concepção conferida à pena de morte e a redução paulatina das penas corporais, até a adoção do atual sistema punitivo estatal, incluindo a prisão como pena e os institutos de justiça penal negociada, vislumbrou-se anos de evolução social e jurídica, até chegarmos aos modelos de sanção pretensamente menos atentatórios à dignidade da pessoa humana.

3. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

A justiça penal negociada consiste no conjunto de institutos pautados no consenso para a solução da questão criminal. De acordo com Flávio da Silva Andrade, pela sinergia de vontades entre os envolvidos, determinada demanda penal é solucionada de forma mais célere e eficiente, sem tolher as garantias do imputado e os desideratos das penas:

> Portanto, quando se fala em consensualismo no processo penal, faz-se alusão ao encontro de vontades entre as partes, aos espaços ou zonas reservados à solução pela via consensual. O consenso pode se apresentar de diversas maneiras no âmbito da justiça criminal, dependendo da opção de cada ordenamento jurídico. É retratado pelos acordos ou negociações entre a acusação e a defesa tendentes a solucionar o conflito de maneira mais simples, célere e eficiente. Os instrumentos e espaços ou zonas de consenso não são concebidos para contrastar com as garantias processuais do acusado, mas para aproximar as partes

> a fim de que, em conjunto, encontrem uma solução pactuada destinada a pacificar a tensão causada em decorrência da prática do delito, "servindo, simultaneamente, às finalidades tradicionais, preventivas, do direito penal, ao reestabelecimento da paz jurídico-social e à reabilitação do autor" (ANDRADE, 2020, p. 210).

Conforme Aury Lopes Jr (2023, p. 4), o consensualismo foi inserido no Direito Penal pela Lei n° 9.099/95, que regulamentou os institutos negociais da composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo, revelando tratar-se de caminho sem volta que foi ainda mais elastecido pelo Acordo de Não Persecução Penal, trazido pela Lei n° 13.964/19.

Em verdade, antes mesmo da Lei n° 9.099/95, contemplava-se a existência da colaboração premiada na Lei de Crimes Hediondos, que em seu artigo 8°, parágrafo único, permitia e permite ainda em tempos hodiernos, a redução de pena àquele que denunciar o bando ou a quadrilha à autoridade pública, sendo, assim, inegável expressão negocial aplicável ao Direito Penal.

Tais institutos promovem a mitigação do tradicional modelo conflitivo de justiça criminal, permitindo, pela dialética, a construção de decisões mais céleres, participativas e tendencialmente mais justas.

Esse modelo de justiça criminal é compatível com a teoria deliberacionista de democracia, pautada na utilização do diálogo para a construção de decisões que irão influenciar a vida dos cidadãos e da própria sociedade, como explicam Mendonça e Martins:

> Os defensores do modelo deliberacionista de democracia têm realizado um esforço considerável para conceituar o processo de debate público de maneira bastante ampla, salientando que ele não se localiza em uma única arena ou conversa. A noção de sistemas deliberativos, inicialmente proposta por Jane Mansbridge (2006), ressalta exatamente

> como o processo de discussão pública depende de várias arenas distintas que se conectam, incluindo desde conversações informais cotidianas até as arenas decisórias do sistema político, passando por ambientes como a mídia e a internet. Para os defensores dessa visão, a institucionalização da democracia deliberativa requeria compreender de que maneira diferentes arenas e instituições podem promover elementos essenciais à deliberação (MENDONÇA e MARTINS, p.44).

Habermas, em sua teoria do agir comunicativo, também explica que se deve "considerar o procedimento democrático a partir de pontos de vista da teoria do discurso: sob as condições do pluralismo social e de visões de mundo, é o processo democrático que confere força legitimadora ao processo de criação do direito" (HABERMAS, 2002, p. 291/292). É dizer, portanto, que a justiça penal negociada se compatibiliza com os mais modernos sistemas democráticos, filosóficos e jurídicos[5].

No entanto, em que pese os diversos aspectos positivos do consensualismo penal, alguns inconvenientes também são verificados, sendo a exigência da confissão para os institutos da colaboração premiada e o acordo de não persecução penal, talvez o mais conspícuo deles.

Isso porque a abreviação do procedimento criminal e a diminuição da sanção a ser suportada pelo imputado podem impulsionar confissões falsas ou levianas, esteadas no medo do processo futuro e de sua duradoura vinculação a ele, bem como – e, sobretudo – pelo receio de condenação mais severa do que as condições primariamente ofertadas. Nesse sentido:

5 , Flávio da Silva Andrade apregoa que "as zonas e instrumentos de consenso, sobretudo num Estado de Direito e de perfil democrático, tendem a favorecer a construção de um modelo de processo penal comunicacional ou dialógico, com mecanismos que viabilizem, quando possível, uma solução mais rápida e satisfatória pela via da negociação e do acordo (ANDRADE, 2020, p. 210)".

> Além de tais aspectos tidos por desvantajosos, a solução consensual em comento apresenta alguns riscos. Entre a certeza de uma condenação atenuada e a incerteza de uma condenação mais severa, pode um acusado, sem o devido amparo defensivo, vir a confessar falsamente a prática do delito. A autoincriminação falsa pode acontecer por vários motivos apontados na doutrina, daí que é imprescindível a existência de base factual em que se alicerce (ANDRADE, 2020, p. 231).

Ainda mais perigoso, como será visto no tópico seguinte, é a vinculação da liberdade do imputado à sua confissão e delação de eventuais coautores, sendo capaz de subverter o aspecto ético e moral a que o Estado deve prezar e, ainda, infundir o terror psicológico àquele a quem é dirigida a proposta, estimulando-o a reconhecer a culpa ou delatar terceiros, ainda que inconvicto de seu agir.

4. A CONFISSÃO COMO REQUISITO DE LIBERDADE E SALVAÇÃO

Para o direito canônico, a confissão – ou penitência – consiste no sacramento pautado na assunção e repúdio aos pecados praticados após o batismo, seguidos da absolvição concedida pelo representante clérigo, que impõe ao confessor o cumprimento de dever, isto é, a penitência:

> Durante os séculos, o sacramento da penitência teve diversas mudanças, mas os elementos essenciais permaneceram intactos. Tais elementos apresentam a doutrina essencial sobre este sacramento: 1) A confissão dos pecados graves segundo o número e a espécie, realizada diante do ministro legítimo, isto é, autorizado pela Igreja; 2) A contrição, que significa o repúdio ao pecado cometido, juntamente com o

> propósito de não tornar a cometê-lo; 3) A absolvição pelo ministro que exerce a função de médico e juiz em todo o rito penitencial, avaliando1 a gravidade do pecado e os sentimentos de arrependimento do penitente; 4) A satisfação, isto é, cumprir a penitência (GERALDO, 2012, p. 27).

Enquanto a confissão no direito canônico busca a resipiscência, no âmbito processual penal a confissão possui cariz probatório, caracterizada pela assunção da prática de determinada infração penal. Eis as lições de Nucci:

> Confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso.
> (...) Trata-se, por certo, de um conceito jurídico, pois vulgarmente confessar ganha outras conotações mais singelas: revelar, reconhecer a verdade de alguma coisa, deixar transparecer, admitir fato prejudicial, dentre outras (NUCCI, 1997, p. 76/77).

A confissão, embora relacionada à temática de provas, de natureza processual penal, poderá trazer benefícios de ordem penal ao confessor, funcionando como atenuante genérica prevista no artigo 65, inciso III, *"d",* do Código Penal, como requisito à celebração do acordo de não persecução penal, que desembocará, se cumprida as condições, na extinção da punibilidade do agente e, ainda, somada à contribuição para as investigações, viabilizar a realização de acordo de colaboração premiada, sendo este último de maior relevância ao presente trabalho.

Conforme Gisela Borges de Araújo, a colaboração premiada consiste em um "acordo firmado entre o sujeito passivo da persecução penal e a acusação, com o propósito de que esse atue de forma convergente à investigação em contrapartida ao recebimento de um benefício de redução de sanção ou mesmo a concessão de imunidade (ARAÚJO, 2019 p. 113)".

Embora não seja a primeira manifestação de incentivos penais a quem colaborar com a apuração, a Lei de Organizações Criminosas (Lei n° 12.850/2013) figura, certamente, em posição destacada, sendo comum a sua remissão quando se trata do assunto.

Fator que alavanca a relevância do instituto situa-se na dificuldade de se investigar as organizações criminosas, que não raramente penetram o Estado e capturam a máquina pública, envolvendo agentes dos poderes para concretizarem seus objetivos obscuros e perenizá-los em seu eixo ou região de atuação.

Assim, mais que a falência do Estado em apurar tais crimes, nota-se, em verdade, o real envolvimento de seus agentes, o que faz com que os delitos praticados pela grei se mantenham ainda mais abscônditos, e sua apuração ainda mais árdua.

Por isso a contribuição do imputado é um dos pilares motivacionais para que o sistema de justiça penal concorde com a redução do alcance de seu poder punitivo. Caso contrário, tais crimes poderiam não ser sequer conhecidos ou suficientemente conhecidos pelas Autoridades Públicas.

Assim vislumbram-se, decerto, benefícios recíprocos aos celebrantes do acordo de colaboração premiada, sendo o imputado favorecido com a redução ou isenção da sanção cabível ao crime por ele praticado, e ao órgão acusador ou investigativo pelo recebimento de informações até então desconhecidas, que implicam no impulso apuratório e no alcance de informações capazes de subsidiar sua pretensão ressarcitória, mormente quando relacionada a recursos públicos.

O instituto, decerto, promoveu inegáveis contribuições ao sistema jurídico pátrio, concebendo um instrumento capaz de, ainda

que de forma insuficiente, enfrentar o crime organizado, o que não era feito outrora pela enorme dificuldade de se alcançar provas. Aliás, antes da colaboração premiada, ainda que se que tivesse informações propedêuticas, a apuração poderia encontrar entraves pela incapacidade de maior imersão sem a contribuição do imputado. E este, sem receber qualquer incentivo, dificilmente optaria por promover tal auxílio.

Além disso, institutos similares são verificados no direito comparado, como ocorre com o *plea bargaining* norte americano, e a colaboração premiada do Direito Penal alemão.

No entanto, o que gravita sobre a problemática aqui proposta é a exigência confessional para a celebração do acordo, sobretudo quando se condiciona a liberdade do imputado à sua subscrição. Em outras palavras, o problema consiste na utilização de prisões cautelares para estimular a celebração de acordos de colaboração premiada.

A referida prática foi sobejamente denunciada durante a chamada Operação Lava Jato, sendo objeto de críticas de vários juristas, como Lênio Streck e André Trindade:

> Sem nenhum constrangimento, arvora-se em legislador e estipula uma nova hipótese de fundamentação da segregação cautelar: a prisão preventiva que serve para a delação premiada. Ou seja, a prisão não é exceção, a prisão não tem requisitos constitucionais. Não. A prisão, agora, é para o acusado "abrir o bico" (STRECK e TRINDADE, 2014).

Como indicado algures, durante a Inquisição era admitida a tortura dos hereges para buscar sua confissão e salvar-lhes a alma, ainda que a prática confessional desembocasse na perda de sua vida, sendo a pena de morte a mais comumente aplicada outrora. Além disso, a tortura também era aplicada para que o acusado indicasse

outros hereges, conforme explicitado na Bula *Ad Extirpanda*, criada pelo Papa Inocêncio IV, em 1952:

> Lei 25: Ademais, o potentado ou o governante deve coagir todos os hereges aprisionados, sem chegar a amputação dos membros e ao risco de morte, a se considerarem verdadeiramente como ladrões, assassinos das almas e assaltantes dos sacramentos de Deus e da fé cristã, a reconhecerem expressamente seus erros e a acusar outros hereges que conhecerem, e identificarem os bens deles, os partidários, os acolhedores e os defensores dos mesmos, tal como os ladrões e os assaltantes dos bens temporais são obrigados a acusar seus cúmplices e a reconhecer os crimes que cometeram (RUST, 2014, p. 223).

Para o Inquisidor Nicolau Eymerich (1376, p.18), também já citado neste artigo, a tortura devia ser aplicada ao herege para quebrar sua resistência e fazer com que ele confessasse.

Nesse cenário, há de se notar a similitude semântica dos escritos que autorizam a tortura para estimular o herege a confessar sua culpa e delatar outros hereges, com o conceito de colaboração premiada doravante aposto:

> Logo, a colaboração premiada é um acordo realizado entre acusador e defesa, visando ao esvaziamento da resistência do réu e à sua conformidade com a acusação, com o objetivo de facilitar a persecução penal em troca de benefícios ao colaborador, reduzindo as consequências sancionatórias à sua conduta delitiva (VASCONCELOS, 2017, p.55/56).

Assim, é possível perceber que a tortura, no período da Inquisição, e a prisão cautelar para a celebração do acordo de colaboração

premiada no Estado pretensamente democrático de agora, revelam similar finalidade: a confissão e a colaboração do imputado.

5. A ESPERANÇA DE LIBERDADE COMO SUPLÍCIO

É cediço que antes do período humanista, capitaneado por Beccaria, o corpo era o alvo das sanções, sendo vastos na literatura os registros de açoitamentos, humilhações, suplícios, marcas de ferro quente, mortes em fogueira e por enforcamento, como narrado por Focault:

> A marca a ferro quente foi abolida na Inglaterra (1834) e na França (1832); o grande suplício dos traidores já a Inglaterra não ousava aplicá-lo plenamente em 1820 (Thistlewood não foi esquartejado). Unicamente o chicote ainda permanecia em alguns sistemas penais (Rússia, Inglaterra, Prússia). Mas, de modo geral, as práticas punitivas se tornaram pudicas. Não tocar mais no corpo, ou o mínimo possível, e para atingir nele algo que não é o corpo propriamente (FOCAULT, 1999, p. 14).

Com a evolução social e jurídica, centrada, sobretudo, na releitura da posição do indivíduo no mundo, as punições corpóreas cedem lugar as penas patrimoniais, restritivas de direito e, em último caso, privativa de liberdade.

A prática da tortura para se alcançar a confissão e a colaboração do herege incidia, portanto, em objetos cujas penas podiam alcançar, isto é, a integridade física e a dignidade do torturado.

Em tempos hodiernos, a liberdade é o objeto último de intervenção estatal, razão pela qual o Direito Penal, do qual se insere as penas dessa natureza, se aporta no fastígio do sistema punitivo, figurando como a última razão do Estado.

Verifica-se, portanto, que assim como no período inquisitorial, o Estado em tempos atuais também utiliza sua máxima expressão de força, isto é, a privação de liberdade, para fazer com o indivíduo admita determinada prática delituosa e indique novos fatos ou pessoas a serem investigados.

É certo que a prisão cautelar, seja temporária ou preventiva, deve albergar os pressupostos, fundamentos e causas de admissibilidade, sejam os previstos na Lei n° 7.960/89 (prisão temporária), ou no Código de Processo Penal (prisão preventiva).

No entanto, o fundamento da garantia da ordem pública para a prisão preventiva, previsto no artigo 312, do Código de Processo Penal, é deveras amplo, sendo possível de ser utilizado, caso desejado, como supedâneo para estimular o indivíduo a realizar o acordo de colaboração premiada, embora travestidos de legalidade através de argumentos que a legitimam. Essa amplitude do fundamento para a prisão cautelar é exposta por Aury Lopes Jr, que menciona, inclusive, a influência da mídia para sua decretação:

> Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão "bem" sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes.
> (...) Explorado midiaticamente, o pedido de prisão vem na continuação, sob o argumento da necessidade de tutela da ordem pública, pois existe um "clamor social" diante dos fatos... Ou seja, constrói-se midiaticamente o pressuposto da posterior prisão cautelar. Na verdade, a situação fática apontada nunca

> existiu; trata-se de argumento forjado (LOPES JR., 2023, p. 775/776).

Vislumbra-se, assim, a utilização de prisões cautelares para impulsionar a celebração de acordos de colaboração premiada, revelando não só a incursão ilegal na esfera jurídica do indivíduo através do desvirtuamento do instituto constritivo, mas, também, a completa incapacidade do Estado em apurar a criminalidade complexa sem a participação ativa e efetiva de um dos envolvidos.

A colaboração premiada conquistada através da prisão cautelar revela, pois, o pináculo do desespero estatal para demonstrar sua pseudo eficiência no combate às organizações criminosas e à corrupção.

No entanto, privar a liberdade do indivíduo para coagi-lo a confessar seus crimes e, ainda, delatar terceiros, se assemelha à tortura operada durante a inquisição para alcançar a confissão dos hereges e a indicação de outros cujas práticas tinham conhecimento. Aliás, são vastas as vozes que ecoem nesse sentido, conforme compêndio de Suxberger e Melo:

> No meio acadêmico, a crítica acima apresentada encontra ecos. Durante ato em defesa da democracia na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH), da Universidade de São Paulo (USP), chegou-se a afirmar que "prisão preventiva para obter a delação premia da é tortura". Aury Lopes Jr., em ocasião diversa, também associou a suposta prática com a tortura. Em suas palavras, seria uma "releitura do modelo medieval, em que se prendia para torturar, com a tortura se obtinha a confissão, e, posteriormente usava-se a confissão como a rainha das provas." Diogo Malan menciona expressamente o uso da prisão temporária como estratégia de coação física e psicológica, "podendo se prestar ao fim da extorsão de confissão ou delação premiada do

> investigado, sob a ameaça – explícita ou velada – de a autoridade policial requerer a sobredita prorrogação de prazo" (SUXBERGER E MELO, 2017, p. 195/196).

John Langbein, professor da Universidade de Yale, nos Estados Unidos, faz a comparação entre o *plea bargaining (*modelo de justiça penal negociada norte amerciana) e os métodos de tortura da Europa mediaval, indicando que assim como outrora, se percebe atualmente a coerção ao indivíduo para celebrar o acordo e confessar sua culpa:

> Mas a tortura, como os advogados europeus medievais entenderam, não tinha nada a ver com má conduta oficial ou com sanções criminais. Em vez disso, a aplicação da tortura era uma rotina e uma característica supervisionada judicialmente do processo penal europeu. Sob certas circunstâncias, a lei permitiu que os tribunais criminais empregassem coerção física contra suspeitos de crimes, a fim de induzi-los a confessar. A lei não mediu esforços para limitar esta técnica de extorquir confissões a casos em que se pensava que o acusado era altamente provável de ser culpado, e cercar o uso da tortura com outras salvaguardas que discutirei em breve. Na América do século XX, replicamos a experiência do processo penal europeu medieval: Passou de um sistema adjudicatório para um sistema concessional. Nós coagimos o acusado contra o qual encontramos causa provável para confessar sua culpa. Na verdade, nossos meios são muito mais educados; não usamos rack, nem parafuso de dedo, nem bota espanhola para esmagar as pernas. Mas, tal como os europeus de séculos distantes que empregaram essas máquinas, o que fazemos é terrivelmente caro para um acusado reivindicar o seu direito à salvaguarda constitucional do julgamento. Ameaçamo-lo com uma sanção materialmente aumentada se ele fizer uso do seu direito e for posteriormente condenado. Esse

> diferencial de sentença é o que torna a negociação de pena coercitiva. Há, claro, uma diferença entre ter o seu membros esmagados se você se recusar a confessar, ou sofrer alguns anos extras pena de prisão se você se recusar a confessar, mas a diferença é de grau, não de tipo. O *plea bargaining*, assim como a tortura, é coercitiva (LANGBEIN 1978, p. 12/14).

A coerção à celebração do acordo de colaboração premiada através da prisão revela toda a perversidade estatal, que se vale de sua máxima expressão punitiva para coibir o indivíduo a subscrevê-lo.

É inegável a aproximação de tal prática ao período inquisitorial. Em que pese a ausência de castigos corpóreos para estimular a cooperação do imputado, verifica-se o suplício físico e psíquico através do cerceamento da liberdade e o terror constante de sofrer maior punição.

Tal qual a inquisição, o Estado utiliza de toda sua força para conseguir a colaboração do imputado. Enquanto naquela época, em que se era admitida a tortura e até mesmo a pena de morte, mecanismos para impingir sofrimento físico ao herege eram aplicados para a confissão, atualmente se busca a colaboração do imputado através de sua liberdade, sendo a última baliza sancionatória admitida pelo direito moderno.

Vislumbra-se que o Estado persiste em utilizar a máxima expressão de força tolerada pelo período histórico e social em que se situa, para buscar a confissão e a contribuição de indivíduos acusados da prática de crimes complexos, buscando evidenciar sua capacidade de resposta a tais fenômenos, que por serem cada vez mais difundidos e publicizados pelos diversos instrumentos midiáticos, exige a resposta estatal.

Em exemplo recente, pode ser rememorada a colaboração premiada do tenente-coronel Mauro Cid, que após homologada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Petição n° 10.405, foi posto em

liberdade pelo Ministro Alexandre de Moraes. Tal fato foi amplamente divulgado pela mídia.

Aliás, é válida a reflexão de que violência e publicidade são características da punição medieval, pautada em seu vetor intimidatório e na exteriorização da insuperabilidade do Estado, como leciona Focault:

> Ora, curiosamente, essa engrenagem dos dois rituais através do corpo continua, feita a prova e formulada a sentença, na própria execução da pena. E o corpo do condenado é novamente uma peça essencial no cerimonial do castigo público. Cabe ao culpado levar à luz do dia sua condenação e a verdade do crime que cometeu. Seu corpo mostrado, passeado, exposto, supliciado, deve ser como o suporte público de um processo que ficara, até então, na sombra; nele, sobre ele, o ato de justiça deve se tornar legível para todos (FOCAULT, 1999, p. 38).

Enfim, o retorno à barbárie e à objetificação do ser humano como resposta ao crime de difícil elucidação e, também, como resposta à sociedade sobre a ilusória eficiência do Estado em seu enfretamento.

Embora as vastas semelhanças entre a inquisição e o atual momento, há de se aclarar uma distinção. Aos hereges, atinge-se o corpo para salvar-lhes a alma, enquanto aos imputados no contexto da colaboração premiada, se salva o corpo, concedendo-lhe a liberdade, mas macula-se a alma através da confissão e da delação dos demais membros da organização criminosa, tido por muitos como prática imoral do delator estimulada pelo Estado. Vejamos:

> Aqui, mais uma vez, assim como no caso dos agentes infiltrados, encobertos ou provocadores, o Estado lança mão de um instrumento violador da confiança entre os homens, um instrumento que se caracteriza pela traição, pela pressão, pela coerção psíquica para

> a sua perfectibilização, gerando uma "permissividade imoral ditada pela própria lei" (MOREIRA, 2003, p. 27). Roberto Garcia ainda completa afirmando que "delação sempre é ato imoral e aético" (GARCIA, 2006, p. 2). Não podemos concordar, desse modo, com a delação premiada que não se verifica como espontânea e voluntária, que não se deu às claras, após o suspeito ou acusado consultar um advogado, a fim de conhecer os seus direitos e as consequências de seu gesto (WEDY, 2016, p. 226).

Eis o dilema posto ao colaborador com o estímulo ativo do Estado, cabendo-lhe escolher entre a liberdade ou confissão e delação de terceiros. Ou seja, o impasse entre o corpo e a alma.

Há de se ressaltar que nem toda a colaboração premiada realizada por imputado preso deve ser considerada ilegal, havendo hipóteses em que haverá a conformidade do instituto com a prisão cautelar. Como exemplo, concebamos determinado indivíduo que, compondo uma organização criminosa, tenha praticado diversos crimes. No curso da investigação, referido indivíduo ainda ameaçou testemunhas, fazendo com que sua prisão preventiva fosse decretada por conveniência da instrução criminal.

Arrependido, o indivíduo decide colaborar com a apuração dos fatos, revelando, devidamente assistido por seu advogado, todos os crimes que praticou e, também, contribuindo com a recuperação parcial do proveito dos crimes praticados pela organização criminosa, nos termos do artigo 4°, inciso IV, da Lei n° 12.850/13[6].

6 Lei n° 12.830/ 2013: Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

No exemplo dado, vislumbra-se que a prisão preventiva foi devidamente fundamentada e, ainda, que o indivíduo não foi coagido, através de sua própria liberdade, a celebrar o acordo de colaboração premiada, o que o faz legítimo.

O que se critica, contudo, é a utilização de prisões preventivas esteadas em argumentos genéricos e vagos (viabilizado, como dito anteriormente, no fundamento da garantia da ordem pública), para que o Estado crie a condição necessária a coagir o indivíduo a confessar o crime, contribuir com as investigações e delatar eventuais coautores, o fazendo através da promessa de liberdade àquele que colaborar.

6. CONCLUSÃO

É certo que o Estado insiste em extrair confissões e delações dos imputados, valendo-se, para tanto, de sua máxima manifestação de poder, que varia a depender do momento histórico analisado.

Durante o período inquisitorial, em que Estado e Igreja eram imbricados, assim como o eram crime e pecado, a tortura física era empregada para buscar a confissão e delação do herege, sendo utilizados os instrumentos e formas admitidas pela ordem jurídica de outrora. A confissão buscava a resipiscência e a expurgação dos pecados, garantindo a vida eterna ao então herege, ainda que privado da vida no mundo corpóreo por sua condenação a morte, em um espetáculo público para evidenciar a insuperável força da justiça canônica e secular. Com isso, mantinham-se dóceis os súditos e fiéis, tornando as decisões do Estado e da Igreja incontestáveis.

Atualmente, após anos de evolução jurídica e social, e da crescente preocupação com o ser humano e seus direitos, contempla-se traços de similitude metodológica para se extrair a confissão do imputado. Embora não mais se impinja ao indivíduo o sofrimento corporal, nem mais o conspurque com a marca de seu crime, o Estado,

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (BRASIL, 2013);

acompanhando a evolução do Direito, também evoluiu na forma de incutir sofrimento ao cidadão, limitando seu agir às possibilidades punitivas admitidas pelo ordenamento jurídico.

Agora, para fazer com que o indivíduo confesse os crimes complexos e de difícil apuração, e para impulsioná-lo a delatar os comparsas, o Estado se vale da prisão cautelar, fundamentando-a para garantir-lhe legitimidade, ainda que despedido de fundamento que a justifique.

Assim o Estado revela aos cidadãos sua força e capacidade de resposta a fenômenos complexos, como o crime organizado e a corrupção, o fazendo através de um espetáculo igualmente público, não na praça, como no medievo, mas pela televisão, internet e outros instrumentos midiáticos.

Volve-se o impasse ao imputado. Se na Inquisição perdia-se o corpo, mas salvasse a alma, agora se ganha a liberdade, perdendo-se a alma pela confissão e incriminação de terceiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Flávio da Silva. **O consenso no processo penal e o rito abreviado fundado na admissão de culpa: (in)compatibilidade constitucional,vantagens, desvantagens e perigos.** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 3. Setembro a Dezembro de 2020. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/45930. Acesso em: 17 dez. 2023.

ARAÚJO, Gisela Borges de. **Da Legitimidade do delatado para impugnação do acordo de delação premiada.** Colaboração Premiada: aspectos teóricos e práticos, p. 111-138. Coordenação André Luís Callegari. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro.** 2ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, Freitas Bastos, 2002.

BELLOC, Hilaire, 1870-1953. **As grandes heresias**. tradução Antônio Emílio Angueth de Araújo. Niterói, RJ: Permanência, 2009.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 5 nov. 2024.

BRUNO, Anibal**. Direito Penal, Tomo 1°.** São Paulo: Forense, 1978.

CAMMILLERI, Rino**. A verdadeira história da Inquisição.** Tradução de Luciano Machado Tomaz e Ulisses Trevisan. São Paulo: CEDET, 2018.

CUNHA, Eleonora Schettini Martins; MENDONÇA, Ricardo Fabrino. **Introdução à Teoria Democrática: Conceitos, Histórias, Instituições e Questões Transversais**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2018.

EYMERICH, Nicolau**. Manual dos Inquisidores**, comentários de Francisco Pena. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos.

FERRASIN, Marcelo Moreira. **Ordálios, historiografia e os escritos episcopais de Agobardo e Hincmar.** Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH. São Paulo, julho 2011, p. 1. Disponível em:http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1308183915_ARQUIVO_Artigoordalios- ANPUH.pdf. Acesso em 19 dez. 2023.

FOUCAULT, Michel**. Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GERALDO, Denilson. **O sacramento da penitência em perspectiva canônica, teológica e pastoral.** Revista de Cultura Teológica - v. 20 - n. 77 - Jan/MaR 2012. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/index.php/culturateo/article/view/14538/10568. Acesso em: 14 dez. 2023.

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

ITURRALDE, Cristian Rodrigo**. A Inquisição – Um tribunal de misericórdia.** Tradução de Mateus Leme. São Paulo: CEDET, 2011.

LANGBEIN. John H. - **Torture and Plea Bargaining.** *University of Chicago Law Review*: Vol. 46: Iss. 1, Article 3. 1978.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 20ª EDIÇÃO. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RUST, Leandro Duarte. Bulas Inquisitoriais: **"Ad Extirpanda" (1252).** Revista Diálogos Mediterrânicos, *[S. l.]*, n. 7, p. 200–228, 2014. DOI: 10.24858/124. Disponível em: https://www.dialogosmediterranicos.com.br/RevistaDM/article/view/124. Acesso em: 20 dez. 2023.

STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam**. "O passarinho para cantar precisa estar preso". Viva a inquisição.** Disponível em https://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-passarinho-pra-cantar-estar-preso-viva-inquisicao, acesso em: 07/02/2021.

SUXBERGER, Antonio H. G.; MELLO, Gabriela S. J. V**. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40. Acesso em: 22 de dezembro de 2023.

Vasconcellos, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal.** 2. ed., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

WEDY, Miguel Tedesco**. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios.** Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 18, n. 3, p. 213-231, set./dez. 2016.

O CONTROLE JUDICIAL DA AUTONOMIA MILITAR NO MARCO DO DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE

JUDICIAL CONTROLE OF MILITARY AUTONOMY WITHIN THE FRAMEWORK OF THE RIGHT TO MEMORY AND TRUTH

André Freire Azevedo[1]

Lorena Martoni de Freitas[2]

RESUMO | Por estar diretamente vinculada à formação de uma identidade social, a memória do passado é um campo construído coletivamente, atravessado por diferentes narrativas e permeado por disputas de interesses. Um episódio recente na história brasileira evidencia essa dinâmica: em março de 2020, o ex-presidente Jair Bolsonaro determinou a celebração do dia 31 de março de 1964 pelas Forças Armadas. Na contramão de políticas públicas já consolidadas no país, voltadas a assegurar a memória e a verdade próprias a uma justiça de transição, a data do golpe civil-militar foi apresentada como um importante marco para a democracia brasileira. A questão foi então judicializada, chegando a ser apreciada no Supremo Tribunal Federal. Tendo isso em vista, este trabalho busca analisar a problemática à luz dos Sistema Interamericano de Direitos Humanos e da experiência transicional brasileira, com o objetivo de interrogar o papel do Poder Judiciário no controle da autonomia militar.

PALAVRAS-CHAVE | Autonomia militar. Golpe de 1964. Justiça de transição. Direito à memória e à verdade.

1 Doutorando em Direito (UnB) sob a orientação do Prof. Dr. Cristiano Araújo Paixão, com estágio de pesquisa na *University of Texas at Austin*. Professor Adjunto de Direito Público, Direitos Humanos e Teoria do Direito na Universidade Federal do Oeste do Pará (UFOPA). Mestre e graduado em Direito (UFMG). Consultor Legislativo de Direitos Humanos e Ciência Política da Câmara dos Deputados. Email: andre.azevedo@ufopa.edu.br.

2 Doutora, mestra e bacharela em Direito pela UFMG. Professora de Teoria do Direito e bolsista de produtividade (PQ/UEMG) na Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG/Diamantina). Email: lorenamartonifreitas@gmail.com.

ABSTRACT | *Directly linked to the formation of social identity, the memory of the past is a collectively constructed field, shaped by different narratives and marked by conflicting interests. A recent episode in Brazilian history illustrates this dynamic: in March 2020, former president Jair Bolsonaro ordered the armed forces to celebrate March 31, 1964. Contrary to the established public policy of preserving memory and truth as part of transitional justice, the date of the civil-military coup was framed as a significant milestone for Brazilian democracy. Subsequently, the issue has been litigated, reaching the Federal Supreme Court. This article examines this issue through the lens of the Inter-American Human Rights System and Brazil's experience with transitional justice, with the aim of questioning the role of the judiciary in overseeing military autonomy.*

KEYWORDS | *Military autonomy. 1964 coup. Transitional justice. Right to memory and truth.*

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar criticamente, sob o ponto de vista da justiça de transição e dos direitos humanos consolidados internacionalmente, o controle civil da autonomia militar no âmbito judicial a partir do caso da "Ordem do dia – 31 de março de 1964", publicada no *site* do Exército Brasileiro, que coloca em questão a legalidade da (re)produção de narrativas revisionistas sobre a ditadura militar brasileira em instituições públicas brasileiras.

Trata-se de uma pesquisa ainda em desenvolvimento, que busca interrogar o papel do Poder judiciário no controle da autonomia militar, a partir de hipótese jurídica que sustenta a impossibilidade de que agentes públicos, no desempenho da função, neguem a versão oficial estabelecida no relatório da Comissão Nacional da Verdade.

Entende-se aqui por autonomia militar a capacidade institucional dos militares de estabelecerem objetivos próprios – que podem ou não coincidir com os interesses de outros grupos políticos da sociedade civil – e executá-los em detrimento de regras democráticas; e o controle

civil como a capacidade das autoridades constituídas – Executivo, Legislativo e Judiciário – e a sociedade civil organizada de limitar essa autonomia (ZAVERUCHA E TEIXEIRA, 2003, p. 5-8). Nessa linha, a partir do caso da "Ordem do dia – 31 de março de 1964", é possível perceber que, mesmo após três décadas do fim da ditadura no Brasil, o país continua permeado por fragilidades no processo de consolidação de seus pressupostos democráticos fundamentais.

É certo que todo passado é, em maior ou menor medida, um passado inconcluso, um passado em aberto. De algum modo, ele se presentifica continuamente – em virtude dos seus efeitos concretos, individuais e coletivos, em processos políticos e sociais – e intervém nas projeções de futuro elaboradas por sujeitos e comunidades (FRANCO; LEVÍN, 2007). Essa presentificação se faz, fundamentalmente, por meio da memória que, embora possa ser compreendida como algo individual, constitui-se também – e sobretudo – como um fenômeno social de conjunto, construído coletivamente e suscetível a flutuações e transformações constantes (POLLAK, 1992, p. 201), a partir de um processo muitas vezes intencional de seleção e hierarquização de lembranças e esquecimentos, permeado por interesses e disputas políticas, valores morais e compromissos éticos (RICOEUR, 2007).

A memória da ditadura militar no Brasil, instaurada com o golpe de 1964, não escapa a esse movimento da subjetividade na história. Colocada em questão no caso da "Ordem do dia – 31 de março de 1964", ela se insere "em uma 'batalha' para se determinar o que será registrado e transmitido às novas gerações, em uma conexão entre a memória e a identidade na busca de pertencimento" (BAUER, 2020, p. 175). Por esse motivo, objetivamos discutir manifestações de órgãos e autoridades públicas acerca da instauração de um regime autoritário no país em face do direito à memória e à verdade enquanto elementos de um processo de transição democrática.

Para tanto, a seção inicial contextualiza o problema a partir da Ação popular em que foi deferida liminar determinando a retirada da divulgação da nota do exército, bem como sua posterior suspensão pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli.

Em seguida, o trabalho localiza o direito à memória e à verdade no âmbito do conjunto de instrumentos em que consiste a chamada "Justiça de Transição" e fundamenta a sua importância em contextos transicionais.

Por fim, o texto discute o direito à memória sob o ponto de vista do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, e a exigência do controle judicial da autonomia militar como necessidade para o fortalecimento da democracia.

Busca-se, desta forma, indicar caminhos para avaliar a (in) compatibilidade da comemoração institucional do golpe civil-militar de 1964 por autoridades e órgãos públicos com o Estado democrático de direito brasileiro.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DO CASO "ORDEM DO DIA – 31 DE MARÇO DE 1964"

Ao contrário de um país como o Chile, em que as disputas de memória sobre o período da ditadura de Pinochet sempre estiveram vivas e foram travadas publicamente no debate nacional, no Brasil, desde que Ulysses Guimarães proclamou que temos "ódio e nojo" à ditadura em seu discurso de promulgação da Constituição de 1988, parecia haver um relativo consenso público em repúdio a ao regime militar – que legou ao país um histórico de graves violações de direitos humanos e crimes contra a humanidade, inflação descontrolada, concentração de renda e uma dívida externa 3000% maior.

Em outras palavras, a despeito de todas as dificuldades de efetivação dos instrumentos de justiça de transição, parecia haver ao menos um certo pudor quanto à sua defesa pública. A eleição de Jair Messias Bolsonaro para a Presidência da República em 2018, todavia, configurou-se como um importante marco de reversão desse cenário.

Ao longo de toda a sua carreira política, Bolsonaro constantemente utiliza o passado para fins políticos (BAUER, 2020). Negando o caráter ditatorial do regime instaurado em 1964, e enquadrando o

golpe civil-militar de 1964 como um movimento de "salvaguarda da democracia brasileira", ele vangloria, em tom saudosista, a violência, o arbítrio estatal e as práticas internacionalmente qualificadas como crimes contra a humanidade – a exemplo de quando dedicou, em 2016, seu voto pelo impeachment de Dilma Rousseff "à memória do coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra" (GUIMARÃES, 2021). Após eleito, Bolsonaro trabalhou para que essas narrativas fossem institucionalizadas.

Um dos episódios em que o uso político da memória da ditadura civil-militar brasileira ganhou dimensão institucional foi na ordem dada pelo Presidente para que o golpe fosse comemorado pelas Forças Armadas. A "Ordem do dia - 31 de março de 1964", publicada no site do Exército Brasileiro em 27 de março de 2020[3], afirmava que o "Movimento de 1964" seria um "marco para a democracia brasileira", em que o país "reagiu com determinação às ameaças que se formavam àquela época" (BRASIL, 2020a) – sem fazer nenhuma referência crítica às medidas autoritárias que acompanharam o acontecimento – como o fechamento do Congresso Nacional, a censura à imprensa e a artistas, a perseguição a opositores do regime, a prática de tortura, mortes e desaparecimentos forçados.

Essa publicação oficial suscitou intensas reações públicas e institucionais, e provocou a propositura de diversas ações judiciais[4]. Uma delas foi a Ação Popular nº 0802121-11.2020.4.05.8400, proposta pela Deputada Federal Natália Bastos Bonavides (PT/RN) na Justiça Federal do Rio Grande do Norte em desfavor da União Federal e do então Ministro da Defesa, Fernando Azevedo e Silva. Nela, a deputada

3 O texto foi assinado pelo Ministro de Estado da Defesa, general de exército Fernando Azevedo e Silva, e pelos comandantes das três armas, almirante de esquadra Ilques Barbosa Junior, general de exército Edson Leal Pujol e tenente-brigadeiro do ar Antonio Carlos Moretti Bermudez.

4 Foi emitida nota contrária pelo MPF, por meio da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, e proposta ação Civil Pública pela Defensoria Pública da União (ver https://www.conjur.com.br/2019-mar-26/dpu-mpf-dizem-celebrar-golpe-configurar-improbidade, último acesso em 30 de out. de 2021). Foram também propostas ações populares contra a medida (ver https://www.conjur.com.br/2019-mar-26/acao-forcas-armadas-nao-comemorem-ditadura, último acesso em 30 de out. de 2021).

sustenta que, ao usar os meios oficiais do Poder Executivo para comemorar um golpe de estado, "os réus dão um recado grave de que é razoável que as Forças Armadas tomem de assalto o poder para fechar instituições e assassinar opositores políticos" – o que implicaria num desvio de finalidade do ato impugnado. Por essa razão, pede que seja declarada a nulidade da publicação por configurar ilegalidade de desvio de finalidade, proibida a sua veiculação, e que os réus se abstenham de fazer nova publicação institucional que exalte ou comemore o golpe de 1964.

Segundo a Deputada:

> Ao publicar por meio do portal oficial do Ministério da Defesa a mencionada nota, os réus promovem uma publicidade institucional que viola o patrimônio histórico do povo brasileiro, ao tratar como natural e democrático um golpe de Estado, propagam a tese inconstitucional (art. 8º dos ADCTs da Constituição de 1988) de que a ditadura foi um "marco para a democracia", e, sobretudo, exaltam um período da nossa história e um regime que fez o Estado brasileiro torturar e matar compatriotas. Desse modo, ao realizar essa publicação, o governo federal está utilizando recursos públicos para praticar condutas não permitidas pela Constituição cidadã (BRASIL, 2020b, p. 23).

Em suas manifestações preliminares, a União alegou que a ordem do dia é um ato meramente interno às Forças Armadas, de cunho informativo e sem conotação política ou condão de abalar as estruturas democráticas. O Ministério Público Federal, por outro lado, se manifestou pelo deferimento da medida liminar requerida, afirmando que publicação impugnada é uma reiteração de graves lesões às vítimas diretas do regime, impondo a elas novos sofrimentos, e que sonega à coletividade o direito fundamental à memória e à verdade, incutindo o medo de um possível reestabelecimento de um

estado de exceção. Segundo o MPF, a conduta do Ministério da Defesa implica lesão à moralidade administrativa – hipótese de cabimento de ação popular – na medida em que "foge da ética, é desleal e eivada de má-fé a conduta de agente público que despreze as atrocidades cometidas sob a égide do regime de exceção que se instalou no Brasil em 31 de março de 1964" (BRASIL, 2020b, p. 59).

Em 24 de abril de 2020, a Juíza da 5ª Vara Federal de Natal, Moniky Mayara Costa Fonseca, atestou que a publicação contrariava o compromisso constitucional com os valores democráticos para restabelecimento do Estado de direito, violando o art. 8º do Ato das Disposições Transitórias – no qual a Constituição Federal de 1988 reconhece a facticidade do período de exceção instaurado com o golpe de 1964 e instaura um sistema de reparação às vítimas –, bem como o relatório final da Comissão Nacional da Verdade, instituída pela Lei 12.528/2011, que além de enfatizar o caráter golpista do evento ocorrido em 31 de março de 1964, recomenda a vedação de realização de eventos oficiais em sua comemoração. Conclusivamente, a decisão se amparou no direito fundamental à memória e à verdade, "na sua acepção difusa, a fim de evitar a repetição de violações contra a integridade da humanidade, preservando a geração presente e as futuras do retrocesso a Estados de exceção" (Brasil, 2020b, p. 7). Dessa forma, foi determinado que os réus retirassem a ordem do dia do *site* do Ministério da Defesa e que se abstivessem de publicar "qualquer anúncio comemorativo relativo ao golpe de Estado praticado em 1964, em rádio e televisão, internet ou qualquer meio de comunicação escrita e/ou falada" (BRASIL, 2020b, p. 72).

Todavia, tanto a decisão liminar quanto a de mérito foram desconstituídas em sede de recurso ao Supremo Tribunal Federal (Suspensão de Liminar nº 1326) e ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região (AC 0802121-11.2020.4.05.8400), respectivamente. Em ambas, restou reconhecido que a ordem do dia representaria um mero comunicado – e não uma comemoração – que narra uma versão dos fatos históricos, resguardado pelo direito à liberdade de expressão sob o pilar do pluralismo de ideias que fundamenta República Federativa do

Brasil. Nas palavras do ministro do Supremo Dias Toffoli, reproduzidas no voto do relator do TRF5, Rogério Fialho Moreira:

> Não parece assim adequado exercer juízo censório acerca do quanto contido na referida ordem, sob pena de indevida invasão, por parte do Poder Judiciário, de seara privativa do Poder Executivo e de seus Ministros de Estado. (...) Não cabe ao Poder Judiciário decidir o que pode ou não constar em uma ordem do dia, ou mesmo qual a qualificação histórica sobre determinado período do passado, substituindo-se aos historiadores nesse mister e, no presente caso, aos legítimos gestores do Ministério da Defesa, para redigir, segundo a compreensão que esposam, os termos de uma simples ordem do dia, incidindo em verdadeira censura acerca de um texto editado por Ministro de Estado e Chefes Militares. (BRASIL, 2020c, pp. 2-3)

Na mesma data, em 2021 e 2022, foram publicadas Ordens do dia reproduzindo, mais uma vez, a narrativa de legitimação do golpe de 1964. De forma ainda mais incisiva, a nota de 2021 sustentava que "as liberdades democráticas que hoje desfrutamos" foram conquistadas a partir do momento em que as Forças Armadas assumiram "a responsabilidade de pacificar o País" por meio do golpe de 1964 (BRASIL, 2021). Já a de 2022 afirmava que o golpe "refletiu os anseios e as aspirações da população da época" e que seus resultados correspondem a um "legado de paz, de liberdade e de democracia" (BRASIL, 2022).

Nesse contexto, a deputada Natália Bastos Bonavides interpôs recurso extraordinário junto ao STF (RE 1.429.329/RN) – julgado pelo Nunes Marques, que rejeitou demanda, concluindo pela ausência de repercussão geral – e representou o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, ainda pendente de desfecho.

3. O DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE SOB A PERSPECTIVA DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

A Justiça de Transição é compreendida como o conjunto de instrumentos que, face a um passado político ditatorial, "devem ser implementados nas sociedades a partir do Estado, de maneira que haja consenso e consciência sobre a postura democrática tanto nas relações entre o Estado e a Sociedade quanto nas relações sociais propriamente ditas" (ALMEIDA, 2021b, p. 8). Ela envolve, assim, medidas que permitem a superação de um regime autoritário para que se construa uma ordem democrática garantidora de direitos humanos, elaborando um caminho para que a sociedade possa lidar e elaborar o legado de abusos em larga escala praticados no passado.

A ideia de que a democracia não é um ponto de chegada, mas um processo em permanente construção, é subjacente à necessidade de emprego dos mecanismos transicionais. Em outras palavras, não basta o reconhecimento formal de direitos políticos para a institucionalização de um regime democrático, sendo também necessária uma prática contínua – ainda que não necessariamente linear – de desconstrução, por um lado, dos elementos que tornaram possível a existência e perpetuação do regime autoritário; e de construção, por outro, da soberania popular e do respeito aos direitos humanos em cuja tensão produtiva um regime democrático se torna possível (NETTO, 2011; HABERMAS, 2020).

A literatura sobre Justiça de Transição aponta para sua composição por quatro ou cinco pilares interdependentes, conforme se conceituem "memória" e "verdade" como parte do mesmo pilar ou de pilares distintos (QUINALHA, 2013, p. 136-153): as citadas memória e verdade; a reparação integral; a reforma das instituições; e a responsabilização dos violadores de direitos humanos (ALMEIDA, 2021b, p. 9). Verdade e memória são, portanto, dimensões intrinsecamente conectadas nos processos transicionais.

O direito à verdade impõe um conjunto de medidas em prol do acesso a informações sobre os fatos ocorridos durante um regime

autoritário por parte das vítimas, das famílias e da sociedade como um todo – por meio, por exemplo, da abertura dos arquivos e dos dados oficiais produzidos durante um regime violador de direitos humanos, e das Comissões da Verdade, que buscam produzir o reconhecimento oficial dessas violações (QUINALHA, 2013, p. 145).

Regimes autoritários, em regra, sonegam à esfera pública quaisquer informações que possam comprometer a sua própria estabilidade, por meio da prática de censura, da ausência de transparência na condução dos assuntos do Estado e mesmo da perseguição e desaparecimento forçado dos opositores políticos[5]. Por esse motivo, o direito à verdade torna-se um elemento indispensável para a efetivação de todos os demais eixos da justiça de transição: para a reparação integral, pois permite conhecer as vítimas de atos de exceção; para a responsabilização dos violadores de direitos humanos, pois permite conhecer os seus autores; e para as reformas institucionais, pois permite superar a negação sobre as violências cometidas e compreender de que forma os abusos foram praticados por dentro e por fora da institucionalidade[6], de forma a ser possível superá-los e garantir a estabilidade do regime democrático.

O direito à memória, por sua vez, conectado ao direito à verdade, é constituído por iniciativas públicas orientadas para homenagear os

5 É sintomático do caráter incompleto da justiça de transição brasileira o fato de que, para muitos setores sociais, possa ter havido menos corrupção e peculato durante a ditadura militar brasileira iniciada em 1964 – em que não havia transparência pública, imprensa livre ou órgãos autônomos de controle, a oposição política era apenas a consentida e opositores políticos se sujeitavam à tortura, ao desaparecimento e à morte – do que no regime democrático que a sucedeu.

6 Conforme sugere Anthony Pereira, a "maioria dos estudos sobre o autoritarismo parte do pressuposto de que os regimes, que chegam ao poder através da força, não podem se basear na lei para manter a sociedade sob controle ou para conferir legitimidade a eles próprios", embora seja, entretanto, "muito comum que os regimes autoritários usem a lei e os tribunais para reforçar seu poder, de modo a tornar obscura uma distinção simplista entre regimes de facto e regimes constitucionais"; segundo o autor, o estudo dos tipos de legalidade autoritária pode proporcionar um quadro mais detalhado da maneira com que o direito era manipulado, distorcido, usado de forma abusiva ou mantido inalterado sob o autoritarismo – o que pode trazer importantes lições para países sem um estado de direito forte ou em que as transições para a democracia não desmontaram por completo o aparato judicial repressivo (2010: 36-40).

que foram perseguidos e esclarecer o funcionamento da repressão, por meio de medidas como a retirada do nome de agentes do regime repressivo de ruas, edifícios e monumentos públicos, e a construção de memoriais, monumentos e museus em homenagem às vítimas de violações de direitos humanos (QUINALHA, 2013, p. 144).

É importante notar que regimes autoritários buscam construir e sustentar narrativas legitimadoras da violência de Estado e do regime de exceção como forma de distanciarem sua imagem de uma ditadura. O Brasil não foi exceção à regra, e aqui coexistiram diversas estratégias político-discursivas por meio das quais a ditadura militar iniciada em 1964 buscou se legitimar:

i. uma identificação absoluta entre o regime e o "povo", entre o regime e os anseios da "maioria da população" – o que se nota no texto do preâmbulo de diferentes atos institucionais;
ii. a defesa ds supostas qualidades técnicas dos militares no poder, conquistadas por meio da sua formação junto às Forças Armadas;
iii. a propaganda de uma suposta identificação entre os valores militares e os valores ligados à família, à religião, à pátria, à ordem e à disciplina, que seriam fundantes da ordem político-cultural brasileira (REZENDE, 2013);
iv. a manutenção de uma aparência de democracia e legalidade, com uma oposição consentida e o funcionamento formal das instituições democráticas – sempre à mercê da arbitrariedade do emprego casuísta de medidas de exceção por meio de atos institucionais e decisões neles amparadas (CATTONI; PATRUS, 2016, p. 171-191; PAIXÃO, 2020);
v. a propaganda do "milagre" do desenvolvimento econômico;
vi. a conceituação do golpe como "revolução" – '"revolução redentora', 'revolução democrática de 31 de março', entre outras, foram expressões que utilizaram a valoração positiva que o conceito possuía nos anos 1960 e 1970 em função das

lutas por independência e autodeterminação no sul global (BAUER, 2020: 177); e

vii. a ideia de que as Forças Armadas teriam sido chamadas a enfrentar uma ameaça totalitária representada pelo comunismo (GUIMARÃES, 2021), de tal forma que, se houve torturas e perseguições políticas, elas se justificavam porque o país estava em guerra contra "terroristas" (SAFATLE, 2010, p. 242) em face dos quais o uso da violência era legítimo.

Todas essas narrativas legitimadoras do regime de exceção contribuem, particularmente no caso brasileiro, para a conformação de impressões e representações presentes até os dias de hoje na memória social e coletiva sobre o período (BAUER, 2020, p. 177). Neste quadro, as políticas de memória permitem à população compreender a estruturação da violência de Estado e reafirmam o "*status* de vítima daqueles que, por lutarem por uma transformação política, tiveram seus direitos violados pelo Estado" (PAIXÃO; FRISSO, 2021, p. 195).

Para reforçar importância das políticas de memória e verdade, convém retomar aquilo que relata Primo Levi como um dos grandes medos de muitos dos sobreviventes dos campos de concentração nazistas:

> os membros das SS se divertiam a avisar cinicamente os prisioneiros: "Seja como for que esta guerra acabe, a guerra contra vós fomos nós a vencê-la; nenhum de vós ficará para dar testemunho, mas mesmo se algum escapar, o mundo não acreditará nele. Talvez haja suspeitas, discussões, investigações de historiadores, mas não haverá certezas, porque nós vamos destruir as provas juntamente convosco. E mesmo que alguma prova ficasse, e algum de vós sobrevivesse, as pessoas diriam que os factos que vós contais são demasiado monstruosos para se poder acreditar neles; diriam que são exageros da propaganda aliada, e acreditariam em nós, que iremos negar tudo, e não em vós. A história

> dos campos de concentração, seremos nós a ditá-la". [...] Curiosamente, este mesmo pensamento ("mesmo se contássemos, não acreditariam") aflorava sob a forma de sonho noturno proveniente do desespero dos prisioneiros. Quase todos os sobreviventes [...] recordam um sonho que se repetia com frequência [...]: de terem tornado a casa, de contarem com paixão e alívio os seus sofrimentos passados dirigindo-se a uma pessoa querida, e não serem acreditados, ou melhor, nem sequer serem ouvidos. Na forma mais típica (e mais cruel), o interlocutor virava as costas e ia-se embora em silêncio (LEVI, 2018, p. 7-8).

As palavras de Primo Levi ilustram como o direito à memória e à verdade se conecta ao direito à reparação em uma dimensão simbólica e subjetiva que em muito excede a perspectiva pecuniária. Afinal, mais brutal do que a violência da eliminação física é a violência da eliminação simbólica (SAFATLE, 2010).

É possível afirmar que todos os marcos legais[7] do processo transicional brasileiro fazem a escolha por construir uma memória sobre o período da ditadura a partir da valorização dos direitos humanos e da insurgência contra a repressão e o autoritarismo:

> temos, assim, que a Lei 6.683/79 afirma a memória, a verdade e a reparação; a Constituição Federal impõe um processo transicional a partir da reparação, da memória e da verdade; a Lei 9.140/95 pela primeira vez responsabiliza o Estado brasileiro pelas mortes e desaparecimentos de cidadãos brasileiros, dando sequência ao processo constitucional transicional a partir também da reparação, da memória e da verdade; e a Lei 10.559/02 cria a Comissão de Anistia

7 "São eles: a Lei 6.683/79 (Lei de Anistia); a Emenda Constitucional 26/85 (convoca a constituinte e amplia a anistia de 1979); a própria Constituição Federal (em especial, o artigo 8º do ADCT); a Lei 9.140/95 (cria a Comissão especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos); a Lei 10.559/02 (cria a Comissão de Anistia) e finalmente a Lei 12.528/11 (cria a Comissão Nacional da Verdade)" (ALMEIDA, 2021, p. 16).

> para levar a cabo a reparação integral, incluindo ações de memória e verdade. E a Lei 12.528/11, que cria a Comissão Nacional da Verdade (CNV), por sua própria natureza jurídica, cumpre a política constitucional de verdade e memória e viabiliza a reparação, por intermédio de seus relatórios, entregues em dezembro de 2014 (ALMEIDA, 2021a, p. 262).

Nessa esteira, a conclusão do relatório da CNV não só reconhece a ocorrência das graves violações de direitos humanos, mas também refuta narrativas alternativas, estabelecendo, portanto, uma versão oficial dos fatos sob a ótica do Estado Democrático de Direito:

> Conforme se encontra amplamente demonstrado pela apuração dos fatos apresentados ao longo deste Relatório, as graves violações de direitos humanos perpetradas durante o período investigado pela CNV, especialmente nos 21 anos do regime ditatorial instaurado em 1964, foram o resultado de uma ação generalizada e sistemática do Estado brasileiro. Na ditadura militar, a repressão e a eliminação de opositores políticos se converteram em política de Estado, concebida e implementada a partir de decisões emanadas da presidência da República e dos ministérios militares. Operacionalizada através de cadeias de comando que, partindo dessas instâncias dirigentes, alcançaram os órgãos responsáveis pelas instalações e pelos procedimentos diretamente implicados na atividade repressiva, essa política de Estado mobilizou agentes públicos para a prática sistemática de detenções ilegais e arbitrárias e tortura, que se abateu sobre milhares de brasileiros, e para o cometimento de desaparecimentos forçados, execuções e ocultação de cadáveres. Ao examinar as graves violações de direitos humanos da ditadura militar, a CNV refuta integralmente, portanto, a explicação que até hoje tem sido adotada pelas Forças

> Armadas, de que as graves violações de direitos humanos se constituíram em alguns poucos atos isolados ou excessos, gerados pelo voluntarismo de alguns poucos militares (BRASIL, 2014, p. 963).

Entretanto, apesar dessa clara opção legislativa, desde 2015 é possível observar no Brasil um movimento, intensificado a partir de 2019, de "justiça de transição reversa" (ALMEIDA, 2017, p. 13–36), marcado pelo retrocesso em relação a todos os eixos do processo de justiça transacional. No que diz respeito ao campo das políticas de memória e verdade, quase todas foram interrompidas ou descaracterizadas, como evidencia Almeida:

> Em 2019, com a inauguração do novo governo eleito, houve uma reforma administrativa, que criou o Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, e transferiu a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça para este novo Ministério. A Ministra titular da pasta alterou quase por completo a composição do Conselho e elaborou novo regimento interno da Comissão. Com a nova configuração, a Comissão deixou de ser uma Comissão de Estado e se transformou numa comissão de Governo. E as tarefas das políticas constitucionais de reparação, memória e verdade foram totalmente destruídas. Para exemplificar, os novos conselheiros são pessoas que não reconhecem o golpe de Estado em 1964, além de proclamarem que alguns torturadores foram heróis e vez por outra chamarem os requerentes presentes às sessões de apreciação dos seus pedidos de anistia política de 'terroristas (ALMEIDA, 2021a, p. 273).

Este é contexto em que a controvérsia jurídica em torno da Ordem do dia de 31 de março de 1964 deve ser, portanto, abordada. Isso em contraste com o argumento sustentado pelo ministro Dias Toffoli e reproduzido no TRF5, que se limitou a analisar o caso à luz da

discricionariedade administrativa e do direito à liberdade de expressão fundamentado no pluralismo de ideias.

4. O DIREITO À MEMÓRIA E À VERDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO: POSSÍVEIS CAMINHOS PARA A ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA JURÍDICA EM TORNO DA COMEMORAÇÃO DO GOLPE

Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o conteúdo do direito à verdade e as obrigações dele decorrente podem ser encontrados em uma análise integral de uma série de direitos estabelecidos tanto na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem quanto na Convenção Americana de Direitos Humanos. A Corte considera que o direito à memória é essencial para os processos de transição democrática, seja porque contribui para a produção de uma consciência coletiva crítica sobre a institucionalização e atuação de um regime violador de direitos humanos, seja porque o reconhecimento público de violações de direitos humanos é relevante como forma de admitir a importância e o valor das pessoas enquanto indivíduos, vítimas e titulares de direitos (CIDH, 2014, p. 54). A memória, entretanto, é um fenômeno coletivo e social, objeto de disputas políticas, culturais e identitárias pela hierarquização de lembranças e esquecimentos.

Neste quadro, seria possível afirmar que todas as memórias se equivalem? Ou seria necessário, por outro lado, reconhecer, a partir do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, um dever do Estado de se abster de produzir narrativas legitimadoras de seu passado de violação de direitos humanos, que busquem justificar o regime de exceção e a conduta dos agentes responsáveis? No limite, narrativas que chegam a romper com a ordem do factual em prol da legitimação do arbítrio, ao negarem que em 31 de março de 1964 ocorreu um golpe de Estado que deu origem a uma ditadura

civil-militar, podem ser admitidas como uma espécie de manifestação da "liberdade de expressão institucional"?

Em virtude dos limites do presente trabalho, não será possível desenvolver a fundo esta questão. Pretendemos, entretanto, analisar possíveis caminhos para o seu equacionamento.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) afirmou em mais de uma oportunidade o "dever de recordar" (CIDH, 2014; 2021). Segundo a Comissão, assim como postulado na Ação Popular comentada no presente trabalho, o conhecimento da história de sua opressão, por um povo, forma parte do seu patrimônio, e deve ser protegido por meio do dever de recordar que incumbe ao Estado. Isto implica o dever de preservar arquivos e provas e para facilitar o conhecimento dessas violações, de forma a evitar o esquecimento da memória coletiva e, em particular, para *evitar que surjam teses revisionistas e negacionistas* (CIDH, 2021, p. 106).

Em sua Resolução nº 03/2019 (Princípios sobre políticas públicas de memória nas Américas), a CIDH reforça que os Estados têm o dever de desenhar e implementar iniciativas voltadas para o reconhecimento dos fatos relacionados a graves violações de direitos humanos, a reivindicação da memória e dignidade das vítimas e o estabelecimento e difusão da verdade histórica de tais fatos. Em relação aos arquivos, os Estados têm o dever de conservá-los e geri-los como uma ferramenta de reestabelecimento e reconhecimento da verdade histórica, pois eles constituem uma ferramenta educativa contra o negacionismo e o revisionismo.

Segundo o Ministro Dias Toffoli, a decisão liminar proferida pela 5ª Vara da Justiça Federal do RN seria problemática porque, supostamente, "procedeu a uma análise acerca do conteúdo histórico alusivo ao dia 31 de março de 1964, além de ter realizado uma valoração sobre o texto lançado pelo Comando Militar no site do Ministério da Defesa, à guisa de ordem do dia, neste ano de 2020" (Brasil, 2020c: 3-4) – algo que, segundo ele, seria incabível ao judiciário.

Eis aqui o primeiro ponto que, acreditamos, merece destaque no equacionamento da questão: aquele que diz respeito à competência

do Poder Judiciário para proceder à análise de conteúdo histórico – que, neste caso em específico, tangencia o tema do controle civil da autonomia militar no âmbito judicial.

A comparação entre o papel do juiz e o papel do historiador é um lócus clássico da teoria historiográfica (RICOEUR, 2007). Segundo Carlo Ginzburg, "juízes e historiadores se associam pela preocupação com a definição dos fatos, no sentido mais amplo do termo, incluindo tudo o que se inscreve, de alguma forma, na realidade" (2002, p. 64). O juiz, entretanto, ao contrário do historiador, não possui plena liberdade para investigar os fatos pretéritos submetidos ao seu julgamento. Em juízo, "a verdade não pode ser declarada sem levar em conta determinados procedimentos lógicos correspondentes a alguns tipos fixados previamente em lei, que se denominam provas por excelência" (KHALED, 2021, p. 90).

Reconhecer a competência judicial na análise dos fatos históricos – e com isso, necessariamente, também os limites do seu exercício – nos leva ao segundo ponto de análise da questão: a de que não são equivalentes quaisquer narrativas formuladas sobre a ditadura civil-militar iniciada em 1964, e de que, por isso, os ministros de Estado e os chefes das Forças Armadas, na condição de agentes institucionais do Estado brasileiro, não têm "liberdade de expressão" para romper com a ordem do factual registrada no Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade – resultante de uma política instituída por esse mesmo Estado brasileiro – e adotar indistintamente uma narrativa revisionista da história sobre a ditadura.

Admitir uma cisão interna às instituições de Estado acerca do golpe de 1964 sob o fundamento do pluralismo de ideias e do direito fundamental humano à liberdade de expressão implica em reconhecer uma indistinção entre a função de agente público e a pessoa física particular que a desempenha enquanto representante de Estado, bem como em naturalizar uma compreensão de que o instituto da discricionariedade administrativa abarca a livre vontade da pessoa humana que o pratica na constância do cargo público.

Com isso, além de se desfazer de princípios básicos de direito administrativo e da própria lógica que estabelece o paradigma histórico do Estado de Direito, o argumento exarado pelo ministro Dias Toffoli esvazia de sentido a regulamentação constitucional e infraconstitucional que determina o afastamento militar de assuntos políticos[8], que tem a função justamente de restringir a liberdade de expressão do militar em atividade – dada a especificidade da instituição enquanto força armada ancorada nos princípios da hierarquia e da disciplina – e, com isso, assegurar sua subordinação ao poder político civil.

Nesses termos, ao reconhecer a legitimidade da instituição militar em produzir uma narrativa histórica, permeada de valoração política, que apresenta uma versão do golpe de 1964 que se contrapõe à versão civil estabelecida no relatório da Comissão Nacional da Verdade, o ministro Dias Toffoli foge ao princípio do controle civil da autonomia militar demarca os regimes democráticos, e busca escudar o Judiciário na alegação de que magistrados seriam supostamente leigos em história para promover uma equivalência formal entre fatos históricos reconhecidos pelo Estado e narrativas negacionistas e revisionistas – contra as quais o direito à verdade e à memória, tal como compreendidos no Sistema Interamericano, buscam se insurgir.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho explora a problemática do controle judicial sobre a autonomia militar no Brasil no contexto da memória e da verdade associadas à justiça de transição. Diante da tentativa de oficializar a comemoração do golpe de 1964, questiona-se o papel do Judiciário em conter práticas que relativizam os marcos democráticos conquistados, assim como o dever do Estado em promover a dignidade das vítimas e o fortalecimento democráticos.

8 Contidas no art. 142, inc. V, da Constituição de 1988, nos Regulamentos Disciplinares de cada uma das Forças Armadas, e na Lei 6.880/80, arts. 28, inc. XVIII e 77, §1º, 'a'.

A principal contribuição deste estudo está na análise da legitimidade das Forças Armadas em adotar, institucionalmente, versões revisionistas da história. Questiona-se se narrativas que rompem com a ordem factual para legitimar o arbítrio — ao negar, por exemplo, que um golpe de Estado que instaurou uma ditadura civil-militar ocorreu em 31 de março de 1964 — poderiam ser admitidas como exercício de uma suposta "liberdade de expressão institucional".

Neste quadro, argumenta-se que, sob a ótica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Estado brasileiro tem o dever de recordar e proteger a memória coletiva, evitando narrativas negacionistas que rompam com a ordem factual estabelecida pela Comissão Nacional da Verdade. Assim, reconhece-se que nem todas as narrativas sobre a ditadura civil-militar de 1964 têm o mesmo valor e que, por isso, ministros de Estado e chefes das Forças Armadas, como agentes institucionais do Estado, não parecem dispor da mesma "liberdade de expressão" aplicável à esfera privada.

O trabalho destaca, por fim, a importância de aprimorar o debate sobre o papel do Judiciário no contexto de uma justiça de transição em andamento. As reflexões apresentadas são um ponto de partida para futuros estudos, que precisam ser aprofundados para que o Brasil avance em direção a um processo de transição robusto e coerente com os princípios democráticos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Comissão Nacional da Verdade. **Relatório Final**. Brasília: CNV, 2014.

BRASIL, Ministério da Defesa. **Ordem do Dia Alusiva ao 31 de março de 1964**. 31 de mar. de 2020. Brasília: Ministério da Defesa, 2020a.. Disponível em: < https://www.defesanet.com.br/seguranca/ordem-do-dia-alusiva-ao-31-de-marco-de-1964/>. Acesso em: 2 de abril de 2024.

Brasil, Tribunal Federal Regional da 5ª Região. **Ação Popular nº 0802121-11.2020.4.05.8400**, proposta em 31 de março de 2020. Autor: Natália Bastos Bonavides. Réus: União Federal e Fernando de Azevedo e Silva. Curador à lide: Ministério Público Federal. 2020b. Acesso por meio do sistema PROJUDI.

Brasil, Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar nº 1.326/RN**. Requerente: União Federal. Requeridos: Juiz Federal da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte; Relator do Processo nº 0804364- 05.2020.4.05.0000 no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 2020c. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/SL1326.pdf>. Acesso em: 30 de out. de 2021.

BRASIL, Ministério da Defesa. **Ordem do Dia Alusiva ao 31 de março de 1964**. 31 de mar. de 2021. Brasília: Ministério da Defesa, 2021. Disponível em: < https://www.defesanet.com.br/seguranca/md-ordem-do-dia-alusiva-ao-31-de-marco-de-1964/>. Acesso em: 2 de abril de 2024.

BRASIL, Ministério da Defesa. **Ordem do Dia Alusiva ao 31 de março de 1964**. 31 de mar. de 2022. Brasília: Ministério da Defesa, 2022. Disponível em: < https://www.defesanet.com.br/seguranca/md-ordem-do-dia-alusiva-ao-dia-31-de-marco/>. Acesso em: 2 de abril de 2024.

ALMEIDA, E. de S. e.. Justiça de transição reversa. *In*: ALMEIDA, E. de S. e (org.). **Justiça de transição e democracia.** Salvador: Soffia10 Editora, 2021a.

ALMEIDA, E. de S. e. O processo constitucional da transição brasileira. *In*: ALMEIDA, E. de S. e (org.). **Justiça de transição e democracia**. Salvador: Soffia10 Editora, 2021b.

ALMEIDA, E. de S. e. Uma breve introdução à justiça de transição no Brasil. *In*: ALMEIDA, E. de S. e (org.). **Justiça de transição no Brasil - apontamentos**. Curitiba: Editora CRV, 2017.

BAUER, C. S. Usos do passado da ditadura brasileira em manifestações públicas de Jair Bolsonaro. *In*: KLEM, B.; Pereira, M.; ARAÚJO, V. (org.). **Do Fake ao Fato: des(atualizando) Bolsonaro.** Vitória: Editora Milfontes, 2020.

CARVALHO NETO, M. de. Temporalidade, constitucionalismo e democracia. **Revista Humanidades (Dossiê Presente Tempo Presente).** Brasília, v. junho, n. 58, 2011.

CATTONI, M.; PATRUS, R. D. Constituição e poder constituinte no Brasil pós-1964: o processo de constitucionalização brasileiro entre 'transição e ruptura'. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno** (Milano) v. 45, 2016.

CIDH, C. I. de D. H. **Derecho a la Verdad en América.** Washington, D.C.: OAS: Documentos oficiales, 2014.

CIDH, C. I. de D. H. **Resolución 03/2019 - Principios sobre Políticas Públicas de Memoria en las Américas.** OEA - Organización de los Estados Americanos: Adoptado por la CIDH durante su 174 Periodo de Sesiones, el 9 de noviembre, 2019. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-3-19-es.pdf

CIDH, C. I. de D. H. *Verdad,* **Memoria, Justicia y Reparación en Contextos Transicionales: Estándares Interamericanos.** Washington, D.C.: OAS: Documentos oficiales, 2021.

FRANCO, M.; LEVÍN, F. El pasado cercano en clave historiográfica. *In*: FRANCO, M.; LEVÍN, F. (org.). **Historia reciente: perspectivas y desafios para un campo en construcción.** Buenos Aires: Paidós, 2007.

GINZBURG, C. **Relações de força: história, retórica, prova**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GUIMARÃES, J. Disputa de narrativas sobre a ditadura civil-militar em decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Ciências do Estado**. Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 1–19, 2021. Disponível em: https://doi.org/10.35699/2525-8036.2021.33598. Acesso em: 27 out. 2021.

HABERMAS, J. **Facticidade e validade: Contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

HALBWACHS, M. **A memória coletiva**. São Paulo: Edições Vértice, 1990.

KHALED Jr, S. H. 2014 O Juiz e o Historiador - Revisitando uma comparação clássica. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional.** Florianópolis, v. 1, n. 2. Disponível em: https://doi.org/10.21902/RCTJSC.V1I2.66. Acesso em: 31 out. 2021.

LEVI, P. **Os que sucumbem e os que se salvam**. Alfragide: Dom Quixote, 2018.

PAIXÃO, C. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). **História do Direito**, v. 1, n. 1, 2020. Disponível em: https://doi.org/10.5380/HD.V1I1.78728. Acesso em: 14 out. 2021.

PAIXÃO, C.; FRISSO, G. M. Usos da memória: as experiências do holocausto e da ditadura no Brasil. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política** São Paulo, v. 1, n. 97, 2016. Disponível em: https://doi.org/10.1590/0102-6445191-212/97. Acesso em: 28 out. 2021.

PEREIRA, A. W. **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina.** São Paulo: Paz e Terra, 2010.

POLLAK, M. Memória e identidade social. **Revista Estudos Históricos.** Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, 1992. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/1941. Acesso em: 30 out. 2021.

QUINALHA, R. H. **Justiça de Transição: contornos do conceito.** São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013.

REZENDE, M. J. de. **A Ditadura Militar no Brasil: Repressão e Pretensão de Legitimidade 1964-1984.** Londrina: Eduel, 2013.

RICOEUR, P. **A memória, a história, o esquecimento**. Campinas: Editora da Unicamp, 2007.

SAFATLE, V. Do uso da violência contra o Estado ilegal. *In*: Teles, E.; Safatle, V. (org.). **O que resta da ditadura.** São Paulo: Boitempo, 2010.

ZAVERUCHA, Jorge; TEIXEIRA, Helder B. A literatura sobre as relações civis-militares no Brasil (1964-2002): uma síntese. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais,** v. 55, n. 1, p. 1–12, 2003.

O USO DO DIREITO EM VELHAS E NOVAS AUTOCRACIAS: UMA CRÍTICA AO LEGALISMO AUTOCRATICO DE KIM SCHEPPELE A PARTIR DA DITADURA MILITAR BRASILEIRA

THE USE OF LAW BY OLD AND NEW AUTOCRACIES: A CRITIQUE OF KIM SCHEPPELE'S AUTOCRATIC LEGALISM BASED ON THE BRAZILIAN MILITARY DICTATORSHIP

Maria Fernanda Silva Assis[1]

Letícia Dyniewicz[2]

RESUMO | Javier Corrales e Kim Scheppele explicam o cenário de declínio democrático no final do século XX e início do XXI, em diversos países - incluindo aqueles de democracia já consolidada - basicamente a partir de duas características: (i) inexistência de momento claro de ruptura com o regime anterior; (ii) uso de instrumentos legais para desconstrução das amarras do constitucionalismo liberal. Há, no entanto, grandes discordâncias teóricas na literatura em relação à ideia de que seria uma novidade o uso do direito para legitimar autocracias. Neste sentido, o objetivo deste artigo consiste em apresentar, a partir da contraposição da revisão bibliográfica do legalismo autocrático e de seus críticos, bem como da ilustração a partir do regime militar brasileiro (1964-1988), uma análise crítica de que seria inovador o uso do direito para legitimar autocracias.

PALAVRAS-CHAVE | Declínio democrático. Legalismo autocrático. Regime militar brasileiro.

1 Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal de Lavras (UFLA). Foi pesquisadora voluntária do Centro de Análise da Liberdade e do Autoritarismo (LAUT). Email: mariafernandasilvaassis@gmail.com.

2 Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Integra The Project on Autocratic Legalism (PAL). Atua nas áreas de teoria constitucional e filosofia do Direito. Email: leticiaribeiro@ufla.br.

ABSTRACT **|** *Javier Corrales and Kim Scheppele elucidate the scenario of democratic decline in the late 20th and early 21st centuries across various countries, including those with already consolidated democracies, primarily through two characteristics: (i) the absence of a clear moment of rupture with the previous regime; (ii) the use of legal instruments to dismantle the constraints of liberal constitutionalism. However, there are significant theoretical disagreements in the literature regarding the idea that the use of law to legitimize autocracies would be a novelty. Accordingly, the aim of this article is to present, through the juxtaposition of the bibliographic review of autocratic legalism and its critics, as well as the illustration from the Brazilian military regime (1964-1988), a critical analysis that challenges the notion that the use of law to legitimize autocracies is innovative.*

KEYWORDS **|** Democratic backsliding. Autocratic legalism. Brazilian military regime.

1. INTRODUÇÃO

Institutos de monitoramento da democracia apontam para uma onda de erosão das democracias constitucionais nos últimos anos, em contraponto à crença otimista de que a democracia liberal era o fim da história (FUKUYAMA,1989, p. 4-5) alcançado logo no final dos regimes comunistas pós queda do Muro de Berlim. Entendia-se que as sociedades caminhavam todas para um ponto de civilidade do qual não se poderia retroagir, por isso, estariam imunes à mudança de regime (VARIETIES OF DEMOCRACY INSTITUTE, 2019; BRITO et al, 2022). Essa crença foi abalada, inclusive em países de democracias bastante estáveis - tais como Estados Unidos e Reino Unido -, devido a capacidade de forças autoritárias agirem nestes países, bem como a uma "miragem" (BIGNOTTO, 2021) de só restaria, naquele momento, propagar as ideias liberais por todo mundo.

Em especial, no Brasil, após as Jornadas de Junho em 2013, seguido pelo golpe contra Dilma Roussef em 2017 - operacionalizado por meio de um instrumento constitucional, o impeachment - e a

eleição (2018) e posse (2019) de Jair Bolsonaro para Presidência da República contribuíram para que, principalmente, cientistas políticos e juristas percebessem a necessidade premente de entender esse fenômeno mundial. A consolidação da democracia brasileira a partir de 1988 sofre não só na efetivação de direitos sociais, mas também em ataques às liberdades constitucionais (SEVAYBRICKER, ASSIS, DYNIEWICZ, 2024).

Para explicar esse recrudescimento democrático no século XXI, inúmeros autores buscam compreender esse fenômeno, que se diferenciaria das autocracias do século XX por meio de duas características principais: (i) não há um momento claro e único de ruptura com o regime anterior, - golpe de Estado ou uma eleição fraudulenta (LÜRHMANN; LINDBERG, 2019, p. 1098-1099); (ii) uso do direito para instituir legalmente o autoritarismo. Haveria, assim, um progressivo e lento movimento no sentido de os líderes eleitos democraticamente se utilizarem de seus poderes constitucionais e infraconstitucionais, de forma enviesada, para minar instituições jurídicas de controle de poder, bem como atacar seus adversários políticos tentando suprimi-los da cena política.

O processo envolve a eleição de líderes populistas, com apelos majoritários, por um eleitorado impaciente e polarizado . Em um primeiro momento, os potenciais autocratas promovem o declínio de índices de liberdade de expressão; restrições à comunidade acadêmica e instituições de ensino e pesquisa; e controle da sociedade civil (BRITO et al, 2022). Uma vez preparado o terreno, promovem ataques às instituições fundamentais do Estado Democrático de Direito utilizando o próprio dirieto; e corroem a qualidade das eleições (VARIETIES OF DEMOCRACY INSTITUTE, 2020; 2021).

A novidade consistiria além da gradualidade do fenômeno e, por isso, da dificuldade de identificá-lo, do uso de instrumentos jurídicos para alargar as competências do chefe do executivo. Há vasta literatura que estuda esse fenômeno propondo esta leitura, principalmente dentro do campo denominado *Social Legal Studies (SLS)* desenvolvido, em especial, na academia estadunidense, bem como uma série

de estudos criticando esta abordagem, por entender que o direito durante todo século XX, - e para esse trabalho, interessa compreender este uso, especialmente na América Latina - foi mobilizado, ao menos como forma de legitimação de autocracias.

Para compreender a problemática proposta, metodologicamente, optou-se, neste trabalho, pela utilização do conceito de "legalismo autocrático"- [líderes autocratas] "utilizam do próprio jogo legal para concretizar uma agenda iliberal que desrespeita as minorias e o pluralismo, bem como enfraquece os mecanismos de controle do Poder Executivo" (SEVAYBRICKER, ASSIS, DYNIEWICZ, 2024, p.7) baseados na concepção de Javier Corrales (2015), expandido e popularizado por Kim Sheppele (2018), para análise da literatura que tem abordado o autoritarismo no século XXI a partir da perspectiva do SLS devido à sua amplitude que permite uma análise mais global do que vem ocorrendo.

A crítica será realizada por meio de revisão bibliográfica, principalmente, as obras de Paul Brooker e Anthony Pereira. Além disso, ao final, como um estudo de caso, será demonstrado como o regime militar brasileiro de 1964 utilizou-se, em especial, de medidas legislativas - AI-1, AI-2 e AI-5, para legitimação da ditadura, ou seja, como uma técnica de instrumentalização de exceção. Neste sentido, o objetivo principal deste trabalho é demonstrar que o uso do direito e de sua linguagem, apesar de um aspecto central nas autocracias contemporâneas, não são, em si, um elemento diferenciador dos regimes autoritários anteriores.

2. "LEGALISMO AUTOCRÁTICO": UMA ANÁLISE DOS CONCEITOS DE JAVIER CORRALES E KIM SCHEPPELE

Segundo Javier Corrales (2015) e Kim Scheppele (2015), a erosão democrática ocorre gradualmente, por meio da manipulação de instrumentos legais. Para Scheppele e David Landau (2013), esse uso desmonta, principalmente, o aparato constitucional, por isso a

autora fala em constitucionalismo autocrático. Líderes autoritários se utilizam desta tática contra as mesmas instituições e valores democráticos que permitiram a sua eleição. Os novos autocratas não dizem, nominalmente, estar abolindo tais valores e instituições; mas os subvertem lentamente, por meio dessa fachada legal (LÜRHMANN; LINDBERG, 2019, p. 1105). Essas transições lentas, que, via de regra, alargam o poder do executivo e esgarçam um sistema constitucional de freios e contrapesos, são muito menos perceptíveis nacionalmente e também internacionalmente que regimes autoritários de momentos anteriores e, por isso, bastante difícil é o controle dos líderes autocratas.

Para descrever o movimento rumo ao autoritarismo através da instrumentalização do direito, Corrales (2015, p. 38) cunha a expressão "legalismo autocrático" para descrever um regime híbrido, ou seja, congrega características democráticas, mas também autoritárias. Utiliza-se do caso venezuelano para compreender essa nova forma autoritária. Segundo o autor, o regime híbrido venezuelano tornou-se sensivelmente mais autoritário sob o chavismo (1999-2013), por meio do uso, abuso e não uso da lei pelo Executivo, em detrimento da oposição de atores não estatais ou até mesmo de outros poderes (CORRALES, 2015, p. 38). Como manifestações dessa estratégia, Corrales (2015) aponta a aprovação de leis que fortalecem o Executivo e seus apoiadores em detrimento dos demais poderes e que, ressalta-se, nem sempre possuem um caráter anti-democrático explícito; a aplicação enviesada e inconsistente das leis; e o apoio a ilegalidades no contexto de políticas eleitorais. Nesse sentido:

> O autor sugere que o "uso da lei" pode ser visualizado quando o chefe do Executivo usa seu apoio no Parlamento e do controle que tem sobre o Judiciário para criar leis que aumentem o seu próprio poder; já o abuso da lei consiste na "implementação tendenciosa e inconsistente de leis e regulamentos"(Corrales, 2015, 40). Por último, o desuso da lei significa uma confiança na ilegalidade. (OLIVEIRA, DYNIEWICZ, 2020).

Partindo desse conceito, Scheppele (2018) analisa a erosão de democracias constitucionais no mundo, passando pelos casos de Hungria, Turquia, Egito, Venezuela e Equador. Embora os países não tenham seguido exatamente a mesma trajetória, a autora sugere um padrão: líderes carismáticos, com forte apelo majoritário, são eleitos sob a promessa de varrer as disfuncionalidades do sistema democrático e, uma vez no poder, atacam a democracia e o constitucionalismo para remover controles do exercício de poder e manterem-se indefinidamente no cargo para o qual foram eleitos (SCHEPPELE, 2018, p. 545 e 549).

O método usado pelos potenciais e novos autocratas é o que chama a atenção de Scheppele. Nos termos da autora,

> Eles usam seus mandatos democráticos para lançar reformas legais que removem os controles sobre o poder executivo, restringem os limites impostos ao seu governo, e minam as instituições essenciais de prestação de contas de um Estado democratico. (SCHEPPELE, 2018, p. 547; tradução nossa).

Disfarçando seus objetivos iliberais com formas legais e constitucionais, os novos autocratas gradualmente promovem o declínio da democracia nos países em que governam (SCHEPPELE, 2018, p. 547-546). O legalismo autocrático é entendido por Sheppele, nesse sentido, como o uso de mandatos eleitorais e modificações legais e constitucionais a serviço de projetos iliberais (SCHEPPELE, 2018, p. 548). Além disso, também aponta que:

> As diferenças, em relação a Estados autoritários do passado, estão na preservação das aparências democráticas – incluindo a existência de oposição política e de veículos de comunicação privados, mas desde que não sejam ameaças 14 reais ao projeto de poder em curso – e na corrosão progressiva da democracia, sem golpes de Estado ou eventos

> disruptivos política e juridicamente (FALCÃO, 2023, p. 14).

Há, aqui, uma expansão do conceito empregado por Corrales (2015, p. 38). É fato que os dois autores usam a expressão "legalismo autocrático" para descrever a estratégia de instrumentalização do direito como forma de consolidação de autocratas no poder e, consequentemente, promoção do declínio democrático. Scheppele (2018, p. 548), no entanto, acrescenta a criação deliberada de novas leis como parte de um projeto político de expansão de poder à tríade "uso, não uso e abuso da lei" criada por Corrales (2015, p. 38).

Outra diferença, porém, assume maior relevância para os propósitos deste trabalho: Scheppele abertamente diz que o legalismo autocrático é uma tática que permite distinguir os autocratas do presente daqueles do século passado. Argumenta que os novos autocratas operam no mundo do legalismo, ao passo que os tradicionais ditadores do século XX "rejeitaram a linguagem do constitucionalismo e da democracia em nome de uma grande ideologia" (SCHEPPELE, 2018, p. 562). Antes, então, os autorcratas operavam em nome da democracia do povo, em oposição à democracia liberal (SCHEPPELE, 2018, p. 560). O cenário do século passado é descrito, nesse sentido, em preto e branco por Scheppele (2018, p. 561; tradução nossa): "liberais eram a favor da democracia e do constitucionalismo, e iliberais eram contra ambos. Era possível dizer, de forma segura, que um govero democrático e iliberal necessariamente seria liberal na prática." Essa dicotomia, segundo Scheppele, vem sendo destruída pelos autocratas legalistas da atualidade, uma vez que usam reformas legais e constitucionais para retirar o conteúdo liberal da democracia e do constitucionalismo (SCHEPPELE, 2018, p. 547).

É exatamente a afirmação de que os autocratas do século XX rejeitaram a linguagem da democracia e do constitucionalismo o alvo da crítica feita neste trabalho. Além da violência, o direito e a gramática democrática foram, sim, instrumentos fundamentais dos projetos autoritários de poder do século XX. Argumenta-se, nas próximas

seções, que um dos elementos característicos dos golpes militares do século passado foi a elaboração de uma farsa jurídica como forma de legitimação (BIGNOTTO, 2021, p. 266-267) e consolidação de seus poderes excepcionais (PEREIRA, 2005; CÂMARA, 2021; PAIXÃO; 2020).

É necessário, contudo, fazer uma ressalva: com essa crítica, não se advoga que a instrumentalização do direito não é elemento-chave para a compreensão da crise das democracias contemporâneas, tampouco que o diagnóstico de Corrales (2015) ou de Scheppele (2018) estão incorretos sobre a presente situação. O argumento construído aqui é, precisamente, que a mera instrumentalização do direito e da linguagem democrática pelos novos (efetivos ou potenciais) autocratas não é suficiente para distinguir os regimes autoritários do século XX dos híbridos ou autoritários de fato do presente. Embora seja possível falar em diferentes usos, é de se reconhecer que a linguagem democrática e legal foi instrumentalizada por autocratas nos dois períodos. Isso porque os regimes não democráticos do século passado não ocorreram à margem do direito; pelo contrário, o instrumentalizam em conjunto com a gramática democrática, com finalidades diversas ao longo de sua existência.

3. A MOBILIZAÇÃO DA LINGUAGEM DEMOCRÁTICA E DO APARATO LEGAL E CONSTITUCIONAL POR REGIMES NÃO DEMOCRÁTICOS

Há já consistente literatura analisando o papel do direito em regimes autoritários durante o século XX que antecedem à proposição de Corrales e, em especial, a de Scheppele que se pretende contestar aqui. Especialmente no Brasil, em muitos momentos, regimes ditatoriais sustentaram práticas iliberais por meio de constituições - como por exemplo a Constituição de 1934 redigida por Francisco Campos[3] e, durante o regime militar (1964-1988) o uso simultâneo de

3 Ver mais em SANTOS, Rogério Dultra. Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil. IN: DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, nº 2, 2007, pp. 281 a 323.

um sistema constitucional paralelo a um sistema de atos institucionais, que, de certo modo alteraram a Constituição (BARRETO, 2023)[4].

Certamente há diversos outros regimes autocráticos que utilizaram o direito para se perpetuar. Assim, no mínimo, duas críticas principais podem ser dirigidas ao conceito proposto por Scheppele. A primeira delas é a de que a autora não aponta, em seu texto, para a existência de experiências passadas que utilizaram a linguagem do direito, ou mesmo a democrática para consolidar uma política autoritária (BARRETO, 2023). Contrariando a posição de Scheppele de que o legalismo autocrático seria um novo fenômeno, é Barreto aponta quatro funções já existentes no século passado:

> (i) fachada para atribuir legitimidade aos governos; (ii) uma ferramenta para implementação de suas ideologias; (iii) meio para organizações de poder em coalizões plurais; e (iv) um instrumento para resistência contra repressão extra-legal (BARRETO, 2023, p. 3).

A segunda, elaborada por Fábio de Sá e Silva (2022), demonstra que a definição de Scheppele é insuficiente para compreender países como Brasil, África do Sul e Estados Unidos, por exemplo. Dentre outras razões, porque nestes lugares não houve alterações constitucionais, como propõe a autora, mas mesmo assim há o uso do direito para esvaziar o constitucionalismo de sua conformação moderna que é liberal e democrática (FALCÃO, 2023). No Brasil, inclusive Oscar Vilhena (2022) chama o fenômenos de infralegalismo autoritário.

Para compreender esse uso do direito em momentos anteriores, Brooker (2014) propõe uma tipologia de regimes não democráticos para analisar a evolução de variados regimes ao passar dos séculos e individualmente ao longo de sua existência. Com a expressão "regimes não democráticos", o autor designa um guarda-chuva de regimes

4 O Ato Institucional nº 1 também é de autoria de Francisco Campos.

que, colocado de forma simples, são governados "por quaisquer outros meios que não a democracia" (BROOKER, 2014, p. 1, tradução nossa). A definição de Brooker (2014, p. 1) abarca, por exemplo, regimes militares, totalitários ou dominados pelo clero, monarquias e ditaduras disfarçadas de democracias por meio do uso de eleições semi-competitivas.

Para analisar esses regimes, mescla duas abordagens distintas: uma que se preocupa com *quem* governa e outra dedicada à compreensão de *como* se governa[5]. A primeira oferece a distinção entre regimes militares e Estados de partido único. Brooker (2014, p. 27) define o regime militar como aquele em que o governo fica nas mãos do aparato militar, sob a alegação de um dever de salvaguarda do interesse nacional. Por outro lado, Estado de partido único é aquele em que o regime tem um próprio partido – e não o governo de um partido propriamente (BROOKER, 2014, p. 25). É possível, porém, que as duas categorias sejam mescladas: um governo militar pode adotar a estratégia de um Estado de partido único (Brooker, 2014, p. 25). Exemplo disso é a ditadura militar brasileira (1964-1985), que instituiu o sistema bipartidário e adotou o Arena como partido oficial do regime (Brooker, 2014, p. 128).

Os estudos destinados à análise de como se governa, por sua vez, fornecem duas variantes de governo não democrático: totalitarismo e autoritarismo. Brooker utiliza o totalitarismo para descrever Estados de partido único, altamente ideologizados e cuja essência é o controle total do indivíduo pelo governo (BROOKER, 2014, p. 14). Por outro lado, a partir da definição de Juan Linz (1970, 255-259), Brooker compreende o autoritarismo como o exercício de poder por um líder ou pequeno grupo, com limites não bem definidos – embora previsíveis –, limitação do pluralismo e ausência de mobilização política (BROOKER, 2014, p. 21). A diferença entre regimes totalitários

5 O uso de uma abordagem não exclui o uso da outra. É possível analisar um mesmo regime sob as duas lentes, de forma complementar. O autor cita o exemplo da Alemanha nazista, que é simultaneamente classificada como totalitária e Estado de partido único, governada por um líder ditatorial (Brooker, 2014, p. 13).

e autoritários reside, portanto, no uso da ideologia e no grau de controle da sociedade. Os regimes autoritários, embora possam ter uma ideologia, não se fundamentam em uma ideologia de forma tão severa quanto os totalitários (BROOKER, 2014, p. 21). Além disso, não objetivam exercer um controle tão elevado da sociedade – como almejam os regimes totalitários – e, consequentemente, usam meios menos extremos para alcançar seus objetivos (BROOKER, 2014, p. 14). Nesse sentido, alguns grupos não são efetivamente controlados pelo governo e podem, inclusive, exercer algum grau de influência na política (BROOKER, 2014, p. 21).

Colocando essas abordagens e seus tipos em perspectiva histórica, Brooker (2014) traça três fases de modernização dos regimes não democráticos. A primeira fase é marcada pela utilização de elementos típicos da democracia (como o princípio da vontade popular) e da necessidade de correção de fraquezas do regime anterior como justificativas para o estabelecimento do regime não democrático (BROOKER, 2014, p. 6). Como marco inicial, Brooker cita a ditadura de Napoleão Bonaparte, que usou essas justificativas com aparência democrática para legitimar o seu governo e o título de imperador. Essas justificativas democráticas passaram a ser usadas, então, como instrumento de legitimação de golpes militares ao longo do século XIX, principalmente na América Latina (BROOKER, 2014, p. 9).

Na segunda fase de modernização, além de usar elementos típicos da democracia para buscar legitimação, os regimes não democráticos adotaram uma nova forma de organização – a político-partidária –, e passaram a fundamentar-se em uma ideologia única (BROOKER, 2014, p. 7). A democracia, conforme o discurso das ditaduras da segunda fase, seria concretizada não por meio de eleições competitivas e multipartidárias, e sim pela personificação da vontade do povo na figura do líder ou pela canalização dessa vontade no partido do regime (BROOKER, 2014, p. 7). A segunda fasede modernização produziu, nesse sentido, variações de totalitarismo e Estados de partido único, como o regime comunista da União Soviética e os fascistas italiano e alemão.

A maioria dos regimes não democráticos produzidos pela segunda fase foram derrubados por uma onda reversa de democratização. Os regimes não democráticos que surgiram na sequência precisaram, consequentemente, diferenciar-se dos regimes militares típicos da primeira fase, bem como dos Estados ideológicos de partido único característicos da segunda (BROOKER, 2014, p. 8). A saída encontrada foi a adoção de um disfarce democrático, segundo a máxima "se não podem derrotá-los, devem (parecer) se juntar a eles" (BROOKER, 2014, p. 8; tradução nossa). O formato adotado pelos regimes não democráticos da terceira fase de modernização, nesse sentido, foi o de ditaduras com disfarce democrático (BROOKER, 2014, p. 8). O elemento comum entre as variações de regimes não democráticos de terceira fase é o uso de eleições semi-competitivas (BROOKER, 2014, p. 9). A imagem de competitividade eleitoral, que tem a função de conferir credibilidade à vitória do partido oficial do regime, limita-se a um disfarce, já que à oposição não são dadas condições efetivas de chegar ao poder.

Em todas as fases de modernização dos regimes não democráticos, portanto, a linguagem democrática foi usada como instrumento de legitimação, conforme uma interpretação própria de seus elementos (BARRETO, 2023, p. 6). Exemplo interessante para se pensar as fases de modernização de regimes não democráticos é o da ditadura militar brasileira. O regime instaurado em 1964 é classificado por Brooker (2014, p. 128) como um caso único de combinação de elementos da primeira e terceira fases de modernização dos regimes não democráticos. A justificativa do golpe – o desenvolvimento de pretensas condições de desenvolvimento social, econômico e democrático – foi característica dos regimes de primeira fase. Por outro lado, o regime militar brasileiro manteve instituições democráticas operando – ainda que com vetos, usou eleições semi-competitivas para o Congresso para mascarar os abusos de poder. O regime militar eleições semi-competitivas para o Congresso e um sistema bipartidário com um partido oficial (BROOKER, 2014, p. 128).

Outra ferramenta comum de legitimação de regimes não democráticos é o uso da legalidade, em um estágio de consolidação dos poderes que o regime usurpou (BROOKER, 2014, p. 108; PEREIRA, 2005. p. 14). A estratégia, bastante usada por ditaduras militares, envolveu a promulgação de novas constituições, bem como a aprovação de emendas e leis de relevante significado que legitimavam o comportamento autoritário (BROOKER, 2014, p. 108; PEREIRA, 2005, p. 14). Como parte de uma estratégia geral de camuflagem ou suavização do autoritarismo, a normativa produzida frequentemente não anunciava a legitimação dos regimes militares de forma clara e direta, mas forma democrática (BROOKER, 2014, p. 108).

Além da produção normativa, a legalidade autoritária envolveu a manipulação, distorção e uso abusivo da lei pelos regimes (PEREIRA, 2005, p. 100) - conceito que é descrito praticamente da mesma forma bastante tempo depois por Javier Corrales para analisar, em especial, a situação da Venezuela

-, bem como a judicialização da repressão (PEREIRA, 2005, p. 192). É nesse sentido que Anthony Pereira (2005, p. 100) fala em regimes autoritários legalistas. São regimes que se iniciaram pela força e recorreram a apelos de legalidade, sob formas diversas, para se consolidar (PEREIRA, 2005, p. 100). Em sua obra, Pereira coloca o direito no centro do estudo dos regimes não democráticos, sugerindo um novo olhar para a distinção clássica entre democracias constitucionais e regimes autoritários de fato (PEREIRA, 2005, p. 5). Ignorar as estratégias legais empregadas pelos regimes autoritários[6] conduz a uma análise incompleta desses regimes (PEREIRA, 2005, p. 37).

6 Pereira (2005) não explicita, contudo, a definição de regimes autoritários empregada em sua obra. Sua descrição não aplica categorias tão claramente delimitadas como a de Brooker (2014). Em algumas passagens, inclusive, considera intercambiáveis os termos "totalitalismo", "autoritarismo" e "nazismo". Neste artigo, o emprego das expressões "legalidade autoritária" e "regimes autoritários legalistas" é feito tendo em perspectiva regimes não democráticos de modo geral, em uma aproximação à definição empregada por Brooker (2014) e citada anteriormente.

É notável certa semelhança entre as nomenclaturas usadas por Corrales (2015) e Sheppele (2018) – legalismo autoritário – e Pereira (2005) – regimes autoritários legalistas e legalidade autoritária. Em termos de conteúdo, também se observa: Pereira (2005) e Brooker (2014) já apontavam, anteriormente à Corrales (2015) e Scheppele (2018), para a instrumentalização do direito por regimes não democráticos, que optaram por não restringir-se ao emprego da violência como estratégia de poder. Percebe-se, portanto, que as estratégias descritas por Corrales (2015) e Scheppele (2018) não fazem parte de um fenômeno inteiramente novo: regimes não democráticos do século passado também se apropriaram de uma fachada legal e democrática para a implementação de seus projetos autoritários de poder como também verificou Barreto em sua resposta à Scheppele. Na próxima seção, as possibilidades dessa apropriação são ilustradas a partir do caso da ditadura militar brasileira (1964-1985).

4. O USO DO DIREITO NO REGIME MILITAR BRASILEIRO DE 1964: UMA ANÁLISE DOS ATOS INSTITUCIONAIS 1, 2 E 5

A tradução de atos de força em formas jurídicas foi traço comum entre as ditaduras da América do Sul no século XX (PAIXÃO, 2021, p. 230). Em comparação às ditaduras de países vizinhos, a brasileira revela-se como aquela que usou a legalidade autoritária com mais veemência (PAIXÃO, 2021, p. 230; PEREIRA, 2005, p. 37-38;). Nos termos de Pereira (2005, p. 197; tradução nossa), "no Brasil, a lei foi manipulada, distorcida e abusada, e teve de ser reformada" para servir aos interesses do regime militar. Essa legalidade autoritária manifestou-se de formas variadas: manutenção da constituição, apropriação de formas e procedimentos legais, preservação de instituições pré-existentes (como Congresso Nacional, ainda que com expurgos) e a judicialização da repressão (PEREIRA, 2005, p. 3).

Dada a proeminência dessa estratégia legalista no contexto brasileiro e os limites deste artigo, as possibilidades de

instrumentalização da legalidade e da linguagem democrática por regimes não democráticos são ilustradas, nesta seção, a partir da experiência da ditadura militar brasileira (1964-1985). A análise, que não se pretende exaustiva, não recai propriamente sobre a aplicação da legalidade autoritária pelos tribunais, como faz Anthony Pereira (2005). O intuito desta seção é, por outro lado, reconstruir a estratégia legalista adotada pelo regime militar em termos de atividade legislativa. Em outros termos, analise-se o projeto constitucional autoritário do regime militar brasileiro, que assumiu formas e objetivos distintos ao longo dos anos.

Um dos pilares da legalidade autoritária brasileira entre 1964 e 1985 foram os atos institucionais (CÂMARA, 2021, p. 273). Essa forma legal apropriada pela ditadura militar serviu para a construção de uma narrativa de legitimidade do regime, organizá-lo e fazer a mediação entre normalidade e exceção – conflito que marcou o início do regime (CÂMARA, 2021, p. 276; PAIXÃO, 2020). Neste artigo, dos 17 atos institucionais editados pela ditadura militar, analisa-se, especificamente, os dois primeiros e o quinto, em razão de terem sido usados como instrumento de fundamentação jurídica da legitimidade do regime militar, organização e consolidação dos poderes excepcionais, e aprofundamento da repressão.

4.1. ATO INSTITUCIONAL (N. 1): A LEGALIDADE AUTORITÁRIA COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA EXCEÇÃO E ORGANIZAÇÃO DO PODER

Após a deposição do presidente eleito em 31 de janeiro de 1964, os militares precisavam de uma justificativa para o golpe, como forma de dizer à população que estavam agindo conforme seu direito e segundo o interesse do povo. A forma encontrada para isso foi a elaboração do Ato Institucional (BRASIL, 1964), pensado como ato único e provisório de legitimação da ditadura civil-militar – vigoraria até a convocação de uma nova constituinte.

A ideia de justificação do golpe fica evidente no preâmbulo do primeiro Ato Institucional (BRASIL, 1964), convertido em "Carta à Nação". O preâmbulo foi elaborado por Francisco Campos, jurista e expoente do pensamento autoritário brasileiro. Para construir a narrativa de legitimidade do regime militar e convencer a sociedade civil e outros juristas, Campos ressignificou elementos da teoria do poder constituinte (CÂMARA, 2021, p. 284). Nos termos do próprio Ato Institucional:

> A revolução vitoriosa se investe no exercício do **Poder Constituinte**. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a **revolução vitoriosa,** como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a **força normativa**, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da **Nação**, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. (BRASIL, 1964; grifos nossos).

Nesse sentido, a narrativa construída pelo regime militar, que não se assumia enquanto ditadura, passava pela afirmação de que a tomada de poder representava uma "revolução vitoriosa" – e não um golpe, precisamente –, autorizada pelo povo, detentor de poder constituinte. A nação brasileira teria, portanto, investido os militares na função de representante constituinte, sem amarras à ordem jurídica anterior.

Ao mesmo tempo em que se afirmava poder irrestrito, contudo, o regime militar se vangloriava de manter a Constituição de 1946 e algumas instituições pré-existentes, ainda que com interferências e expurgos.

Carlos Medeiros da Silva, outro jurista responsável pela elaboração do primeiro Ato Institucional (ref), afirmava que este "não tinha por objetivo a criação de um regime autocrático" (ref), tendo em vista a conservação dessas estruturas já existentes no período democrático. Nesse sentido, é possível falar em "revolução conservadora" (CÂMARA, 2021, p. 285), o que evidencia uma ambiguidade do regime (PAIXÃO, 2020, p. 232): o poder dos militares se afirmava ilimitado, ao mesmo tempo em que autolimitado; a ruptura com a ordem anterior também foi acompanhada da manutenção (seletiva) da ordem constitucional e de instituições políticas e jurídicas anteriores, como Congresso Nacional e tribunais (BROOKER, 2014, p. 128; PEREIRA, 2005, p. 3).

Esse conflito entre normalidade e exceção foi evidente logo no início do regime militar (CÂMARA, 2021, p. 285) e o acompanhou, em certa medida, ao longo de toda a sua existência (PAIXÃO, 2020, p. 213). Nos termos de Cristiano Paixão, 2020, p. 231,

> (...) para preservar a democracia, uma ditadura se instalou. Para garantir o Estado de Direito, violou-se a Constituição. Era fundamental, então, apresentar uma justificativa. E, para que ela fosse transformada em uma narrativa plausível, o direito seria muito importante.

Essa narrativa foi construída tanto no campo jurídico quanto na esfera da opinião pública. Carlos Medeiros de Silva, por exemplo, afirmou que o primeiro Ato Institucional era a evidência de que não se tratava de um golpe de Estado (SILVA, 1964, p. 375). No prêambulo do Ato Institucional, a narrativa de suavização do golpe também é presente: "Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República" (BRASIL, 1964). A narrativa de legitimação do regime militar se apoiava, dessa forma, no fato de que poderiam ter extinguido toda a ordem constitucional e criado novas instituições

políticas e jurídicas para substituir as pré-existentes, mas não o fizeram; ao invés de instituírem um estado de exceção, acrescentaram instrumentos legais à ordem já existente.

A contradição dessa narrativa, contudo, é latente. Adotando a definição moderna de constitucionalismo, a técnica de limitação do poder do Estado (LOIS, 2001), a modificação das competências e prerrogativas não é pouca coisa. A título de exemplificação, o primeiro Ato Institucional (BRASIL, 1964) colocou o Presidente da República no centro da atividade legislativa (PAIXÃO, 2020, p. 231), conferindo-lhe a iniciativa para a propositura de projetos de lei e emenda constitucional ao Congresso Nacional (arts. 3º e 4º). Mais do que alterar as competências presidenciais, o Ato Institucional (BRASIL, 1964) também flexibilizou o processo de modificação do texto constitucional competências estabeleceu eleições indiretas para a Presidência da República, suspendeu garantias constitucionais e legais de vitaliciedade e estabilidade, e autorizou a suspensão de direitos políticos, bem como a cassação de mandatos legislativos, atos isentos de controle judicial posterior (PAIXÃO, 2021, p. 232). A forma legal escolhida pelo regime militar serviu, portanto, além de instrumento de legitimação, como mecanismo de organização do regime e de seus poderes excepcionais.

4.2. ATO INSTITUCIONAL N. 2: A CONTINUIDADE DA EXCEÇÃO

O intuito inicial de existência provisória dos atos institucionais na ordem constitucional foi frustrado no ano seguinte, quando Castello Branco outorgou o segundo Ato Institucional (BRASIL, 1975). Nos termos de Heloísa Câmara (2021, p. 288), "o AI-2 representou o processo de maior cerceamento democrático como forma de resolução das crises políticas existentes". Sua edição foi motivada por, pelo menos, 4 crises diferentes e correlacionadas. Em primeiro lugar, pela derrota nas eleições para governador em dois estados

importantes para o governo (BARBOSA, 2009, p. 56), mesmo após a realização de manobras legais para aumentar as hipóteses de inelegibilidade e prejudicar as candidaturas da oposição (BARBOSA, 2009, p. 56; CÂMARA, 2021, p. 289; PAIXÃO, 2020, p. 233). No mesmo contexto, despontavam conflitos com a linha-dura militar, que sugeria o não reconhecimento do pleito estadual (BARBOSA, 2009, p. 57), bem como o aprofundamento da repressão, diante da perda de apoio e credibilidade pelo governo (BARBOSA, 2009, p. 57; PAIXÃO, 2021, p. 233). Na sequência, os militares não conseguiram apoio no Congresso Nacional para aprovar emenda constitucional que tentava apagar esses incêndios, fortalecendo o Executivo, mas sem recorrer às medidas excepcionais defendidas pela ala mais radical (BARBOSA, 2009, p. 59; CÂMARA, 2021, p. 290; PAIXÃO, 2020, p. 233). Por fim, o AI-2 também representou uma resposta ao Judiciário, após algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que impunham derrotas aos militares (BARBOSA; 2009, p. 63; PAIXÃO, 2020, p. 288).

Há de se observar, também, o encadeamento lógico entre os dois primeiros atos institucionais (PAIXÃO, 2020, p. 233). Retomando o preâmbulo do Ato Institucional de 1964, o AI-2 frisa a continuidade de uma revolução autêntica, que exerce o poder constituinte em nome da nação (BRASIL, 1965; grifos nossos):

> Não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará. **Assim o seu Poder Constituinte não se exauriu, tanto é ele próprio do processo revolucionário**, que tem de ser dinâmico para atingir os seus objetivos. Acentuou-se, por isso, no esquema daqueles conceitos, (...) o poder institucionalizante de que a revolução é dotada para fazer vingar os princípios em nome dos quais a Nação se levantou contra a situação anterior.

Na sequência, o AI-2 se dirige à oposição, que teria desafiado a "ordem democrática" (BRASIL, 1965). A revolução, contudo,

não poderia ser destituída, ainda que em nome do exercício de certa liberdade democrática. Esta, nos termos do AI-2, "não exclui responsabilidade nem importa em licença para contrariar a própria vocação política da Nação" (BRASIL, 1965). Os militares afirmavam, portanto, estarem investidos em um poder constituinte permanente, típico da chamada revolução (BARBOSA, 2009, p. 65).

A ambiguidade entre normalidade e exceção também está presente no AI-2 (BARBOSA, 2009, p. 65). Como o primeiro Ato Institucional (BRASIL, 1964), foi dito instrumento revolucionário. Ao mesmo tempo, manteve e reformou a Constituição de 1946 em assuntos essenciais. Dentre as modificações feitas, merecem destaque aquelas que recaíram sobre o processo de alteração do texto constitucional. O Ato Institucional n. 2 (BRASIL, 1965) reforçou a iniciativa presidencial para a proposição de emendas constitucionais e introduziu regras que simplificaram ainda mais o procedimento de tramitação das propostas.

Além de marcar a continuidade da exceção, o AI-2 consolidou, assim, estratégia que seria usada ao longo de todo o regime militar: a modificação das normas constitucionais, em momentos de ameaça ao governo, para manter seus poderes e controlar o ritmo das transformações políticas em posterior fase de transição democrática (PAIXÃO, 2020, p. 233). Em conjunto a outras modificações que reduziram a capacidade de oposição do Congresso Nacional e do Judiciário, o AI-2 permitiu que o regime militar conferisse aspecto de legalidade para a sua agenda revolucionária (BARBOSA, 2020, p. 75).

4.3. ATO INSTITUCIONAL N. 5: A LEGALIDADE AUTORITÁRIA NO AUGE DA EXCEÇÃO

A estratégia do regime de conferir normatividade aos seus atos foi contínua. Essa foi a forma adotada para estabelecer, até mesmo, as bases do Ato Institucional nº 5 (BRASIL, 1968), que representou a radicalização da repressão pelo regime militar.

O AI-5 também evidencia a relação de circularidade na estrutura legal construída pelo regime militar (PAIXÃO, 2020, p. 233-235). Em primeiro lugar, porque cita os preâmbulos do primeiro e segundo atos institucionais em suas considerações iniciais. Estas anunciam o AI-5 como ato de continuidade da "Revolução Brasileira de 31 de março de 1964" (BRASIL, 1968) e de seus atos fundantes e institucionalizantes (BRASIL, 1965; BRASIL, 1964), que desejam instituir no país um regime que "assegura **autêntica ordem democrática**, baseada na liberdade, no **respeito à dignidade da pessoa humana**, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção" (BRASIL, 1968; grifos nossos). Mesmo no ápice da exceção e repressão, o regime militar brasileiro fez questão de se justificar a partir de elementos da teoria democrática, embora o tenha feito a partir de significações próprias, um tanto quanto distorcidas.

Em segundo, em razão de, assim como seus antecessores, afirmar a manutenção seletiva da constituição. Vigente à época, a Constituição de 1967 foi criada por uma constituinte convocada pelo próprio regime, por meio do Ato Institucional n. 4 (BRASIL, 1966). Em seguida, outro ato institucional mudaria alguns de seus conteúdos essenciais, para eliminar seu caráter "excessivamente liberal" (BARBOSA, 2009, p. 114). O AI-5 permitia a decretação de recesso parlamentar, a intervenção federal discricionária em estados e Municípios, a decretação do estado de sítio sem o controle do Congresso Nacional, a suspensão do *habeas corpus* e de garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a cassação de partidos e direitos políticos (BRASIL, 1968).

Para assegurar e aprofundar seus poderes diante da crescente oposição ao governo, a solução foi radicalizar (PAIXÃO, 2014, p. 159). O quinto ato institucional declarava de forma direta, pela primeira vez, o caráter excepcional do regime militar:

> atos nitidamente subversivos, oriundos dos mais distintos setores políticos e culturais, comprovam que os instrumentos jurídicos, que a Revolução vitoriosa outorgou à Nação para sua defesa, desenvolvimento e

> bem-estar de seu povo, estão servindo de meios para combatê-la e destruí-la (BRASIL, 1968).

A exceção autorizada pelo AI-5 foi aprofundada, posteriormente, por outras duas emendas constitucionais e 12 atos institucionais, marcando a circularidade da estrutura jurídica forjada pelo regime militar (PAIXÃO, 2020, p. 236-237). Diante da percepção de ameaças aos seus poderes, a solução foi, reiteradamente, usar as medidas excepcionais previstas pelo AI-5 (PAIXÃO, 2020, p. 237). Assim se seguiu até a promulgação da Emenda Constitucional nº 11, que revogou os atos institucionais e declarou imunes de apreciação judicial os atos realizados com base neles (BRASIL, 1978).

5. CONCLUSÃO

A análise realizada evidencia a complexidade do fenômeno do legalismo autocrático, especialmente as nuances da autocratização no século XXI, que Corrales e Scheppele buscam explicitar. Neste, o uso do direito para alargar os poderes do chefe do executivo, desfazer os freios constitucionais que controlam os poderes, bem como um perfil populista do líder explicariam a nova onda de autocratização. No entanto, a partir do exame da bibliografia crítica – Brooker e Pereira – já consolidada sobre regimes autoritários, bem como da discussão da história constitucional brasileira do período do regime militar é possível perceber que tanto elementos da teoria democrática, quanto instrumentos do direito foram largamente utilizados durante toda história política do século XX. Percebe-se, portanto, que estes instrumentos já estavam à disposição dos líderes autocratas e voltam a ser utilizados neste século.

Ao se tratar dos três atos institucionais, foi possível demonstrar que a ditadura militar brasileira utilizou a legalidade autoritária para consolidar e legitimar seu poder. Em outras palavras, líderes militares, apoiados por juristas, utilizaram a técnica do direito para normalizar

a exceção inaugurada pela tomada de poder e garantir a permanência do regime. Corroborando o que se constatou por meio do exemplo, Anthony Pereira aponta para uma associação jurídico-militar para manutenção de diversas ditaduras latino-americanas e, em especial, a brasileira aqui mencionada. Ao manipular legislação e construir justificativas democráticas para atos autoritários, os juristas do regime militar construíram uma fachada de legalidade que mascarava a repressão e a violência de Estado.

Neste sentido, quando Scheppele faz uso do conceito de legalismo autocrático de Corrales para aprofundar seu sentido, não está apontando para nada novo - como afirma estar fazendo. Apesar disso, não se quer, aqui, negar o mérito da autora em tentar a partir de uma análise institucional, bem como de uma leitura política – a ascensão de líderes populistas – compreender o declínio das democracias constitucionais contemporâneas. A discussão aqui travada pretende enriquecer estas leituras com outra literatura já consolidada anteriormente sobre o tema – principalmente a partir de Brooker e Pereira --, mas, principalmente, não perder de vista os fatos e análises históricas. Estes são como peças de um quebra-cabeça daquilo que também determina o presente sombreado de autocracias.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. 2009. 409 p. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Brasília, 2009.

BARRETO, Marina Slhessarenko Fraife. Brazilian autocratic infra-legalism: a response to Kim Lane Scheppele. **Revista Chilena de Derecho y Ciencia Politica**, *[S. l.]*, v. 14, n. 1, p. 1-27, Jun. 2023. Disponível em: https://doi.org/10.7770/rchdcp-V14N1-art44. Acesso em: 09 mai. 2024.

BIGNOTTO, Newton. **Golpe de Estado: história de uma ideia.** Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Emenda Constitucional n° 11, de 13 de outubro de 1978**. Altera dispositivos da Constituição Federal. Diário Oficial, 17 out. 1978. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/e mc11-78.htm. Acesso em: 20 mai. 2024.

BRASIL. Ministério da Guerra. **Ato Institucional n° 1, de 09 de maio de 1964**. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Diário Oficial, 9 mai. 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm. Acesso em: 18 mai. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores; Ministério da Marinha; Ministério da Guerra. **Ato Institucional n° 4, de 07 de dezembro de 1966**. Convoca o Congresso Nacional para discussão, votação e promulgação de projeto de constituição apresentado pelo Presidente da República e dá outras providências. Diário Oficial, de 07

de dez. de 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-04-66.htm. Acesso em: 18 mai.2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores; Ministério da Marinha; Ministério da Guerra. **Ato Institucional n° 2, de 27 de outubro de 1965**. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Diário Oficial, 27 out. 1965. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm. Acesso em: 18 mai. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça; Ministério da Marinha; Ministério do Exército. **Ato Institucional n° 5, de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24/01/1967 e as Constituições estaduais, com as modificações constantes deste ato institucional. Diário Oficial, 13 dez. 1968. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 18 mai.2024.

BROOKER, Paul. **Non-Democratic Regimes**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2014.

CÂMARA, Heloísa Fernandes. Genealogia e usos do Ato Institucional: inclusão da excepcionalidade na ordem constitucional. **História do Direito**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 272-299, Jul. - Dez. 2021. Disponível em: http://dx.doi.org/10.5380/hd.v2i3.82954. Acesso em: 09 mai. 2024.

CORRALES, Javier. The Authoritarian Resurgence: Autocratic Legalism in Venezuela. **Journal of Democracy**, *[S. l.]*, v. 26, n. 2, p. 37-51, Abr. 2015. Disponível em: https://www.journalofdemocracy.org/articles/the-authoritarian-resurgence-autocr atic-legalism-in-venezuela/. Acesso em: 06 mai. 2024.

FALCÃO, Bruno Oliveira. Legalismo Autocrático e Formulação de Políticas Públicas Desconstituintes. 2023. 127p. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Sergipe, 2023. Disponível em:

https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/17329/2/BRUNO_OLIVEIRA_FALCAO.pdf. Acesso em: 10 mai. 2024.

FUKUYAMA, Francis. The end of history? **The National Interest**, *[S. l.]*, n. 16, p. 3-18, 1989.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review**, Florida, v. 47, p. 189-260, Nov. 2013. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/archives/47/1/abusive-constitutionalism. Acesso em: 06 mai. 2024.

LOIS, Cecilia Caballero. **Uma teoria da Constituição**: justiça, liberdade e democracia em John Rawls. 2001. 376 p. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2001.

LINZ, Juan Jose. An Authoritarian Regime: Spain. In: ALLARDT, Erik; ROKKAN, Stein. (eds). **Mass politics:** studies in political sociology. Nova Iorque: Free Press, 1970.

LÜRHMANN, Anna; LINDBERG, Staffan I. A third wave of autocratization is here: what is new about it? **Democratization**, *[S. l.]*, v. 26, n. 7, p. 1095-1113, Mar. 2019. DOI: 10.1080/13510347.2019.1582029. Disponível em:https://lawreview.law.ucdavis.edu/archives/47/1/abusive-constitutionalism. Acesso em: 06 mai. 2024.

MOREIRA, Marcelo Sevaybricker; ASSIS, Maria Fernanda; DYNIEWICZ, Letícia Garcia Ribeiro.Crise da democracia e autonomia universitária: nomeações para reitorias no governo Bolsonaro (2019-2021). **RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, *[S. l.]*, v.11, n. 2, p. 99-128, maio/ago. 2024. Disponível em: https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/847/357. Acesso em: 20 mai. 2024.

OLIVEIRA, Camila. DYNIEWICZ, Letícia. O caso das democracias constitucionais: encanxes e desencaixes da experiência brasileira. **44º Encontro Anual da ANPOCS**, 2020. Disponível em:https://www.

anpocs2020.sinteseeventos.com.br/atividade/view?q=YToyOntzOjY6E1Njg3ZTk0ZjI4MzQyYzQ4 Mjg0Ijt9&ID_ATIVIDADE=169. Acesso em: 19 mai. 2024.

PAIXÃO, Cristiano. Entre norma e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). **História do Direito**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 227-241, Jul. - Dez. 2020. Disponível em: http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78728. Acesso em: 09 mai. 2024.

PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. Araucária, *[S.l.]*, v. 13, n. 2011. Disponível em: https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/1379. Acesso em: 18 mai. 2024.

PEREIRA, Anthony W. **Political (in)justice:** authoritarianism and the rule of law in Brazil, Chile and Argentina. Pitsburgo: University of Pittsburgh Press, 2005.

SANTOS, Rogério Dultra. Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil. **Dados – Revista de Ciências Sociais,** Rio de Janeiro, *[S. l.]* v. 50, n. 2, p. 281-323, 2007.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. **The University of Chicago Law Review**, *[S. l.]*, v. 85, p. 545-583, Mar. 2018. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol85/iss2/2/. Acesso em: 08 mai. 2024.

SILVA, Fábio de Sá e. Autocratic Legalism 2.0: Insights from a Global Collaborative Research Program. **Law & Politics in Africa, Asia & Latin**

America/Verfassung e **Recht in Übersee (VRÜ)**, *[S. l.]*, v. 55, n. 4, p. 419-440, 2022. Disponível em: https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/0506-7286-2022-4-419.pdf. Acesso em 20 mai. 2024.

SILVA, Carlos Medeiros da. Seis meses de aplicação do ato institucional. **Revsta de Direito Administrativo,** v. 78, p. 449-452. DOI: 10.12660/rda.v78.1964.26722. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/26722. Acesso em: 20 mai. 2024.

VARIETIES OF DEMOCRACY INSTITUTE. Autocratization Turns Viral: Democracy Report, 2021. Disponível em: https://www.v-dem.net/publications/democracy-reports. Acesso em 20 mar. 2023.

VARIETIES OF DEMOCRACY INSTITUTE. Autocratization Surges - Resistance Grows: Democracy Report, 2020. Disponivel em: https://v-dem.net/publications/democracy-reports/. Acesso em: 20 mar. 2023.

VARIETIES OF DEMOCRACY INSTITUTE. Democracy facing Global Challenges: Democracy Report, 2019. https://v-dem.net/publications/democracy-reports/. Acesso em: 20 mar. 2023.

VILHENA, Oscar Vieira. Supremocracia e infralegalismo autoritário: o comportamento do Supremo Tribunal Federal durante o governo Bolsonaro.**Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo. v. 41. n. 03. p. 591-605. Set-dez, 2022. Disponível em: https://doi.org/10.25091/01013300202200030008. Acesso em: 07 mai. 2024.

EROSÃO DA DEMOCRACIA NA AMÉRICA E NA EUROPA, ATAQUE AO CAPITÓLIO NOS EUA E ÀS SEDES DOS TRÊS PODERES NO BRASIL – ESTUDO COMPARADO

DEMOCRACY EROSION IN AMERICA AND EUROPE, RIOTS AT THE U.S. CAPITOL AND AT THE SEAT OF THREE POWERS IN BRAZIL – A COMPARATIVE STUDY

Pedro Henrique Expedito Rosa[1]

Marco Tulio Lanfrendi de Nigris Boccalini[2]

RESUMO | A pesquisa em andamento, cujos resultados parciais se apresentam, têm como objeto a análise do declínio gradual da democracia em diferentes países no século XXI. Tal fenômeno caracteriza-se, dentre outros, pela centralização do poder no Executivo e ascensão de líderes populistas de extrema-direita. O governo de Jair Bolsonaro no Brasil foi exemplo desse fenômeno. A pesquisa em desenvolvimento objetiva contribuir para a consolidação da democracia brasileira, mediante análise crítico-comparativa do fenômeno mundial de erosão do regime democrático, mediante o estudo do contexto de distintos países – EUA, Nicarágua, Equador, Argentina, Hungria, Polônia e Turquia – com ênfase no cenário nacional e estadunidense, em virtude da invasão popular de prédios públicos nesses contextos. Os resultados parciais expostos referem-se à pesquisa bibliográfica e documental (cuja fonte são jornais de grande

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Membro do projeto de pesquisa de iniciação científica "Erosão da Democracia na América e na Europa, Ataque ao Capitólio nos EUA e às Sedes dos Três Poderes no Brasil - Estudo Comparado", coordenado pela Prof[a] Cláudia Toledo, com financiamento da UFJF.

2 Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Membro do linha de pesquisa "A Erosão da Democracia como Fenômeno Mundial", vinculada ao grupo de pesquisa de pesquisa "Atual Judiciário – Ativismo ou Atitude: judicialização da política e politização do judiciário", certificado pelo CNPq e coordenado pela Prof[a] Cláudia Toledo. O estudo realizado nesta linha de pesquisa está sendo desenvolvido conjuntamente ao projeto de pesquisa "Erosão da Democracia na América e na Europa, Ataque ao Capitólio nos EUA e às Sedes dos Três Poderes no Brasil - Estudo Comparado" acima mencionado.

circulação, brasileiros e estrangeiros) relativa precisamente ao Brasil e EUA. A pesquisa bibliográfica foi recentemente encerrada, estando a pesquisa documental em curso.

PALAVRAS-CHAVE | Retrocesso da democracia. Populismo. Três Poderes e Capitólio.

ABSTRACT | *The research in progress, whose partial results are presented here, aims to analyze the backsliding of democracy in different countries in the 21st century. This phenomenon is mainly characterized by the centralization of the Executive power and the rise of far-right populist leaders. Jair Bolsonaro's government in Brazil was an example of this phenomenon. The research is being carried out with the aim of contributing to the consolidation of Brazilian democracy, through a critical-comparative analysis of the worldwide phenomenon of the democracy erosion, by studying the context of different countries - the USA, Nicaragua, Ecuador, Argentina, Hungary, Poland, Turkey - emphasizing the national and US scenarios, wherethere was popular invasion of public buildings. These partial results refer to bibliographical and documentary research (whose source is large-circulation newspapers, both Brazilian and foreign) regarding precisely Brazil and the USA. The bibliographical research has been completed and the documentary research is ongoing.*

KEYWORDS | *Democracy backsliding. Populism. Three Powers and U.S. Capitol.*

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa em curso objetiva traçar uma análise crítico-comparativa entre diferentes países dos continentes europeu (Polônia, Hungria, Turquia) e americano (além do Brasil, Argentina, Nicarágua, Equador e Estados Unidos) acerca do crescente processo de erosão democrática que se verifica em âmbito mundial. Especial enfoque é atribuído às realidades tanto brasileira quanto estadunidense, em virtude da ocorrência, em ambas, de invasões populares e dilapidação

de prédios públicos – respectivamente, a invasão do Capitólio, sede do Poder Legislativo federal em Washington D.C., nos Estados Unidos, em 06 de janeiro de 2021, e o ataque às sedes dos três Poderes Públicos em Brasília, no Brasil, em 08 de janeiro de 2023. Expõem-se neste artigo resultados parciais da pesquisa relativos especificamente ao cenário do Brasil e dos EUA.

Os países europeus elencados foram escolhidos pelo fato de os governos de Andrzej Duda (2015-) na Polônia, Viktor Orbán na Hungria (2010-) e Tayyip Erdogan na Turquia (2014-) se destacarem, tanto na mídia tradicional, quanto na produção bibliográfica de artigos científicos, por apresentarem características identificadas como típicas do processo internacional de erosão da democracia, além de tais países possuírem as economias de maior destaque no leste europeu. Na América, tem-se exemplos de países em que o declínio da democracia estão em todo o continente – desde os EUA com Donald Trump (2017-2021) na América do Norte, passando por Nicarágua com Daniel Ortega (2007-) e Equador com Guillermo Lasso (2021-2023) e Daniel Noboa (2023-), na América central, até Brasil com Jair Bolsonaro (2019-2022) e Argentina com Javier Milei (2024-) na América do Sul.

Trata-se, metodologicamente, de pesquisa de caráter *exploratório*, baseada, em um primeiro momento, em pesquisa *bibliográfica*, cuja fonte são artigos e livros científicos nacionais e internacionais, a qual é voltada para compreensão dos aspectos gerais envolvidos na temática. Já em um segundo momento, para o estudo das invasões e depredações do patrimônio público dela resultante, haverá a pesquisa *documental*, cuja fonte são artigos de opinião e notícias publicadas pela mídia tradicional, em jornais de grande circulação no Brasil e Estados Unidos, para compreensão de seus respectivos cenários, especialmente no que diz respeito às medidas tomadas para enfrentamento e punição frente aos atos golpistas ocorridos no país.

A seleção e organização das informações, conceitos e teorias levantadas em ambas as pesquisas bibliográfica e documental decorrem da leitura e fichamento do material selecionado. Tratando-se

de pesquisa em equipe, tais fichamentos são apresentados pelos pesquisadores e debatidos em reuniões semanais. Neste momento, a pesquisa bibliográfica está em fase de conclusão, tendo sido estudada a bibliografia básica sobre o tema.

Expõem-se a seguir os resultados parciais da investigação até o momento realizada.

2. EROSÃO DEMOCRÁTICA: CARACTERÍSTICAS

Define-se erosão democrática como o *declínio gradual* da democracia, verificado essencialmente no século XXI, em que não se configuram rupturas abruptas com o Estado Democrático de Direito, nas quais havia forte participação militar, próprias do século XX. Essencialmente, o processo erosivo é marcado pela ascensão de líderes populistas de extrema direita.

Qualifica-se o discurso populista como um discurso hegemônico, a partir do qual se homogeneízam as massas por meio da construção de uma identidade social e da restrição do caráter plural da coletividade. Da limitação à pluralidade resultam, do ponto de vista institucional, danos ao sistema representativo e do ponto de vista das relações interpessoais, a mencionada polarização da sociedade. Esse processo é descrito com precisão por Flávio Quinaud Pedron e Júlio César Ramos Mendes (2021, p. 418):

> [...] em suma, há uma afirmação que consiste na posse da verdade na 'mão' do povo e esse povo são os próprios participantes do processo político que no fundo têm a idêntica compreensão do populista, criando assim, uma espécie de identidade social e a sensação de pertencimento a classe moralmente pura, conduzindo assim, a uma autoafirmação e aqueles que argumentam contra a vontade desse povo não merecem a devida atenção, ou seja, há uma busca pela homogeneidade dos movimentos

> populistas. Por outro lado, essas ideias populistas estão em dissonância com a democracia deliberativa, conforme afirmou Habermas a soberania popular só é soberania do povo desde que haja participação efetiva e uma manifestação plural

Além de afetar o jogo democrático e o processo deliberativo nele existente, o movimento populista possibilita que seu líder angarie apoio para implementação de políticas neoliberais consentâneas à ideologia de extrema-direita e outras medidas de gradativo desmonte do Estado, sob a aparência de que se tratam de mudanças garantidas por uma legitimidade democrática. Essas políticas e medidas decorrem de atos normativos, geralmente autorizados por meio do constitucionalismo abusivo e/ou do legalismo autocrático.

Assim, globalmente, verifica-se a ocorrência do *constitucionalismo abusivo*, definido por Landau (2020, p. 22) como "o uso de mecanismos de mudança constitucional para tornar o Estado significativamente menos democrático". Constata-se também a ocorrência de *legalismo autocrático*, noção trazida por Doacir Gonçalves de Quadros e Hélio Gustavo Mussoi (2022), a qual corresponde à perversão do Direito em favor do líder autocrata para concentrar em si mais poder e desequilibrar o sistema de freios e contrapesos. Logo, a mutação total ou parcial do texto constitucional é elemento comum no fenômeno mundial de retrocesso democrático, com crescente centralização do poder no Executivo.

O processo de contínuas emendas constitucionais ou mesmo de elaboração e promulgação de nova Constituição, é acompanhado pelo aparelhamento do Poder Judiciário para a garantia da eficácia da mutação constitucional, além da politização da escolha de profissionais técnicos da área jurídica, visando à ocupação de cargos comissionados mais elevados – como chefia da Procuradoria Geral da República ou da Advocacia Geral da União –, com profissionais comprometidos não com o cumprimento, em primeiro lugar, do texto constitucional, mas com a satisfação direta da vontade e interesses do líder populista

responsável por sua nomeação. Consequência inequívoca desse cenário é o enfraquecimento do sistema de freios e contrapesos, com a marcante redução do controle dos atos e omissões do Executivo pelos Poderes Judiciário e Legislativo.

Da constância desse movimento, decorre o processo erosivo da democracia.

3. EROSÃO DEMOCRÁTICA BRASILEIRA E SUAS PARTICULARIDADES

Percebe-se a existência do processo erosivo da democracia brasileira em razão de no país ter sido eleito, em 2018, um governo populista de extrema-direita, cuja chefia foi conferida a Jair Bolsonaro (2019-2022). A caracterização do governo de Bolsonaro como populista é o principal argumento de sustentação da tese de existir um processo erosivo no Brasil, uma vez que o movimento populista, conforme caracterizado acima, tem por consequência a polarização da sociedade – uma vez que aquela parcela da sociedade que discorda do líder autocrata não é integrada ao restante da população que com ele concorda. A título de exemplificação, cita-se o desmonte dos conselhos gestores, tratado por Doacir Gonçalves de Quadros e Hélio Gustavo Mussoi (2022), compreendidos como importantes instrumentos de participação popular e de construção democrática de políticas públicas, os quais foram gradativamente desmobilizados por meio de decretos presidenciais que tinham por justificativa uma suposta busca por racionalização da administração pública, extinguindo grupos de pressão perante o Poder Executivo. Logo, houve a centralização do poder no Executivo, o qual assume uma postura intolerante e hostil, avessa ao diálogo, com a compreensão de oponentes não como interlocutores com posições e argumentos distintos, mas como inimigos. Dessa postura, resulta a polarização da sociedade.

Outro aspecto da centralização do poder no Executivo está demonstrado nas tendências autoritárias adotadas na pandemia de

Covid-19, em que houve a violação do dever de transparência a partir de um falso véu de legitimidade para as medidas de centralização do poder para edição de medidas emergenciais. A análise desse cenário foi realizada por Mariana Tormin Tanos Lopes, Emilio Peluso Neder Meyer e Emanuel Andrade Linhares (2020), os quais também enfatizam a promoção do descrédito na ciência como outro fator característico do cenário brasileiro do enfrentamento da pandemia.

Além disso, a erosão democrática brasileira atende a algumas especificidades no tocante ao mecanismo com o qual ela opera. Embora globalmente ocorra o *constitucionalismo abusivo*, no Brasil, porém, opera-se o *infralegalismo autocrático*. Define-se *infralegalismo autocrático* como a edição de atos normativos unilaterais corrosivos à democracia. Sua ocorrência se deve a dificuldade em se obter o quórum para que seja realizada alguma mutação no texto constitucional, decorrente do *presidencialismo de coalizão,* o que impede o *constitucionalismo abusivo* no Brasil. Desse modo, o líder autocrata opera a partir de atos normativos unilaterais. A política de desmonte dos conselhos gestores, por exemplo, fez-se a partir da edição de decretos, configurando uma das manifestações do infralegalismo autocrático.

Relaciona-se a ocorrência do infralegalismo autocrático com a forma como as bancadas do Congresso estão dispostas, sobretudo a partir de 2018, quando houve um enfraquecimento dos partidos tradicionais (presentes no cenário nacional desde a redemocratização, como o Partido dos Trabalhadores, PT; e Partido da Social Democracia Brasileira, PSDB), oriundo, por exemplo, da demissão de lideranças oligárquicas desses partidos e a ascensão de diferentes partidos (que obtiveram maior destaque nacionalmente a partir de 2014, que são o Partido Social Democrático, PSD, e Partido Social Liberal, PSL) fundada na insatisfação popular frente ao papel desempenhado pelos partidos tradicionais até então. Essa análise é guiada pela obra de Sérgio Abranches (2021), a qual permite afirmar que a obtenção do quórum para aprovação dos projetos submetidos ao Poder Legislativo torna-se de menor probabilidade, o que leva a um baixo índice de governabilidade. Ou seja, uma vez que existe maior dificuldade em se

alterar o texto constitucional, bem como editar outros atos normativos próprios da função típica do legislador, o Executivo intervém, editando, arbitrária e unilateralmente, atos normativos próprios – como decretos e portarias.

Além disso, outras estratégias de erosão democrática no Brasil foram listadas por Heloisa Fernandes Câmara e Ana Paula Cardoso Almeida (2023), como: (i) modificação da estrutura administrativa e ataques à burocracia, em que se verificou a militarização da administração pública; (ii) diminuição e não execução orçamentária, sobretudo no que diz respeito à educação pública; (iii) cerceamento de espaços de participação da sociedade civil, como no caso dos conselhos gestores citados; (iv) opacidade e captura de mecanismos de controle, em que é possível citar o uso do orçamento secreto (que fere diretamente deveres de transparência).

Somam-se a esses fatores a *americanização da* política, fenômeno analisado por Guilherme Casarões (2022). Tal fenômeno expressa-se na adoção da postura *jacksoniana* por Bolsonaro, cuja governança se deu a partir do confronto com outras instituições, aplicando um modelo populista de democracia majoritária e antielitista e que beneficia uma classe média branca e masculina. Nesse sentido, o setor da sociedade beneficiado foi guiado por uma postura de insatisfação reformista, conforme o mesmo autor.

Logo, a erosão democrática brasileira é compreendida como particular frente às demais verificadas mundialmente, mas também possui aspectos semelhantes aos Estados Unidos.

4. A DIREITA RADICALIZADA NO SÉCULO XXI: FENÔMENO GLOBAL IRREGULAR E COMBINADO

4.1. A ULTRADIREITA, SEGUNDO CAS MUDDE: DIREITA RADICAL

Preliminarmente, pretende-se estabelecer de forma cristalina os conceitos que irão orientar toda a pesquisa, definindo o termo ultradireita e suas subdivisões: extrema-direita e direita radical.

A precisão e clareza na terminologia desempenham papel fundamental no discurso científico e em sua aplicação à análise política e ao debate público contemporâneo.

Nuances semânticas têm implicações significativas no sentido terminológico atribuído e efeitos na sua capacidade de expressão da realidade analisada.

Um exemplo ilustrativo reside na distinção entre os termos "extrema direita" e "direita radical", como proposto por Mudde (2019). Para o autor, essa diferenciação transcende a pura linguagem, e reside substancialmente em matéria legal.

Em rápidas pinceladas:

A ultradireita - alinhamento político que mais se aproxima à ideologias conservadoras e posicionamentos intrinsecamente controversos - centraliza-se essencialmente no aumento do sentimento nativista; aceitação de um líder intocável; e políticas populistas (Casarões, Farias; 2021). Divide-se em direita radical e extrema-direita.

> Direita radical, segundo Mudde, é a expressão da direita que opera dentro do sistema legal, aceita a política convencional (*mainstream*) e busca influenciar a ideologia comunitária, utilizando-se e respeitando o *establishment.* Diferencia-se, entretanto, da direita convencional ao buscar a politização com ideais incisivamente questionáveis.
>
> A extrema direita, descrita por Mudde, por sua vez, mantém ideias semelhantes à direita radical,

> entretanto, sua distinção é revelada na recusa de respeitar os modelos do regime democrático (*establishment*); o poder deve ser tomado, e não escolhido livremente pelo povo. Promotora de ideias inconstitucionais e fomento a grupos rotulados como extremistas**,** tal faceta da ultradireita está frequentemente sujeita a proibições legais e ações governamentais.

Observa Mudde "The extreme right rejects the essence of democracy, that is, popular sovereignty and majority rule. The most infamous example of the extreme right is fascism, which brought to power German Führer Adolf Hitler and Italian Duce Benito Mussolini" (Mudde, 2019, p. 18.)

Consoante a interpretação do teórico político argentino Ernesto Laclau, o populismo não deve ser tratado meramente como um movimento ou ideologia: argumenta que considerar o populismo como um movimento implica reduzi-lo a uma simples expressão ou tipo de mobilização de um grupo social já existente, o que ofusca a complexidade de sua dinâmica política. Laclau, por fim, conclui que o populismo deve ser compreendido como uma lógica de articulação política, que possibilita a construção de identidades coletivas através da intermediação de demandas heterogêneas, desafiando, assim, as categorizações tradicionais e proporcionando uma nova compreensão da política como campo de disputa simbólica e discursiva (Laclau, 2013).

Já o nativismo emerge como um pilar ideológico central no âmago do pensamento ultradireitista. Conforme delineado por Mudde, esta concepção pode ser entendida como uma projeção que se sustenta por meio de um discurso impregnado de xenofobia e nacionalismo, aspirando à idealização de uma sociedade exclusivamente habitada pelo grupo nativo, o qual representa a essência da "nação", concebida como um Estado-Nação homogêneo. Dentro dessa estrutura, são identificados como as principais ameaças os elementos não-nativos,

abarcando tanto indivíduos quanto concepções que não se alinham com a identidade nativa (Mudde, 2007, p. 19.)

Em suma, Mudde identifica o autoritarismo como uma ideologia central para a análise e categorização da ultradireita. Em seu trabalho "The far right today", o autor delineia sua interpretação desse termo, contextualizando-o dentro das contribuições da psicologia social. Sob essa ótica, o autor enfatiza que o autoritarismo denota uma adesão estrita a uma estrutura hierárquica da sociedade, na qual transgressões à autoridade devem ser severamente sancionadas (Mudde, 2019, p. 35.)

Neste quadro, a análise da dinâmica política contemporânea revela que a direita radical, enquanto mantém a aceitação do cerne da democracia, manifesta oposição a elementos fundamentais da noção de democracia constitucional, elucidada por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2017) fundamentando-se na concretização contínua do projeto constitucional de Estado Democrático de Direito no decurso da história.

Este projeto, dentre os quais se destacam os direitos das minorias; o primado do Estado de Direito; e a separação de poderes, é baseado na interdependência entre a autonomia pública e a autonomia privada, onde a soberania popular, agora vista de forma reflexiva e processual, ao mesmo tempo constitui e é constituída por direitos fundamentais, e abertos à interpretação construtiva e ao desenvolvimento político-legislativo.

A noção contemporânea de democracia abarca o reconhecimento de uma esfera pública política expandida, que vai além dos fóruns estatais, e uma sociedade civil revitalizada, composta por grupos, movimentos, associações e organizações sociais que se distinguem tanto do governo quanto do mercado. Esses atores sociais têm como objetivo trazer à tona e generalizar temas e questões de interesse público por meio de formas argumentativas ou narrativas de auto expressão. Assim, a democracia contemporânea é, essencialmente, uma democracia constitucional.

Uma análise abrangente da direita radical sugere que, em decorrência das crises enfrentadas ao longo do século XXI

- principalmente nos Estados Unidos da América - políticas associadas ao radicalismo de direita se evidenciam, e, gradualmente, passaram a integrar a agenda política dos partidos tradicionais. As crises desempenham um papel de importância indiscutível na galvanização dos princípios inerentes à ideologia da extrema-direita conservadora. Um exemplo paradigmático reside na crise financeira de 2008, a qual serviu como um agente catalisador para uma metamorfose no panorama político, fomentando o surgimento de movimentos extremistas que contestam os alicerces do desenvolvimento humano e dos direitos das minorias. Nesse contexto, as medidas de orientação neoliberal impostas revelaram-se contraproducentes, exacerbando as disparidades socioeconômicas e erodindo o tecido do bem-estar social, ampliando assim a distância entre vastos contingentes populacionais e a obtenção dos recursos essenciais. A globalização econômica, embora frequentemente apresentada como um catalisador do desenvolvimento sustentável, comumente defrauda suas promessas iniciais. As reformas de cunho neoliberal implementadas nas décadas de 1980 e 1990, ao suprimirem as barreiras à mobilidade do capital e promoverem acordos comerciais de natureza assertiva, contribuíram para a sobrecarga sistêmica, conforme atestado por Rodrik (2018). Tais eventos ressaltam a intersecção entre as crises econômicas e o fortalecimento do discurso e das políticas endossadas pela vertente mais radical da direita política.

Uma análise abrangente da recente ampliação no sucesso eleitoral da direita radical sugere que, em decorrência das crises enfrentadas ao longo do século XXI - principalmente nos Estados Unidos da América - políticas associadas ao radicalismo de direita se evidenciam, e, gradualmente, passaram a integrar a agenda política dos partidos tradicionais. Essas convulsões sociais formaram um ambiente propício para o surgimento e a consolidação de propostas políticas cujos discursos se baseiam na defesa de uma identidade nacional, mediante controle rigoroso das fronteiras e uma posição política contrária à globalização e seus efeitos (Burni, 2019).

Por sua vez, a análise das ideologias da *ultradireita* revelam características fundamentais. Dentre elas: a construção de uma rígida oposição entre os expansivos termos "nós" e "eles". Em outras palavras, a pátria e os estrangeiros.

Contudo, tanto a identidade dos grupos identificados como "nós" quanto aquele categorizado como "eles" sofrem alterações com o passar do tempo e com a mudança dos objetivos políticos dos grupos da ultradireita. Conforme a sociedade passa a perceber diferentes entidades como ameaças, não apenas "eles" podem ser substituídos ou ampliados, mas também a própria identidade do grupo referido como "nós" se transforma (Mudde, 2019).

Nesse ínterim, à medida que percebem ameaças externas, os grupos propendem a reexaminar e redefinir seus próprios limites, induzindo a uma incessante reconfiguração das identidades coletivas. Essa dinâmica transcende não apenas os contrastes intergrupais, mas também abarca as variações intragrupo, destacando a natureza fluída e adaptativa das percepções ideológicas e identitárias em contextos permeados pela polarização política.

É crucial, ademais, considerar que frequentemente os grupos tendem a conceber os outros como estrangeiros, como agentes representativos de ameaças exógenas. Entretanto, dentro dos próprios grupos, especialmente em contextos de considerável heterogeneidade ideológica, como no seio das direitas conservadoras, observa-se uma intrincada teia de dissensões internas. Nesse sentido, mesmo dentro do escopo do próprio grupo, pode-se constatar uma percepção de hostilidade, em que distintas facções se enxergam como adversárias em relação a determinadas questões ideológicas ou estratégias políticas. Assim, a reconfiguração identitária não se limita meramente às relações intergrupais, mas se estende também ao interior de cada coletividade, espelhando a diversidade e as tensões internas que caracterizam tais movimentos políticos. (Mudde, 2019)

4.2. A ULTRADIREITA, SEGUNDO CAS MUDDE: EXTREMA DIREITA

As agendas e pautas políticas defendidas pelas ideologias de extrema-direita se moldam na convicção da inevitabilidade das disparidades sociais, concebendo-as como fenômenos intrínsecos à ordem natural. Esses grupos se opõem à diversidade e exaltam a estratificação social, destacando-se por sua essência elitista, a qual postula a supremacia de determinados grupos e indivíduos sobre outros, legitimando, portanto, a concentração desproporcional do poder em mãos seletas e a possibilidade desigual de obtenção do título de "cidadão". A valorização da hierarquia social e da diferenciação de status consolida-se como um princípio basilar, delineando a visão de mundo característica da perspectiva extremista de direita.

A ideologia primordial da extrema-direita encontra-se envolvida no fascismo, definida como dogma que ultrapassa a mera dimensão legal do Estado, conferindo-lhe status similar de entidade espiritual, ética e orgânica que demanda lealdade e submissão incondicional. A natureza intrínseca do fascismo é totalitária, situando-se como uma alternativa intersticial entre o socialismo e o liberalismo. A estrutura econômica sob o domínio deste regime reflete os ideais fascistas através de um corporativismo que segmenta a sociedade em castas, incumbidas de colaborar de maneira orgânica em prol do benefício estatal. Nesta seara, o fascismo almeja o "renascimento" tanto da sociedade quanto do indivíduo, promovendo uma reconfiguração integral dos pilares fundamentais da ordem social.

Imperioso reiterar a ideia da dimensão infralegal da extrema-direita, que se contrapõe à direita radical ao incorporar, em seu seio, grupos políticos com estruturas semelhantes a partidos, mas sem a possibilidade ou o interesse de disputar eleições. Via de regra, o atrativo dessas comunidades é o fornecimento de um espaço "livre" para encontro de pessoas com ideais políticos governamentais semelhantes.

Sob símile contexto das diferenças diametrais na atuação de grupos na ultradireita, tendo em vista que a cada nova crise e ascensão de líderes populistas surgem centenas de pontos de vistas extremistas distintos, a heterogeneidade do movimento fomenta mais discordâncias que concordâncias entre os conservadores, impossibilitando, notoriamente, a agremiação dos discursos contra um inimigo em comum: o estrangeiro.

De forma sucinta, a ultradireita consiste em todos os grupos ou atores políticos que não estão ligados à direita tradicional. Fundamentalmente, demonstram sua disparidade em relação à posição que ocupam em torno do discurso democrático: a extrema-direita rejeita a democracia e sua essência; já a direita radical professa um apoio teórico à democracia, no entanto, confronta as instituições e valores fundamentais da democracia constitucional, entre os quais se destacam os direitos das minorias, o império da lei e a separação de poderes. Ademais, a distinção entre ambas as vertentes não se limita à dimensão quantitativa - no sentido de considerar a extrema-direita como uma forma mais radical ou extrema da direita radical -, mas transcende para uma diferenciação qualitativa.

5. REJEIÇÃO AOS PARTIDOS CONVENCIONAIS: A DIMENSÃO DA EXTREMA-DIREITA/ASCENSÃO DA EXTREMA-DIREITA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

5.1. TRUMP, INSURREIÇÃO E CANDIDATURA: ANÁLISE DA INTERSEÇÃO ENTRE O 6 DE JANEIRO E AS PERSPECTIVAS DA ASCENSÃO RADICALISTA DE DIREITA NOS ESTADOS UNIDOS

A concepção coletiva da ascensão de regimes autoritários frequentemente evoca imagens de tanques desfilando, tropas mobilizadas e uma deterioração abrupta da democracia por meio de explosões dramáticas. Nada obstante, é crucial reconhecer que, na era contemporânea, a transição para a autocracia assume

uma forma mais gradual. Este processo se desdobra por meio de mudanças incrementais, nas quais alterações aparentemente modestas acumulam-se progressivamente até que se alcance um estágio em que os vestígios do antigo sistema democrático tornam-se escassos (SCHUINSKI, 2022) O ataque ao Capitólio dos Estados Unidos em 6 de janeiro de 2021 marca um episódio sem precedentes na história política do país, o qual representa explicitamente uma tentativa extrema de subverter os resultados da eleição presidencial por meio de violência. Paralelamente, observa-se uma radicalização do movimento conservador, impulsionada por um processo de auto-indoctrinação em massa, no qual os indivíduos tendem a buscar e acreditar em informações que confirmem suas visões preexistentes, enquanto diminuem sua confiança nas instituições sociais (YOSHIDA, 2024). Esse fenômeno é alimentado pela crescente polarização política; proliferação de mídias sociais; e propagação de teorias da conspiração. A mídia direcionada à extrema-direita, especialmente, tem como alvo uma audiência conservadora desconfiada e alienada da mídia convencional, fornecendo-lhe uma narrativa que reforça sentimentos de exclusão e desdém por parte da divergente comunidade plural.

O surgimento e a ascensão das mídias sociais vêm desempenhando papel transformador na esfera política contemporânea, ao alterar a paisagem informativa de maneira desconcertante. Movidas pela máxima do lucro, nesse ambiente digital, algoritmos alimentam um ciclo vicioso ao priorizar conteúdos provocativos e alinhados com ideais preexistentes, em detrimento da veracidade ou do contexto. O resultado é a formação de bolhas informativas em que os indivíduos buscam e recebem informações que confirmam suas próprias visões de mundo, variadas vezes alimentados por percepções distorcidas e blasfemadoras sobre o outro. Como consequência, a normalização da disseminação de teorias conspiratórias, paralelamente aos processos de declínio relativo da democracia e a radicalização dentro da base política, têm contribuído para o apoio a candidatos extremistas e a adoção de medidas radicais.

Trump, apesar das críticas dirigidas à sua indefinição e falta de posturas políticas definidas, era associado a um conjunto de atitudes consistentes entre os apoiadores do trumpismo, que incluíam desde a exaltação dos americanos branco;, a reverência exacerbada aos símbolos nacionais, a aversão à imigração e ao comércio internacional, desconfiança em relação aos aliados; a admiração por líderes autoritários; bem como a glorificação das Forças Armadas; e o apoio à polícia em situações de uso de força contra minorias. O que marcou ainda mais sua trajetória e contribuiu para o clima de violência foi sua flagrante falta de comprometimento com os princípios democráticos e sua adesão firme a teorias conspiratórias.

Persistentemente, Trump se negou a afirmar que aceitaria o resultado em caso de derrota, tanto em 2016 quanto em 2020, deixando os republicanos diante de evidências incontestáveis de comportamento desqualificante para qualquer político, especialmente para o cargo presidencial. No entanto, a influência de Trump sobre seus seguidores era tão arraigada que republicanos de longa data seriam rotulados traidores por contradizê-lo. Sem alternativas, Trump voltou-se para o amplo grupo que ele podia contar para atender aos seus desejos: seus apoiadores mais extremistas e frequentadores de comícios. Em 6 de janeiro de 2021, Trump os incentivou a marchar até o Capitólio, a fim de impedir a contagem dos votos eleitorais.

A insurreição resultante foi marcada por uma dualidade incomum: embora tenha sido letal, também exibiu uma aura de falta de seriedade. Surpreendentemente, não foram empreendidos esforços para garantir a segurança do edifício contra possíveis contra-ataques das forças de segurança ou ali estabelecer uma presença duradoura.

Nesse ínterim, a mídia de direita empregou as técnicas já conhecidas para mudar a narrativa em torno dos eventos. Para alguns, a insurreição foi considerada uma operação conduzida por elementos de esquerda para desacreditar e blasfemar Trump. Outros, argumentaram que se tratava de manifestação pacífica de apoiadores de Trump, que foi sequestrada por grupos esquerdistas violentos.

5.2. DESDOBRAMENTOS DO 6 DE JANEIRO DE 2021

Para o sistema jurídico americano federal, restam dúvidas de que Trump foi um dos maiores responsáveis e incitadores do ataque terrorista interno calhado em 6 de janeiro de 2021: o aniversário de três anos da rebelião fatal ao Capitólio dos Estados Unidos foi marcado por Trump trabalhando em sua campanha para a nomeação na corrida presidencial de 2024, pelo Partido Republicano.

Mostra-se viável marcar uma linha cronológica com eventos de fundamental importância concernentes à intervenção de Donald Trump nos ataques: em 6 de janeiro de 2021, a rebelião ao Capitólio irrompe em DC, Washington. O então Presidente Donald Trump é omisso em relação à seu círculo social republicano que suplica pelo apelo ao fim da carnificina. Um ano após, em 6 de janeiro de 2022, o Presidente Joe Biden discursa ironizando, criticando e repreendendo seu antecessor, ao declarar que suas atitudes egocêntricas buscaram exterminar o regime democrático da América do Norte, como um atentado à constituição e como grande exemplo contemporâneo da ruína da democracia.

Logo, em 19 de dezembro de 2023, o ex-presidente Donald Trump é removido da "ballot paper" ou, em outras palavras, tem sua permissão de ser votado revogada após decisão da Suprema Corte do estado do Colorado. Entretanto, em 3 de janeiro de 2024 o ex-presidente recorreu à decisão do estado do Colorado.

A outonada: os seguintes dados baseiam-se em informações obtidas do site oficial do United States Attorney's Office. A confiabilidade e a atualidade dos dados garantem uma base sólida para investigação rigorosa e informada sobre uma variedade de tópicos pertinentes ao cenário jurídico norte-americano.

Categoria	Número de Réus

Acusações Criminais	
Agressão à Oficiais	452
Agressão à Mídia	11
Entrada em Áreas Restritas	1.186
Destruição de Propriedade do Gov.	71
Roubo de Propriedade do Gov.	56
Obstrução de Processo Oficial	332
Conspiração	57
Recurso/apelos	
Culpado (Total)	718
Culpado (Crimes Graves)	213
Culpado (Contravenções)	505
Culpado (Agressão à Oficiais)	89
Culpado (Obstruindo Oficiais)	41

Culpado (Conspiração Sediciosa)	4
Julgamentos	
Considerados Culpados (Julgamentos Contestados)	139
Considerados Culpados (Fatos Acordados)	32
Sentenças	
Encarceramento	467
Prisão Domiciliar	154
Encarceramento + Prisão Domiciliar	28

6. CONCLUSÃO

Resta nítido, portanto, que a erosão democrática carece de mecanismos para seu enfrentamento.

Nesse sentido, cita-se a obra de Eduardo de Carvalho Rêgo e Gustavo Justino de Oliveira (2023), os quais trazem a aplicação das noções de democracia militante e democracia defensiva, em que as instituições vinculadas ao Estado, sobretudo o Poder Judiciário, agem contra movimentos antidemocráticos, podendo, por exemplo, intervir na organização de grupos que visam minar a democracia. Tal concepção encontra aplicação em território alemão, no qual existem instituições específicas para monitorar esses grupos. Em outros países,

como no Brasil, após as invasões às sedes dos Três Poderes, institui-se a Procuradoria Nacional da União de Defesa da Democracia, vinculada à Advocacia Geral da União cujo intuito principal é criar uma cultura de defesa da democracia.

Indubitavelmente, a salvaguarda da democracia demanda abordagens institucionais meticulosas, desprovidas de arbitrariedades. Nesse sentido, é imperativo que as instituições, como a brasileira e outras similares, sejam concebidas com um grau substancial de autonomia, a fim de mitigar a influência política sobre elas exercida. Além disso, a composição desses órgãos deve ser diversificada, abrangendo não apenas funcionários especializados, mas também representantes da sociedade civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão em transe e crise democrática no Brasil. *Revista Euro Latinoamericana de Análisis Social y Político*, v. 2, n. 3, p. 67-79, 2021.

BURNI, Aline. Extreme right parties in Europe today: definition and electoral performance. Revista Estudos Políticos, [s. l.], v. 9, n. 17, p. 124–141, 2019. Disponível em: https://doi.org/10.22409/rep.v9i17.39854

CÂMARA, Heloisa Fernandes; ALMEIDA, Ana Paula Cardoso. Estratégias de erosão constitucional no Brasil: bolsonarismo e a desconstituição por meios legais administrativos. *Revista Direito e Práxis*, v. 14, n. 4, p. 2432-2462, 2023.

CASARÕES, Guilherme. O movimento bolsonarista e a americanização da política brasileira: causas e consequências da extrema direita no poder. *Journal of Democracy em Português,* v. 11, n. 2, p. 7-44, nov. 2022

CASARÕES, Guilherme Stolle Paixão; FARIAS, Déborah Barros Leal. Brazilian foreign policy under Jair Bolsonaro: far-right populism and the rejection of the liberal international order. Cambridge Review of International Affairs, 2021. DOI: 10.1080/09557571.2021.1981248

ESTADOS UNIDOS. *U.S. Department of Justice. Three Years Since the Jan. 6 Attack on the Capitol. District of Columbia*, 05 jan. 2024. Disponível em: https://www.justice.gov/usao-dc/36-months-jan-6-attack-capitol-0. Acesso em: 28 abr. 2024.

KYDD, Andrew H. Decline, radicalization and the attack on the U.S. Capitol. *Violence: An international journal*. v. 2, p. 3-23, 2021.

LANDAU, David. Constitucionalismo Abusivo. *Revista Jurídica da UFERSA*, v. 4, n. 7, p. 17-71, jan./jun. 2020.LOPES, Mariana Tormin Tanos; MEYER, Emilio

Peluso Neder; LINHARES, Emanuel Andrade. Pandemia e Erosão da Democracia Constitucional: uma Análise dos Ataques à Transparência no Brasil. *RDP*, v. 17, n. 96, p. 93-122, dez. 2020.

MUDDE, Cas. KALTWASSER, Cristóbal Rovira. Populism: A Very Short Introduction. *Oxford Academic Press*, 2017

MUDDE, Cas. The far rigth today. [S. l.]: Polity Press, 2019. ISSN 1098-6596.v. 53

PEDRON, Flávio Quinaud; MENDES, Júlio César Ramos. Erosão constitucional no Brasil: uma abordagem através da tensão entre populismo e a identidade constitucional. *Jurisdição constitucional, democracia e relações sociais: desafios contemporâneos*, p. 414-427, 2021.

QUADROS, Doacir Gonçalves de; MUSSOI, Hélio Gustavo. Erosão Democrática e Legalismo Autocrático: O Caso dos Conselhos no Governo Bolsonaro. *Revista Estudos Institucionais*, v. 8, n. 3, p. 582-606, set./dez. 2022.

RÊGO, Eduardo de Carvalho; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Democracia defensiva na Alemanha e no Brasil na prática de hoje: paralelos entre o *Bundesamt für Verfassungsschutz* (BfV) e a Procuradoria Nacional da União de defesa da democracia. *Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos,* v. 44, n. 94, p. 1-29, 2023.

SCHUINSKI, Rodrigo Menegat, Democracias Sofrem Erosão Antes De Ruir - . Deutsche Welle - DW, 15 de setembro de 2022. Disponível em: https://p.dw.com/p/4GpXF?maca=pt-br-Twitter-sharing. Acesso em 05 de dezembro de 2023.

VIEIRA, Oscar Vilhena. O STF e a defesa da democracia no Brasil. *Journal of Democracy em português*, v. 12, n. 1, p. 7-55, jun. 2023.

YOSHIDA, Y., & DEMELIUS, Y. (2024). Seduction of far-right actions: A pathway to an authentic self? Crime, Media, Culture, 0(0). https://doi.org/10.1177/17416590241245380

O USO DO IRAMUTEQ PARA ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS: EXEMPLO DE APLICAÇÃO NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL NO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

USE OF IRAMUTEQ FOR THE ANALYSIS OF JUDICIAL DECISIONS: AN EXAMPLE OF APPLICATION IN ELECTORAL JUDICIAL INVESTIGATION ACTIONS IN THE SUPERIOR ELECTORAL COURT[1]

Gabriel Delias de Sousa Simões[2]

Jonathan Morais Barcellos Ferreira[3]

RESUMO | A constante produção de conteúdos analisáveis exige que os pesquisadores estejam preparados para trabalhar com grande quantidade de dados. Nesse contexto, o IRaMuTeQ se apresenta como um programa de processamento de grande quantidade de textos, auxiliando os pesquisadores nas análises desses conteúdos. Propomos nesse trabalho apresentar como o *software* pode ser utilizado em pesquisas empíricas em direito que buscam compreender o comportamento judicial. Para isso, iremos exemplificar nas Ações de Investigação Judicial Eleitoral julgadas pelo Tribunal Superior Eleitoral. Ao fim, esperamos que outros pesquisadores e pesquisadoras sejam engajados a produzir pesquisas apoiadas por programas computacionais, não se limitando devido à quantidade de textos.

PALAVRAS-CHAVE | IRaMuTeQ, análise de conteúdo, pesquisa empírica em direito, comportamento judicial, justiça eleitoral.

1 Essa pesquisa foi apoiada pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul.

2 Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul. Brasil. E-mail: gabriel.simoes@furg.br.

3 Mestrando em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito e Justiça Social, da Universidade Federal do Rio Grande. Brasil. E-mail: jonathanmbferreira@outlook.com.

ABSTRACT | *The constant production of content requires researchers to be prepared to work with big data. In this context, IRaMuTeQ presents itself as a program for processing large amounts of text as data, helping researchers to analyze this content. In this paper, we propose to present how the software can be used in empirical research in law that seeks to understand judicial behavior. For this we will use examples from the Electoral Judicial Investigation Actions judged by the Superior Electoral Court. In the end, we hope that other researchers will be engaged in producing research supported by computer programs, not limited by the amount of data.*

KEYWORDS | *IRaMuTeQ, content analysis, empirical research in law, judicial behavior, electoral justice.*

1. INTRODUÇÃO

Como podemos utilizar um *software* na pesquisa empírica em direito, especificamente, nas análises de comportamento judicial? Neste artigo, buscamos descrever de que modo a *Interface de R pour les Analyses Multidimensionnelles de Textes et de Questionnaires* (IRaMuTeQ), um *software* livre baseado em R[4] que permite realizar análises estatísticas multidimensionais de textos e questionários. O IRaMuTeQ pode servir de ferramenta na pesquisa jurídica, especialmente quando dedicada à análise de grande quantidade de texto como é o caso das decisões de tribunais.

No ano de 2023, o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, proferiu mais de 105 mil decisões dentre decisões monocráticas e acórdãos[5]. Dado o grande volume de texto emanado anualmente, faz-se necessário a análise desse texto como dado estatístico quantificável para ampliação da capacidade da observação do pesquisador.

Izumi e Moreira (2018) explicitam que a transformação de palavras em números não substitui a leitura atenta de documentos,

4 R é uma linguagem de programação usada principalmente para análises estatísticas de dados. Foi criada por Robert Gentleman e Ross Ihaka em 1993.

5 Dados obtidos no portal de dados abertos do Supremo Tribunal Federal.

mas permite uma análise sistemática de grandes bases de texto, ampliando o potencial científico dos trabalhos acadêmicos sem necessidade numerosa de mão de obra e grande financiamento. É nesse sentido que o IRaMuTeQ pode surgir como ferramenta auxiliar para processamento de grande quantidade de texto.

O IRaMuTeQ foi desenvolvido pelo pesquisador Pierre Ratinaud no ano de 2009 no âmbito do *Laboratoire d'Études et de Recherches Appliquées en Sciences Sociales* (LERASS) e oferece diferentes tipos de análises léxicas como especificidade, similitude e a Classificação Hierárquica Descendente ou Método de Reinert (Ratinaud, 2009). O uso do IRaMuTeQ no Brasil é impulsionado a partir do ano de 2013 quando o Laboratório de Psicologia Social da Comunicação e Cognição (LACCOS) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e outros institutos de pesquisa constroem um dicionário de língua portuguesa para ser utilizado no *software* (Camargo; Justo, 2013).

Após a introdução no Brasil do IRaMuTeQ pelo LACCOS, o *software* foi bem recepcionado no país. Se tomarmos em conta a base de dados *Scopus*, o Brasil é o país com maior produção acadêmica quanto ao tema IRaMuTeQ[6]. Dos 698 trabalhos indexados na plataforma, 73% são brasileiros, destacando-se as ciências sociais (231), medicina (164), enfermagem (148), psicologia (127) e as ciências da computação (46). A mesma busca em todas as bases de dados do *Web of Science* também destaca o Brasil. Dos 802 registros, 78% são brasileiros. No entanto, quando limitamos as buscas a pesquisas que envolvam decisões judiciais, tribunais, jurisprudências, os números não são expressivos, contando com apenas um registro em ambas as bases[7].

Nesse artigo iremos descrever como utilizar o IRaMuTeQ para pesquisas empíricas de comportamento judicial tendo como objeto

6 Busca simples utilizando do descritor "iramuteq" em títulos, resumos e palavras-chaves.

7 O registro é de uma pesquisa que buscava analisar o conteúdo das súmulas dos Tribunais de Contas brasileiros (Ogata; Pinochet; Gama; Leister, 2021). Ademais, não desconhecemos a existência de outros trabalhos no campo do direito que utilizam do *software*, mas que nas bases de dados de referência, embora a significativa representação o Brasil, não temos a participação de pesquisas jurídicas.

de análise as Ações de Investigação Judicial Eleitoral[8] (AIJE) julgadas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Os conjuntos de dados dessa pesquisa foram: coletados do portal de jurisprudência do TSE utilizando a estratégia de busca a classe AIJE em acórdãos e resoluções, tratados em um algoritmo criado em linguagem R e, por fim, processados no IRaMuTeQ.

A escolha dessa classe processual como foco desse estudo se justifica pelo volume substancial de decisões judiciais ricas em conteúdo textual e complexidade argumentativa desse gênero de ação eleitoral, propiciando um vasto campo para a aplicação das análises léxicas proporcionadas pelo IRaMuTeQ. A sistematização e quantificação de dados textuais podem revelar padrões de decisão, tendências jurisprudenciais e critérios utilizados pelos magistrados na seara eleitoral, oferecendo uma base de informações sólida para o desenvolvimento de hipóteses sobre a atuação judicial.

Na próxima seção iremos expor o que se produziu na literatura acadêmica brasileira sobre ou com o uso do IRaMuTeQ. Depois, explicamos o uso do *software* e em seguida apresentamos os resultados. Esperamos que ao fim outros pesquisadores e pesquisadoras estejam motivados a utilizar a ferramenta e a contribuir com o campo da pesquisa empírica em direito apoiada por tecnologias computacionais.

2. USO(S) DO IRAMUTEQ

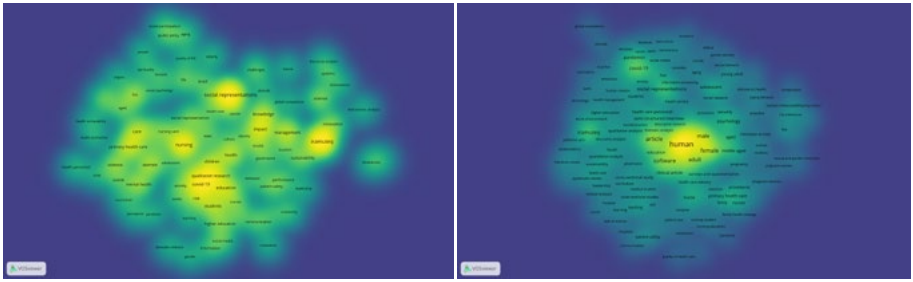
O uso do IRaMuTeQ foi bem recebido pela academia brasileira como destacado na introdução, o que, no entanto, não ocorre no direito. Se observarmos do que tratam as pesquisas olhando para as palavras-chaves, descobriremos uma predominância em estudos na área de saúde[9], trabalhos metodológicos e pesquisas de representações

8 Procedimento jurídico utilizado para apurar e punir irregularidades cometidas no processo eleitoral, promovido por partidos, candidatos ou coligações, e julgado pela Justiça Eleitoral, visando garantir a lisura das eleições

9 Na área da saúde, além dos estudos que usam o IRaMuTeQ, já foi produzida uma revisão de escopo sobre as pesquisas que usam do programa (Salvador et. al, 2018).

sociais. Esse cenário ocorre tanto nas pesquisas indexadas na *Web of Science* quanto na *Scopus*:

Figura 1 - Nuvem de palavras-chaves das pesquisas indexadas no Web of Science (esquerda) e Scopus (direita).



Pesquisas com decisões judiciais que se aproveitam do IRaMuTeQ quase não são encontradas nas bases de dados pesquisadas. O único registro indexado estudou as súmulas dos Tribunais de Contas, processando a grande quantidade de textos no *software* a fim de auxiliar na consecução dos objetivos com a metodologia de análise de conteúdo proposta pelos autores (Ogata; Pinochet; Gama; Leister, 2021).

Nessa linha de pesquisa, produziu-se pesquisas que utilizam o IRaMuTeQ para análise de decisões judiciais no exterior. Elena Fuentevilla, Luis Ardoy e Ana Isavel Paredes (2022) utilizaram o IRaMuTeQ para auxiliar na análise de 185 decisões judiciais e processos sobre crianças e adolescentes que utilizavam como meio de prova a perícia social. Os autores com o uso do programa conseguem reduzir a grande quantidade de textos e observações menores, facilitando as inferências sobre o conteúdo dessas decisões (Fuentevilla; Ardoy; Paredes, 2022).

Há também a possibilidade de combinar diferentes programas, como em uma pesquisa que utiliza as análises léxicas de decisões do Tribunal Constitucional Espanhol em recursos de inconstitucionalidade (Moreno, 2016). Como o IRaMuTeQ é um programa que realiza análises léxicas, pode ser também utilizado em paralelo com outros *softwares*

lexicométricos, ampliando o material que pode ser utilizado pelo pesquisador, além de oferecer um campo de análise comparada entre diferentes abordagens aplicadas sobre os textos (Moreno, 2016).

A pesquisa qualitativa e a análise de conteúdo costumam acompanhar os registros quando o assunto é IRaMuTeQ. Porém, embora o *software* realize análises léxicas, isto é, quantifica estruturas de palavras a fim de retirar delas, no mínimo, frequências, não impede o seu uso na pesquisa qualitativa, visto ser um programa de apoio ao pesquisador. Ademais, a análise léxica resultante do IRaMuTeQ não é análise de conteúdo, o programa carece de funções suficientes para categorizar textos além de agrupá-los conforme um conjunto de palavras que aparecem mais ou menos juntas. Dessa forma, a análise de conteúdo pode ser apoiada pelo IRaMuTeQ, mas ele não pode ser a análise (Sampaio; Lycarião, 2021). Uma abordagem específica de análise de conteúdo apoiada pelo IRaMuTeQ foi descrita por Rafael Viegas e Natasha Borali (2022), utilizando o programa para a redução do conteúdo.

Kaique Martins e outros (2022) destacaram a potencialidade no IRaMuTeQ em pesquisas que aportam a metodologia da análise textual discursiva (ATD). Os autores concluíram que o *software* oferece um poderoso suporte à ATD, especialmente nas etapas de unitarização e categorização.

Todavia, o processamento de texto por um algoritmo pode resultar em algo óbvio que sequer mereça ser reportado, algo normal que pode ser respaldado em outras pesquisas, algo inesperado que exige do pesquisador outras fontes para explicar os dados, artefatos que são problemas nos dados ou, ainda, resíduos que são inutilizáveis pois não podem ser interpretados (Lahlou, 2012).

Por fim, antes de passarmos a explicação do uso do *software*, o pesquisador deve considerar que ele não é um método de pesquisa e nem a análise dos dados, mas uma ferramenta de processamento de texto que auxilia o pesquisador nas suas análises (Camargo; Justo, 2013; Lahlou, 2012; Chartier; Meunier, 2012). Por essa razão, deve ser

descrito como parte da metodologia de pesquisa utilizada, e nunca como a pesquisa em si.

3. UM EXEMPLO DE COMO USAR O IRAMUTEQ

O primeiro passo para a análise dos dados pelo IRaMuTeQ é a coleta das decisões em AIJE do TSE. Para isso, realizamos uma pesquisa no portal de jurisprudência do TSE utilizando filtros objetivos para obtenção de decisões da classe AIJE em acórdãos ou resoluções[10]. A partir dessa pesquisa, extraímos dados básicos para criação de um arquivo com as decisões que cumpriam com os filtros solicitados.

Após a criação do arquivo com os dados básicos das ações, criamos um algoritmo em linguagem R para extrair apenas os dados relevantes para a pesquisa: o código único da decisão, a data da decisão, o relator da ação, o tipo processual e informações sobre a classe.

Em seguida, a partir da tabela com os dados considerados úteis, realizamos nova filtragem para obter somente as decisões proferidas a partir de 2018, de acordo com o recorte da pesquisa. Com os dados básicos tratados, fomos capazes de baixar automaticamente o inteiro teor de cada uma das 36 decisões diretamente do portal do TSE.

No entanto, antes de realizar a análise textual, é preciso tratar os dados para obtermos um melhor aproveitamento pelo IRaMuTeQ. O primeiro passo dessa limpeza foi a remoção de cabeçalhos e rodapés, que incluem dados irrelevantes como informações de assinaturas eletrônicas e o nome do tribunal julgador (TSE).

Após a classificação manual dos diversos tipos de configuração cabeçalho-rodapé, removemos automaticamente o número de linhas necessário para recortar apenas o texto de cada decisão. Completada essa etapa do tratamento e coleta do texto das decisões, removemos o relatório e os representantes das partes de cada decisão, mantendo apenas os votos dos Ministros descritos nos acórdãos.

10 Realizamos a coleta das decisões em 31 de janeiro de 2024, resultando em 36 decisões. Na data de fechamento deste artigo, 20 de maio de 2024, outras 2 decisões haviam sido publicadas pelo TSE, mas não foram incluídas em nosso *corpus*.

A partir desse tratamento do conteúdo, partimos para a geração do *corpus* textual, que, para análise do *software,* deve ser transformado em unidades básicas do texto como palavras ou frases, denominadas *tokens*. Nesse processo, removemos quaisquer letras maiúsculas, substituindo-as por minúsculas e removemos símbolos, quebras de página, endereços de internet, pontuações, números, entre outros elementos. Essas uniformizações e remoções têm como objetivo a otimização da interpretação e análise do texto pelo *software*.

Para leitura do texto pela máquina, em que diferentes conjuntos de letras formam palavras distintas, ainda que possuam o mesmo sentido, criamos dicionários que unificam expressões compostas por mais de uma palavra, como "tribunal superior eleitoral", que, anteriormente, eram representadas por três *tokens* separados. Essa uniformização é necessária para evitar ambiguidades e a perda de informações. Além disso, a uniformização também facilita a comparação entre textos e a identificação de padrões e tendências.

Para finalizar o tratamento do *corpus* adicionamos variáveis a cada elemento do *corpus*, identificando de qual decisão se trata, qual o relator daquela ação e qual o ano no qual a decisão foi proferida. Por fim, salvamos o *corpus* tratado, transformado em *tokens* e classificado com as variáveis identificadoras de cada categoria em um arquivo de texto pronto para ser importado ao IRaMuTeQ para a realização de suas análises.

Ao importar o *corpus* textual ao IRaMuTeQ, selecionamos a língua utilizada no *corpus*, o português, o padrão de codificação dos caracteres, UTF-8 – o mais abrangente para caracteres alfanuméricos e o marcador escolhido para dar início a cada elemento do *corpus*.

Para entender as investigações aplicáveis ao *corpus*, Camargo e Justo (2021) apresentam os cinco tipos de análises disponíveis no *software*, são essas: 1) estatísticas; 2) especificidades e Análise Fatorial de Correspondência (AFC); 3) Classificação Hierárquica Descendente (CHD); 4) análise de similitude; e 5) nuvem de palavras.

As análises estatísticas realizam observações simples sobre o *corpus* textual. Identifica o número de elementos, que em nossa

pesquisa é o número de decisões; transforma-os em segmento de textos; afere a frequência média de palavras; e identifica palavras com frequência única (Camargo; Justo, 2021). Ao fim, essa análise gera um gráfico que ilustra a relação logarítmica da frequência das palavras e suas formas, sendo possível visualizar a distribuição da frequência das palavras e entender padrões no uso da linguagem.

A análise de especificidades, por sua vez, "associa textos com variáveis, ou seja, possibilita a análise da produção textual em função das variáveis de caracterização." (Salviati, 2017, p. 39). Ou seja, utiliza as variáveis colocadas pelo pesquisador no *corpus*, como o relator da ação em nosso exemplo, e o atribui valor baseado nos textos os quais está associado. A AFC, resultado da análise de especificidades, representa graficamente as variáveis e palavras em um plano cartesiano, possibilitando a visualização de aproximações e distanciamentos entre classes.

O terceiro tipo de análise realizada pelo IRaMuTeQ é a Classificação Hierárquica Descendente baseada no método proposto por Reinert (1990). Nessa análise, os segmentos de textos são divididos em classes que possuam vocabulário similar entre si e diferente das demais classes (Salviati, 2017). Essa análise realiza a divisão de cada vocábulo em classes baseadas nos contextos em que estão ou não estão presentes, permitindo "inferir quais ideias o *corpus* textual deseja transmitir" (Oliveira, 2015, p. 8).

A análise de similitude, quarto tipo de processo aplicável no *software*, examina as relações entre objetos dentro de um conjunto, utilizando a teoria dos grafos. Isso permite identificar padrões de coocorrência entre as palavras e, consequentemente, revelar a conexidade entre elas. Essa abordagem ajuda a compreender a estrutura do conteúdo de um *corpus* textual, fornecendo informações valiosas sobre a organização e a interconexão das informações de importância presentes no texto (Oliveira, 2015).

Por fim, a nuvem de palavras, gera uma representação gráfica dos vocábulos mais frequentes no *corpus,* estruturadas em forma de nuvem com tamanho proporcional a sua frequência.

> É uma análise lexical mais simples, porém, bastante interessante, na medida em que possibilita rápida identificação das palavras-chaves de um *corpus*, isto é, a rápida visualização de seu conteúdo, pois as palavras mais importantes estão mais perto do centro e graficamente são escritas com fonte maiores (Salviati, 2017, p. 79).

A conjunção dessas análises permite uma observação mais completa do texto, destacando padrões e tendências significativas no uso da linguagem no *corpus*. A partir das análises, cabe ao pesquisador interpretá-las e extrair informações que podem basear estudos acadêmicos. Por exemplo, como demonstraremos a seguir, o pesquisador pode inferir quais temas são mais prevalentes no conjunto de textos analisados, bem como a postura dos autores em determinados contextos.

4. UM EXEMPLO DOS RESULTADOS OFERECIDOS PELO IRAMUTEQ

Apresentaremos nessa seção um exemplo da descrição dos resultados e análises realizadas, perpassando os diversos elementos de estatísticas textuais oferecidas pelo IRaMuTeQ até as inferências suscitadas a partir dos resultados.

Ao importar os dados para o IRaMuTeQ, o *software* realiza uma análise rápida, identificando várias estatísticas essenciais do *corpus* textual. Em nosso exemplo, o programa identificou um total de 17.215 segmentos de texto. Além disso, foram contabilizadas 705.480 ocorrências de palavras no *corpus*. O programa também registrou 22.350 formas diferentes de palavras.

As ocorrências de palavras representam o número total de palavras contidas no *corpus*. É importante notar que esse número pode variar dependendo se o *corpus* é lematizado ou não. Quando o *corpus* é lematizado, as variações das palavras são agrupadas sob o mesmo

lema, resultando em menos ocorrências, já que as formas variantes são consideradas como ocorrências do mesmo lema (Salviati, 2017).

As "formas" se referem às diferentes representações de palavras ou termos em um texto. As formas podem ser classificadas em ativas e suplementares. As formas ativas são aquelas que são consideradas como a forma mais comum ou mais frequente de uma palavra, enquanto as suplementares são aquelas que são consideradas como variantes ou formas menos comuns de uma palavra. Isso permite ao usuário identificar e analisar padrões e estruturas no texto de forma mais eficaz. Assim como as ocorrências, o número de formas também pode ser influenciado pelo processo de lematização, o que diminui o número de formas.

É relevante destacar que, no exemplo fornecido, foram identificados 6.301 hápax[11], que representam 28,19% das formas e apenas 0,98% das ocorrências.

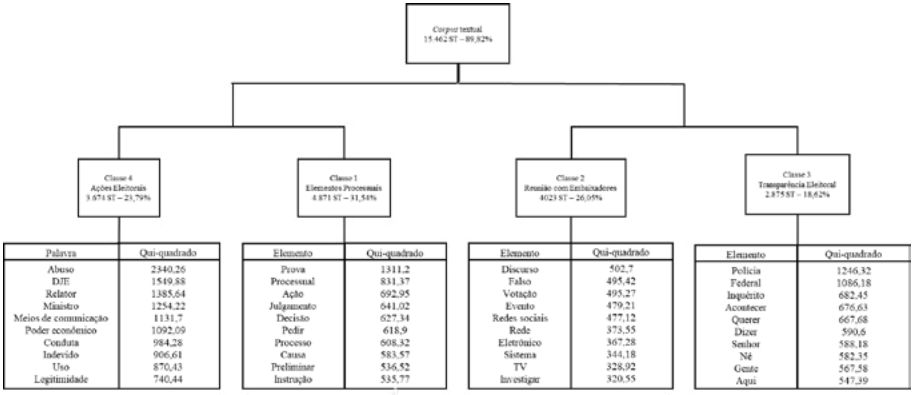
A partir da importação e da descrição estatísticas inicial de nosso *corpus* partimos para a realização da análise elegida: a Classificação Hierárquica Descendente. Diferentemente de outras abordagens, a CHD nos permite segmentar os textos em classes que não apenas compartilham vocabulário similar, mas também apresentam vocabulário distinto em relação às demais classes, o que facilita a compreensão da estrutura e do conteúdo do *corpus*. Essa distinção é importante para a interpretação dos dados, pois nos permite identificar temas específicos e analisar as relações semânticas entre eles.

Além disso, a CHD realizada pelo IRaMuTeQ abrange tanto uma análise interclasses quanto intraclasses, ou seja, examinamos as relações entre as classes de textos e dentro de cada classe individualmente. Essa abordagem multifacetada proporciona uma visão abrangente e detalhada das dinâmicas presentes no *corpus* textual, permitindo maior precisão sobre as ideias transmitidas pelos textos analisados.

11 Os hápax são palavras que aparecem apenas uma vez no *corpus*, o que pode indicar uma diversidade lexical significativa, mas também sugere uma alta taxa de vocabulário único.

A CHD realizada obteve 89,82% de sucesso na classificação dos 17.215 segmentos de texto identificados, superando assim o mínimo estipulado por Camargo e Justo (2021) de 75% para obtenção de sucesso na análise. A classificação resultou em 4 agrupamentos distintos, distribuídos de maneira equilibrada, representados na figura a seguir:

Figura 2 – Dendrograma das classes obtidas pela CHD



Fonte: elaborado pelos autores com base nos dados do *software* IRaMuTeQ

A 1ª classe – classe dos elementos processuais, obteve 31,5% dos elementos classificados; a 2ª classe – classe da reunião com embaixadores, por sua vez, 26%; a 3ª classe – classe da transparência eleitoral - com 18,6% e, por fim, a 4ª classe - classe das ações eleitorais - contou com 24,1%. Essa distribuição pode indicar uma variação temática maior entre os agrupamentos, sem concentração em uma única categoria.

Para compreender a temática principal de cada classe, nos voltamos aos termos de maior relevância estatística e os contextos nos quais estão inseridos dentro dessas. A 1ª classe, o maior agrupamento, destaca a relevância de termos como "prova", "processual", "ação", "julgamento" e "decisão". Demonstrando seu foco na análise de aspectos processuais presentes em todas as decisões. Por essa razão a nomeamos "classe de elementos processuais".

Essa inferência se fortalece ao analisar os segmentos de texto (ST) de maior relevância dessa classe, segundo medição do qui-quadrado aqui denominado escore, medida estatística de importância, conforme quadro abaixo:

Quadro 1 - Segmentos de texto mais representativos da classe elementos processuais

Id	Segmento de texto (ST)	Escore
1410228	primários, mostram-se suficientes à propositura da ação, porquanto a colheita de provas se faz no curso da instrução processual. No mais, observo que a petição inicial conta com seus elementos essenciais (partes, causa de pedir e pedido), de modo a assegurar	5583,53
1399587	em razão do indeferimento do pedido de produção de provas, e, no mérito, julgando improcedentes as demandas. Pedi vistas e devolvi para julgamento em 19 de dezembro de 2019. O pedido de vistas orbita a preliminar de cerceamento da garantia constitucional de ampla	5580,03
1399550	e litispendência com outras Ações de Investigação Judicial Eleitoral – AIJEs, de cerceamento de defesa em razão do indeferimento do pedido de produção de provas, e, no mérito, julgando improcedente as demandas. Pedi vistas e devolvi para julgamento em 19 de dezembro de 2019. O pedido de vistas	5574,72
1410227	de provas se faz no curso da instrução processual. No mais, observo que a petição inicial conta com seus elementos essenciais (partes, causa de pedir e pedido), de modo a assegurar aos litigantes os direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório	5535,96
3290788	Decisão: O Tribunal, por unanimidade, acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva, julgando o processo extinto sem resolução de mérito em relação à Coligação Brasil da Esperança, indeferiu o pedido de desentranhamento de provas, e julgou improcedentes os pedidos da ação de investigação judicial eleitoral quanto	5510,71

Fonte: elaborado pelos autores

Observarmos que o Quadro 1 oferece uma fundamentação sólida para a inferência que a 1ª classe é a classe dos elementos processuais.

Os ST mais representativos dessa classe, com altos escores de qui-quadrado, destacam termos e contextos relacionados à estrutura e ao andamento dos processos judiciais. Por exemplo, o segmento com maior escore (5583,53) menciona explicitamente a suficiência de provas para a propositura de uma ação e a observação dos elementos iniciais de uma petição inicial.

Além disso, outros segmentos relevantes reforçam essa inferência ao abordar questões como indeferimento de pedidos de produção de provas, cerceamento da defesa, litispendência e julgamento de mérito. Esses elementos são centrais em qualquer análise processual, pois envolvem a aplicação de normas processuais e decisões judiciais que determinam o andamento e o desfecho das ações. A repetição e a centralidade desses temas nos segmentos destacados confirmam que a 1ª classe está preocupada com os procedimentos e decisões, justificando plenamente sua designação como classe dos elementos processuais.

Representando 26% dos segmentos classificados, ao analisar a 2ª classe observamos inicialmente que se distingue das demais por abordar fortemente questões relacionadas à disseminação de conteúdo falso e enganoso. As palavras mais relevantes estatisticamente nesta classe incluem: "discurso", "falso", "votação", "redes_sociais", "sistema" e "eletrônico". Em razão da presença dessas discussões a identificamos como "classe da reunião com embaixadores".

A presença dos termos "sistema" e "eletrônico" sugere uma conexão temática com a 3ª classe: "classe da transparência eleitoral", que é a classe mais próxima dessa, como demonstrado na Figura 2. Para embasar nossa identificação da 2ª classe enquanto classe da reunião com embaixadores, nos voltamos a analisar os segmentos de textos mais representativos da classe no quadro abaixo:

Quadro 2 – Segmentos de texto mais representativos da Classe da Reunião com Embaixadores

Id	Segmento de texto	Escore

3265892	Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, dirigiu-se a embaixadores de países estrangeiros para apresentar sua visão sobre o sistema eletrônico de votação brasileiro; b) o teor do discurso proferido; c) a transmissão do evento pela TV Brasil e pelas redes sociais do primeiro representado. Pontuei	4368,28
3265892	o primeiro investigado então presidente_da_república dirigiu se a embaixadoras e embaixadores de países estrangeiros para apresentar sua visão sobre o sistema eletrônico de votação brasileiro b o teor do discurso proferido c a transmissão do evento pela tv brasil e pelas	4152,60
3265892	o Presidente da República, proferiu discurso no qual veiculou críticas ao sistema eletrônico de votação e à atuação de Ministros do TSE. A audiência presencial foi formada por embaixadores de países estrangeiros, convocados para a ocasião. O evento foi transmitido pela TV Brasil, vinculada	3873,38
3265892	na qual o Investigado Jair Messias Bolsonaro, na presença de embaixadores de países estrangeiros convocados, ao discursar, desfere ataques ao sistema eletrônico de votação e a Ministros do TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL e do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O evento em questão foi transmitido pela TV Brasil, bem como	3674,13
3237371	sistema eletrônico de votação brasileiro; b) o teor do discurso proferido; c) a transmissão do evento pela TV Brasil e pelas redes sociais do primeiro representado. Pontuei, em seguida, que a matéria controvertida diz respeito ao contexto desse ato, conforme se lê	3666,52

Fonte: elaborado pelos autores

Esses segmentos, com altos escores de qui-quadrado, destacam eventos específicos onde discursos foram proferidos para disseminar informações enganosas sobre o sistema eletrônico de votação brasileiro. Repetidamente, os segmentos mencionam o então presidente Jair Messias Bolsonaro discursando para embaixadores de países estrangeiros, apresentando críticas infundadas ao sistema de votação e à atuação dos ministros do TSE e do Supremo Tribunal Federal (STF). A transmissão desses discursos pela TV Brasil e pelas redes sociais ampliou o alcance e o impacto dessas informações falsas, corroborando a classificação desta classe.

A conexão entre a 2ª classe – classe da reunião com embaixadores - e a 3ª classe – classe da transparência eleitoral – é substancial, dado que

ambos compartilham o tema da integridade eleitoral e as consequências jurídicas das ações de Bolsonaro. A 3ª classe se distingue pela presença de termos relacionados à adoção do voto impresso e à comissão de transparência eleitoral do TSE. A disseminação de discursos falsos sobre o sistema eletrônico de votação, como evidenciado na 2ª classe, é um elemento central nas ações que culminaram na inelegibilidade de Bolsonaro, estabelecendo um elo direto entre as classes.

Partimos para a visualização dos segmentos mais representativos da 3ª classe - da transparência eleitoral:

Quadro 3 – Segmentos de texto mais representativos da Classe da Transparência Eleitoral

Id	Segmento de texto	Escore
3265892	Entrou, tá... Então, como diz o Ministro Barroso, né, que são intransponíveis, né, pra qualquer pessoa entrar no TSE. Não é verdade. Não é verdade. O SENHOR FILIPE BARROS (deputado federal): Esse mesmo relatório depois continua, e aqui talvez seja o	7160,81
3265892	daí. Os senhores têm aí esse acesso. Tá com a Polícia Federal, mas, se não tiver, só mandar um funcionário lá falar comigo, que entrego, entrego eu ou o Filipe aqui, entregamos esse processo, sem problema nenhum. Agora, o TSE	6422,10
3265892	da Comissão do Voto Impresso, solicitou formalmente à Polícia Federal o inquérito. E o Senhor, nessa ocasião, afirma: ele me mostrou esse inquérito um dia. Segundo o Senhor disse, o inquérito era sobre possível invasão aos sistemas aqui do TSE. Como	6336,70
3265892	expressão do Senhor na live né. O Senhor disse: "Exatamente tudo que foi falado, tudo que foi questionado, todas as dúvidas levantadas pelos eleitores, a Polícia Federal também analisou". Então é em cima dessa sua afirmação que eu queria saber, com	6228,04
3265892	do TSE e especificamente à Polícia Federal, o Senhor se refere ao que, à comissão de transparência das eleições, especificamente o quê? O SENHOR ANDERSON GUSTAVO TORRES (testemunha): Doutor, eu, na verdade, eu não sei informar isso ao Senhor. Porque na	6135,03

Fonte: elaborado pelos autores

Os segmentos mais representativos da 3ª classe reforçam essa conexão temática. A 3ª classe possui uma variável de identificação de decisão como elemento mais importante estatisticamente. Essa variável representa a decisão do TSE no âmbito da AIJE nº 0600814-85.2022.6.00.0000, de autoria do Partido Democrático Trabalhista (PDT), contra o então candidato à reeleição à Presidência da República, Jair Messias Bolsonaro e seu candidato a Vice-presidente, o ex-Ministro da Defesa, Walter Souza Braga Netto.

Na ação, o PDT argumentava que Jair Bolsonaro e Walter Souza Braga Netto, cometeram abuso de poder político e utilizaram indevidamente meios de comunicação ao realizarem uma reunião televisionada pela TV Brasil, emissora governamental do país, no Palácio da Alvorada em 18 de julho de 2022, com embaixadores e representantes de diversos países para lançar dúvidas sobre o sistema eletrônico de votação em utilização no país.

O TSE absolveu, por unanimidade, Braga Netto e, por maioria, condenou Bolsonaro a 8 anos de inelegibilidade contada a partir da data do primeiro turno das eleições gerais de 2022.

Os segmentos mais significativos da 3ª classe também mencionam ações e decisões judiciais relacionadas à transparência eleitoral e ao uso de discursos falsos para influenciar a opinião pública. Por exemplo, os segmentos destacam declarações de Bolsonaro em eventos públicos e supostas investigações sobre possíveis invasões ao sistema do TSE, enfatizando a interseção entre a disseminação de desinformação e as consequências legais para a integridade do processo eleitoral.

Dessa forma, a 3ª classe não apenas aborda a transparência eleitoral, mas também está intrinsecamente ligada aos eventos e discursos falsos discutidos na 2ª classe. A disseminação de informações enganosas sobre o sistema eletrônico de votação formou a base para as ações judiciais que resultaram na inelegibilidade de Bolsonaro, demonstrando como as duas classes estão conectadas e complementam a análise sobre os impactos das práticas de desinformação nas eleições brasileiras.

De maneira similar à classe dos elementos processuais, a 4ª classe – "classe das ações eleitorais" - também aborda diversos aspectos processuais. No entanto, os aspectos processuais descritos na classe das ações eleitorais se destacam por serem específicos do contexto eleitoral. Os termos mais relevantes incluem: "inelegibilidade", "abuso", "poder_econômico" e "poder_político", elementos essenciais para a declaração da inelegibilidade conforme descrito na Lei Complementar nº 64 de 1990, que delimita os casos de inelegibilidade. Essa distinção temática reflete uma abordagem detalhada e específica das nuances legais e processuais inerentes às AIJE.

Quadro 4 – Segmentos de texto mais representativos da Classe das Ações Eleitorais

Id	Segmento de texto	Escore
304489	(RO nº 8044-83/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, DJE de 5.4.2018) AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESPROVIMENTO. 1. Consoante a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, o uso indevido dos meios de comunicação social caracteriza-se pela exposição desproporcional	13993,51
3232531	julgado os seguintes excertos (RO-Eln° 060397598/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 10.12.2021): RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2018. DEPUTADO ESTADUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE). USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. ABUSO DE PODER POLÍTICO E DE AUTORIDADE. ART. 22 DA LC 64/90. TRANSMISSÃO AO VIVO. REDE SOCIAL. DIA DO PLEITO.	13422,26
304675	o instituto do abuso de poder religioso. Precedentes. (RO nº 8044-83/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 5.4.2018) AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESPROVIMENTO. 1. Consoante a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, o uso indevido	13369,87

304322	também pode ocorrer mediante entrelaçamento com o instituto do abuso de poder religioso. Precedentes. (...) (RO nº 8044-83/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 5.4.2018) AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESPROVIMENTO. 1. Consoante a	13223,29
2955969	à democracia. Por pertinente, destaco da ementa do julgado os seguintes excertos (RO-Eln° 060397598/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 10.12.2021): RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2018. DEPUTADO ESTADUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE). USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. ABUSO DE PODER POLÍTICO E DE AUTORIDADE. ART. 22 DA LC 64/90.	13110,16

Fonte: elaborado pelos autores

Observamos que os segmentos de texto que compõe a classe de ações eleitorais são citações de jurisprudências do tribunal referentes a outras AIJE, reforçando decisões anteriores.

Além de classificar os vocábulos em agrupamentos, a CHD promove uma Análise Fatorial de Correspondência (AFC) que possibilita a visualização dos agrupamentos de palavras, variáveis e outras formas coloridas de acordo com sua classe em um plano cartesiano. Essa análise revela certo distanciamento entre as classes, uma vez que estas não apresentam muitos pontos de contato fora de sua própria classe.

Essa observação confirma a hipótese de que as classes não apresentam um alto nível de concentração, mas sim uma dispersão temática. Tal dispersão é confirmada ao analisar os vocábulos mais frequentes e importantes, que não se concentram em temas específicos, mas abrangem uma variedade de assuntos relacionados aos diferentes aspectos processuais e temáticos presentes nas decisões analisadas.

5. CONCLUSÃO

No contexto das análises oferecidas pelo IRaMuTeQ, a CHD destacou-se por sua capacidade de segmentação do *corpus* em classes temáticas distintas, revelando a estrutura dos textos. A CHD permitiu uma visualização detalhada das relações semânticas entre os segmentos de texto. A identificação de quatro classes temáticas principais – elementos processuais, reunião com embaixadores, transparência eleitoral e ações eleitorais – ilustrou a variedade de assuntos abordados na AIJE, cada uma com seu vocabulário específico e contexto particular.

A AFC, realizada conjuntamente da CHD, possibilitou uma visualização gráfica das relações interclasses, evidenciando a dispersão temática e a pouca sobreposição entre os agrupamentos. A distribuição equilibrada das classes sugere uma variedade de questões abordadas nas AIJE, refletindo a complexidade e a abrangência dos temas tratados pelo TSE e a potencialidade da utilização do *software* para sua aplicação na análise de outros temas e tribunais.

Além do exemplo apresentado, o *software* pode ser útil para pesquisas empíricas em direito em geral. Sua utilização permite a análise de grandes volumes de textos como dados, identificando padrões, tendências e frequência de certos termos e conceitos, possibilitando ao pesquisador uma compreensão mais profunda de como juízes e tribunais abordam as questões suscitadas e as variações no discurso jurídico ao longo do tempo de uma maneira palatável.

O IRaMuTeQ se afirma como uma ferramenta livre, poderosa e versátil para a análise empírica do direito, contribuindo para uma melhor compreensão e uma abordagem mais bem informada do comportamento judicial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Complementar nº 64, de 18 de março de 1990**. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990.

CAMARGO, B. V.; JUSTO, A. M. IRAMUTEQ: Um Software Gratuito para Análise de Dados Textuais. **Temas em Psicologia**, v. 21, n. 2, p. 513-518, 2013. Disponível em: https://doi.org/10.9788/TP2013.2-16.

CAMARGO, B. V.; JUSTO, A. M. **Tutorial para o uso do software IRaMuTeQ (Interface de R pour les Analyses Multidimensionnelles de Textes et de Questionnaires)**. Florianópolis: LACCOS, 2021.

CHARTIER, J. F; MEUNIER, J. G. Text mining methods for social representation analysis in large corpora. **Papers on Social Representations**, v. 20, n. 2, p. 37-47, 2011. Disponível em: https://psr.iscte-iul.pt/index.php/PSR/article/view/452.

FUENTEVILLA, E. F.; ARDOY, L. N.; PAREDES, A. I. G. Análisis multidimensional de sentencias judiciales sobre menoreslas potencialidades del software Iramuteq. **Revista Española de Investigaciones Sociológicas**, v. 179, p. 145 – 158, 2022. Disponível em: https://investiga.upo.es/documentos/62cfa02d65a0b82d0eff856e.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

IZUMI, Maurício; MOREIRA, Davi. O texto como dado: desafios e oportunidades para as ciências sociais. **BIB**, v. 2, n. 86, p. 138–174, 2018.

LAHLOU, S. Text mining methods: An answer to Chartier and Meunier. **Papers on Social Representations**, v. 20, n. 2, p. 38.1-38.7, 2012. Disponível em: https://psr.iscte-iul.pt/index.php/PSR/article/view/453.

MARTINS, K. N.; PAULA, M. C.; GOMES, L. P. S.; SANTOS, J. E. O software IRaMuTeQ como recurso para a análise textual discursiva. **Revista Pesquisa Qualitativa**, São Paulo, v. 10, n. 24, p. 213 – 232, 2022. Disponível em: https://editora.sepq.org.br/rpq/article/view/383.

MORENO, A. M. Estudio lexicométrico de las sentencias de recursos de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional (2008 – 2013). In: Jornées internationales d'Analyses stastique des Données Textuelles, 13., 2016, Nice. **Anais** [...] Nice: University Nice Sophia Antipolis, p. 461 – 472, 2016. v. 2. Disponível em: https://jadt2016.sciencesconf.org/83711/AMorales_JADT_2016_V3_BAT.pdf,

OGATA; A. K. K.; PINOCHET, L. H. C.; GAMA, M. F. C.; LEISTER, A. C. C. C. Assimetrias no conteúdo informacional das súmulas dos Tribunais de Contas brasileiros e seus impactos no princípio da isonomia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 17, n. 1, e2113, 2021. Disponível em: https://doi.org/10.1590/2317-6172202113.

OLIVEIRA, L. F. R. de. **Tutorial (básico) de utilização do Iramuteq.** Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 2015. Disponível em: http://www.iramuteq.org/documentation/fichiers/manual-do-aplicativo-iramuteq-par-maria-elisabeth-salviati.

RATINAUD, P. Iramuteq: Interface de R pour les Analyses Multidimensionnelles de Textes et de Questionnaires**.** [*Software*]. 2009. Disponível em: http://www.iramuteq.org/.

REINERT, M. ALCESTE, une méthodologie d'analyse des données textuelles et une application: Aurelia de Gerard de Nerval. **Bulletin de Méthodologie Sociologique**, v. 26, p. 24-25, 1990.

SADEK, Maria Tereza A. Justiça Eleitoral e a legitimidade do processo eleitoral. In: SADEK, Maria Tereza A. *et al.* **Justiça Eleitoral**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2014, p. 7-9.

SALVADOR, P. T. C. O.; GOMES, A. T. L; RODRIGUES, C. C. F. M.; CHIAVONE, F. B. T.; ALVES, K. Y. A.; BEZERRIL, M. S.; SANTOS, V. E. P. O uso do software iramuteq nas pesquisas brasileiras da área da saúde: uma scoping review. **Revista Brasileira em Promoção da Saúde**, Fortaleza, v. 31, p. 1 – 9, 2018. Disponível em https://ojs.unifor.br/RBPS/article/view/8645.

SALVIATI, M. E. **Manual do Aplicativo Iramuteq (versão 0.7 Alpha 2 e R Versão 3.2.3): Compilação, organização e notas de Maria Elisabeth Salviati.** Planaltina. Disponível em: http://iramuteq.org/documentation/fichiers/manual-do-aplicativo-iramuteq-par-maria-elisabeth-salviati.

SAMPAIO, R. C. LYCARIÃO, D. **Análise de conteúdo categorial**: manual de aplicação. Brasília: Enap, 2021. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/6542/1/Analise_de_conteudo_categorial_final.pdf.

VIEGAS, R. R.; BORALI, N. Análise de conteúdo e o uso do Iramuteq. **Revista Latinoamericana de Metodologia de la Investigación Social**, v. 23, n. 12, p. 21-37, 2022. Disponível em: http://relmis.com.ar/ojs/index.php/relmis/article/view/analise_de_conteudo.

DADOS

Os dados e códigos utilizados nessa pesquisa estão disponíveis no repositório https://github.com/johnmbf/aije_tse.

PARTE IV

FILOSOFIA E TEORIA DO DIREITO

UMA ANÁLISE DO DEBATE HART-FULLER: A MORALIDADE COMO ELEMENTO JURÍDICO (?)

AN ANALYSIS OF THE HART-FULLER DEBATE: MORALITY AS A LEGAL FEATURE (?)

Pedro Nobuyuki Urashima[1]

Sara Bartolomeu Felix Nascimento[2]

RESUMO | O presente artigo revisita o debate Hart-Fuller para analisar se suas diferenças metodológicas os levam a conceber de maneira diversa o problema filosófico da relação entre o direito e a moral. Assim, a pergunta-problema a ser respondida é: a discordância entre os autores é apenas de substância, ou há também uma diferença metodológica em jogo? A hipótese defendida é que, para Hart, o direito é um *fato social* cujas características distintivas podem ser *descritas* por uma explicação da aceitação de regras jurídicas. Fuller, a seu turno, compreende que o direito é um empreendimento, e, como tal, não pode ser explicado senão à luz de seu propósito de ordenar a vida social por meio de regras. Dessa forma, a discussão sobre direito e moral é situada para além da validade jurídica, sendo parte de uma investigação sobre como o ideal de juridicidade (ou legalidade) define condições para a existência de uma ordem jurídica.

PALAVRAS-CHAVE| Hart. Fuller. Moralidade. Regra de reconhecimento.

ABSTRACT | *This work revisits the Hart-Fuller debate and analyzes if their methodological differences lead them to conceive the law and morality problem in distinct ways. Thus the question to be answered is: does their disagreement rest only on substance, or is there also a methodological*

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto e Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com período de intercâmbio na Universidade de Surrey (Inglaterra) sob o programa CAPES PRINT

2 Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Lavras.

difference in play? The work contends that, for Hart, law is a social fact the distinctive features of which can be described by an explanation of rule-acceptance. Fuller, in turn, understands law as an enterprise, and, accordingly, as something that cannot be explained apart from its purpose of ordering social life by rules. Accordingly, for him, the discussion about law and morality is not circumscribed to debates about legal validity, being part of an investigation on how the ideal of legality defines conditions for a legal order to exist.

KEYWORDS | Hart. Fuller. Morality. Rule of recognition

1. INTRODUÇÃO

A importância de Herbert Hart para a filosofia analítica do direito é indiscutível. Desde a publicação de O Conceito de Direito, a pergunta "O que é direito?" passa a ser lida como a síntese de três questões: (1) como o direito se assemelha e se diferencia de ordens coercitivas respaldadas por ameaças? (2) Como as obrigações jurídicas se assemelham e como se diferenciam das obrigações morais? (3) O que são regras? Em que medida o direito é uma questão de regras? (Hart, 1994, pág. 13). Hart possui suas próprias respostas para cada uma dessas questões. Assim, é possível ler seus críticos como adversários que disputam qual é a melhor resposta a essas questões. Todavia, outro caminho é ver se seus críticos não disputam, na verdade, a própria formulação dos problemas a serem respondidos.

Diante do exposto, o presente trabalho revisita o debate Hart-Fuller para analisar se suas diferenças metodológicas os levam a conceber de maneira diversa o problema filosófico da relação entre o direito e a moral. Com isso, temos condições de avaliar qual tipo de discordância os divide. Trata-se de uma discordância apenas de substância, ou há também uma diferença metodológica em jogo? Ao fazermos essa pergunta, temos como objetivo identificar as questões formuladas por Hart e Fuller, e não apenas retomar as respostas que cada um elaborou. Assim, concordamos com Brian Bix (2006, pág. 3-4)

que esse tipo de abordagem pode ajudar na medida em que permite constatar que, por vezes, teóricos não estão respondendo às mesmas questões e preocupações, mas sim explicando aspectos distintos do mesmo fenômeno. No que diz respeito ao debate Hart-Fuller, pensamos que há discordâncias entre os autores, mas essa discordância não se limita ao conteúdo de suas teses; os autores também se diferenciam em como concebem a pergunta filosófica sobre a relação entre direito e moral.

A hipótese que defendemos é que, para Hart, o direito é um *fato social* cujas características distintivas podem ser *descritas* pela análise da aceitação de regras jurídicas. A discussão sobre direito e moral é introduzida para julgar qual descrição melhor explica a aceitação da regra que define os critérios de validade jurídica: a regra de reconhecimento. Já Fuller compreende que o direito é um empreendimento, e, como tal, não pode ser compreendido senão à luz de seu propósito. Nesse sentido, a discussão sobre direito e moral é situada para além da validade jurídica, sendo parte de uma investigação sobre como o ideal de juridicidade (*legality*) fornece tanto o propósito do direito, como condições para a existência de uma ordem jurídica.

Acreditamos que podemos identificar possíveis inconsistências e incompreensões entre os autores ao nos atermos ao "caráter sistemático e orgânico" das obras (Macedo, 2007, pág. 1). A metodologia adotada é, então, a leitura estrutural. Para sustentar a hipótese, o trabalho se divide da seguinte forma: em primeiro lugar, buscaremos compreender o que Fuller entende serem as falhas do positivismo jurídico. Aqui, buscaremos responder à pergunta "o que Fuller tenta trazer de novo? Como ele contrasta suas teses com posições associadas ao positivismo jurídico?". Para responder, apresentaremos a distinção entre a moralidade de aspiração e a moralidade de dever. Segundo, buscaremos apresentar a metodologia hartiana e o lugar ocupado pelo conceito de regra de reconhecimento. Essa ideia é destacada, pois Hart defende a separação entre direito e moral como a melhor *descrição* de como a regra de reconhecimento define critérios de validade. Terceiro, reconstruiremos a crítica de Fuller à regra de reconhecimento. Para

ele, é um erro negar que tal regra contém uma cláusula que retira o poder das autoridades, quando elas abusam do poder que lhes é atribuído. Essa crítica, contudo, nada diz sobre critérios de validade, mas sobre o contexto no qual faz sentido dizer que tais critérios são aceitos.

2. A ASPIRAÇÃO DE GOVERNAR POR MEIO DO DIREITO:

2.1 PRIMEIRO PRESSUPOSTOS

O positivismo jurídico surgiu como uma corrente de pensamento no século XIX na Europa, decorrente da Revolução Científica. De forma geral, os positivistas jurídicos defendem que "O direito é um sistema de normas postas por atos de vontade de seres humanos" (Scarpelli, 1965, pág 30). Após o Iluminismo, o positivismo jurídico se consolidou como a posição teórica capaz de explicar o papel do direito na solução dos problemas políticos e sociais da época, como o "politeísmo de valores" (Barzotto, 1999, pág. 14), ou seja, o dissenso em relação aos valores. Outros fatores também indicam por que o positivismo se consolidou como concepção teórica. A consolidação do Estado liberal trouxe novas configurações para as relações de poder, pois, nesse momento, a segurança jurídica ganha uma nova importância frente ao Estado absolutista. Nessa nova transformação social, é possível perceber que Montesquieu se apresenta com um novo paradigma: o Estado pensado a partir da lei. Nesse ínterim, os positivistas ganham adeptos por defenderem uma abordagem científica, que concebe o direito como o produto de decisões políticas as quais estabelecem um padrão objetivo de solução de conflitos (Barzotto, 1999, prefácio).

No entanto, o positivismo é contestado por diversos autores, sendo necessário analisar com cuidado seus exemplares e seus pressupostos metodológicos mais específicos. Nesse sentido, revisitamos o debate Hart-Fuller.

Uma vez caracterizado como uma abordagem científica que explica o direito, o positivismo jurídico pode ser avaliado a partir da

noção de ciência que lhe subjaz. Nesse sentido, começamos expondo brevemente os paralelos que Fuller faz entre ciência e teoria do direito, para introduzir a abordagem que o autor defende.

Em primeiro lugar, Fuller (FULLER: 1969, pág. 119) afirma que é bastante comum definirmos ciência focando nos resultados que essa atividade produz, e não na atividade a partir da qual tais resultados são obtidos. Isso, contudo, não é suficiente, na opinião de Fuller. A ciência não se resume a determinadas descobertas ou ao domínio de métodos complexos como indução ou dedução (Fuller: 1969, pág. 120). Como atividade ou empreendimento, a ciência é um fazer colaborativo, cujo amadurecimento depende de formas — método, escrita acadêmica, bancas examinadoras— e instituições apropriadas aos seus objetivos e problemas — universidades, periódicos com *double blind-review*, agências de fomento (Fuller: 1969, pág. 120). Além disso, Fuller endossa a ideia de que a integridade do fazer científico exige um *ethos* cujo amadurecimento e preservação se dá no seio de processos de tomada de decisão nos quais conflitos são removidos e uma base sólida para relacionamentos futuros é estabelecida (Fuller: 1965, pág. 1030-1031).

Para ilustrar o que esse *ethos* implica, Fuller (Fuller: 1969, pág. 121) dá o exemplo de uma cientista que acredita ter feito uma descoberta que auxiliará outros a desenvolverem suas pesquisas. Nesse caso, ela deve publicar seus resultados, mesmo que isso possibilite que outra cientista desenvolva uma pesquisa refutando suas ideias. Contudo, antes, é necessário que a cientista tenha certeza que fez a descoberta que pensa ter feito, para que outros não cogitem estudar sua pesquisa sem que ela mereça tal atenção. Em síntese, para Fuller, o conceito de ciência mais promissor para fazer um paralelo com sua teoria do direito é aquele que nos permite perguntar quais são as responsabilidades dos cientistas no esforço conjunto de pesquisar e quais são os ganhos e perdas quando essas responsabilidades são ignoradas (Fuller: 1969, pág. 121). A partir dessa ideia, Fuller critica teóricos do direito cujas teses desconsideram a importância de responsabilidades institucionais, e, com isso, seriam compatíveis com visões menos completas do que é a ciência.Considere a ideia de que o

direito se distingue pela sua capacidade de autorizar o uso da força (e.g. Kelsen: 1999, pág.17 e 44). Fuller (Fuller: 1969, pág. 108) nos convida a pensar nas implicações de sustentar tese análoga na discussão sobre o que é ciência. A ciência moderna depende do uso de aparatos de medição e teste; sem esses aparatos, a ciência não teria conseguido chegar aonde chegou. Mas, desse fato não se segue que a ciência deve ser definida como o uso de aparatos de medição e teste. O mesmo se aplica ao direito: sistemas jurídicos frequentemente fazem uso da força. Não obstante, tais sistemas não devem ser definidos pelo uso da força, pois aplicar sanções não é o propósito de um sistema jurídico.

Fuller faz crítica semelhante às teorias que apenas descrevem o direito como uma hierarquia de autorizações (e.g. Kelsen: 1999, pág. 135-136). Para ele, é um erro tentar explicar a ordem que o direito traz à vida social sem considerar os desafios e exigências envolvidos na criação dessa ordem. Tais teorias descrevem a estrutura institucional jurídica, mas sem se preocupar com a atividade de criar e manter um sistema jurídico que ocorre no interior dessa estrutura (Fuller: 1969, pág. 110). Ao tentar ver o que há de correto na posição criticada, Fuller aponta que teóricos enfatizam hierarquias de autorização para explicar como o direito resolve conflitos normativos. Isso é relevante, mas não é explicado devidamente sem considerar os desafios práticos que a resolução de contradições traz às autoridades. A qualificação de tais desafios como práticos é bastante importante: eles não são desafios quanto àquilo que é eficiente ou funcional; mas sim desafios quanto a como agir e decidir (Finnis: 2011, pág. 12). Mais uma vez, um exemplo pode ajudar a compreender que tipo de problema prático Fuller tem em mente. Fuller (Fuller: 1969, pág. 106-107) pensa nos problemas envolvidos no esforço de criar e manter um sistema normativo que fornece orientações à ação. Problemas dessa espécie afetam a juíza que se depara com uma lei que é extremamente vaga em seus termos, mas que define claramente em seu preambulo um objetivo que a juíza considera estúpido. Da mesma forma, problemas dessa espécie afetam legisladores que tentam elaborar leis suficientemente claras, para evitar que cidadãos as usem como argumentos para reivindicam

direitos que os legisladores não desejam reconhecer (Fuller: 1969, pág.107).

De forma geral, as críticas de Fuller ao positivismo jurídico podem ser compreendidas à luz da seguinte tese: o direito não é um fato bruto, mas uma conquista que precisa ser sempre renovada por meio da satisfação de responsabilidades institucionais (Fuller: 1954, pág.467). Essa ideia está pressuposta nas duas críticas acima e é refinada no debate com Hart. A partir das críticas acima já fica claro que Fuller pensa que a existência e persistência de um sistema jurídico equivalem à existência e persistência de uma atividade dotada de propósito, a saber: fornecer orientações à ação por meio de regras (Fuller: 1969, pág. 95). Teóricos do direito, dentre eles os teóricos positivistas, estariam errados quando separam o esforço propositivo necessário à criação do direito e o direito que é criado (Fuller: 1969, pág.193).

A partir dessas duas primeiras críticas, podemos ver algumas implicações da tese fulleriana de que o direito (ou, o que para ele é o mesmo, um sistema jurídico) é o empreendimento de sujeitar a conduta humana ao governo de regras. Primeiro, o direito é uma atividade com propósito. Dessa forma, para compreender o que é o direito, é preciso atenção às exigências e desafios práticos envolvidos na sua criação e manutenção. Segundo, por depender do esforço, inteligência e comprometimento daqueles que o criam e mantêm, o direito sempre está aquém da plena satisfação do seu propósito (Fuller: 1969, pág.145). Veremos na próxima seção que uma síntese adequada dessas duas ideias é que, para Fuller, os princípios que definem a excelência na criação e manutenção do direito também compõem as condições de existência de uma ordem jurídica (Priel: 2013, pág. 7-8).

A partir do que foi discutido, passamos a considerar a ideia de uma moralidade de aspiração, para mostrar como Fuller conecta o direito a uma noção de legitimidade política. Essa noção está no cerne de sua crítica à regra de reconhecimento.

2.2 A MORALIDADE QUE TORNA O DIREITO POSSÍVEL:

Vimos acima que Fuller pensa que o direito é um empreendimento. Mas, qual razão ele fornece para fazer essa caracterização? Na seção anterior, reconstruímos as críticas que o autor faz às teorias que não veem o direito como uma atividade propositiva. Nesta seção, buscaremos mostrar uma razão positiva que o autor elabora para conceber o direito nesses termos.

Para tanto, Fuller enfatiza novamente o ponto de vista prático, isto é, daquele que tem de decidir e agir. Contudo, o foco agora não está nas autoridades que criam e mantêm o direito, mas no cidadão de quem se exige obediência. Fuller, então, se pergunta: (1) sob que condições os cidadãos têm o dever de obedecer ao direito? (2) Como essas condições estão atreladas às condições de existência do direito? (Rundle: 2012, pág. 58) A resposta está no reconhecimento do autor de que o direito positivo não fornece os fundamentos para sua criação. Esses fundamentos estariam na moralidade e se apresentariam de duas formas. Primeiro, como uma moralidade externa ao direito, isto é, como um conjunto de atitudes morais que conferem às autoridades a competência que elas reivindicam. Segundo, como um conjunto de exigências necessárias para a preservação dos meios pelos quais decisões políticas são adotadas. Fala-se nesse segundo caso de uma moralidade interna ao direito (Rundle: 2012, pág. 63). Essa não é criada por normas jurídicas, e por isso não é fornecida pelo direito positivo, mas define as próprias condições que devem ser observadas para elaborar normas jurídicas e manter um sistema jurídico. A moralidade interna define os parâmetros que devem ser observados para ordenar juridicamente a vida social (governo por meio de regras); ao passo que a moralidade externa define qual deve ser o conteúdo da ordem a ser criada. Outra forma de contrastá-las é dizendo: é preciso ter direito, antes de ter um direito bom. Além disso, respeitada a moralidade interna do direito, mesmo se a moralidade externa não for satisfeita, o cidadão tem razões para obedecer.

Em síntese, para ser algo merecedor de lealdade, o direito deve representar uma realização humana. Ou seja, não pode ser uma mera imposição do poder ou uma regularidade de comportamento discernível pela observação. Se as normas jurídicas pretendem ser respeitadas mesmo quando os cidadãos discordam de seu conteúdo, quando lidas em conjunto, elas devem ser aptas a fornecer uma estrutura à vida social (Fuller: 1957, pág. 632). Sistemas jurídicos são, então, complexos de regras criados para excluir da vida social as manifestações mais grosseiras de aleatoriedade e irracionalidade (Fuller: 1969, pág. 9).

Um esclarecimento é importante: em um sentido, a moralidade interna ao direito não é uma criação jurídica. Ela não é definida por normas cujo conteúdo estipulam obrigações ou condições de validade a serem observadas pelas autoridades. Por outro lado, suas exigências apenas são elaboradas conforme há uma reflexão sobre a prática jurídica, e, portanto, pressupõem a existência de um sistema jurídico. Como Nigel Simmonds (Simmonds: 2017, p.271) destaca, as ideias com as quais estamos familiarizados e que nos guiam a agir, como as de juridicidade/legalidade e sistema jurídico, servem para identificar aspectos de um modo de associação complexo que é parcialmente realizado e parcialmente concebido como uma possibilidade, mas que não pode ser apreendido em abstração do vocabulário de ideias e práticas que o tornam intelectualmente acessível. Por isso, a moralidade interna define princípios de juridicidade, cujo conteúdo é determinável a partir das expectativas arraigadas que os cidadãos têm em relação às autoridades jurídicas (Fuller: 1969, pág. 218).

Para explicar esse elo entre expectativas em relação às autoridades e os princípios da moralidade interna, Fuller (Fuller: 1969, pág. 33-38) convida o leitor a imaginar uma sociedade na qual reina um soberano conhecido como Rex. Esse rei teve a pretensão de resolver juridicamente todos os problemas que seus antecessores haviam negligenciado. Contudo, Rex é extraordinariamente inábil e acaba por criar caos na vida social, ao invés de um sistema jurídico. A partir dos fracassos de Rex, Fuller (Fuller: 1969, pág. 39) apresenta

oito características que deveriam existir nas decisões de Rex para torná-lo bem-sucedido em sua tentativa de criar direito, sendo elas: generalidade, promulgação, irretroatividade, clareza, não-contradição, possibilidade de cumprimento, estabilidade e congruência. Para Fuller, essas características não apenas definem condições que normas jurídicas devem preencher para serem eficazes em satisfazer seus fins; mas são, antes de tudo, características constitutivas de um sistema jurídico (Rundle: 2012, pág. 106).

Hart (Hart: 1965, pág. 1285) não interpretou tais princípios da mesma forma. Na sua leitura, tais princípios nada mais são do que boas práticas que importam para a eficiência das normas jurídicas. Isso leva Hart a concluir que tais princípios não podem ser morais. A partir disso, podemos nos perguntar se Hart não estava preocupado com a relação entre normas jurídicas e moralidade, ao passo que Fuller estava mais preocupado com as condições constitutivas do direito ou com o que torna algo um sistema jurídico.

Por agora, para compreender o argumento de Fuller, suponhamos que a eficiência não é a melhor forma de explicar tais princípios. Se a expectativa de que os governantes vão ser eficientes não explica os princípios acima, o que explica? Como dito, para Fuller, sistemas jurídicos são complexos de regras criados para excluir da vida social as manifestações mais grosseiras de aleatoriedade e irracionalidade (Fuller: 1969, pág. 9). Além disso, por dependerem do esforço, inteligência e comprometimento daqueles que o criam e mantêm, sistemas jurídicos sempre estão aquém da plena satisfação do seu propósito (Fuller: 1969, pág. 145). Portanto, a exclusão da aleatoriedade e irracionalidade é uma aspiração que explica a atividade de criar e manter um sistema jurídico. Na medida em que essa aspiração é satisfeita, (1) os cidadãos confiam nas autoridades, a ponto de ter razões para obedecerem mesmo quando discordam do conteúdo das normas criadas e (2) as autoridades desempenham bem suas funções, engajando seus projetos éticos conforme se veem como os profissionais que gostariam de ser (Fuller: 1969, pág.43).

A dimensão moral dessa aspiração é destacada quando Fuller introduz a distinção entre moralidade de dever e de aspiração. A moralidade de dever começa na base da realização humana, definindo deveres básicos sem os quais uma sociedade ordenada não é possível (Fuller: 1969, pág. .5-6). Aqui, o descumprimento é criticado por contrariar as exigências básicas da convivência social e o cumprimento não é visto como merecedor de maiores elogios, tendo em vista seu caráter elementar. Já a segunda, diz respeito à excelência, isto é, à realização plena das potencialidades humanas. Elogios e admiração costumam seguir à satisfação dessa dimensão moral, e faz mais sentido falar de frustração do que violação quando não se faz jus àquilo que essa dimensão moral cobra (Fuller: 1969, pág. 5). Para Fuller (Fuller: 1969, pág. 42), a satisfação dos princípios de juridicidade exige condutas afirmativas e criativas direcionadas a formas específicas de realização, não se limitando à abstenção de condutas danosas. A atenção do autor à dimensão prática elucida isso:

> É fácil perceber que leis devem ser claramente expressas em regras gerais, prospectivas em efeito e de conhecimento do cidadão. Mas saber como, sob quais circunstâncias e em que medida isso deve ser alcançado é o desafio de ser um legislador. (Fuller, 1969, p.94, traduzido)

Além disso, se afirmarmos que há um dever de satisfazer tais princípios, teríamos de afirmar precisamente quando esse dever foi violado, o que parece difícil, salvo no que diz respeito à promulgação. Assim, a análise individual dos princípios de juridicidade sugere que, se eles forem morais, eles o são por apresentarem diretrizes típicas de uma moralidade de aspiração (Fuller: 1969, págs. 42-43). Mas eles são morais, no fim das contas?

A resposta fulleriana é positiva, porque não é só a habilidade e autoestima do legislador que está em jogo. Quando as autoridades perseguem os fins que desejam por meio da elaboração de normas

jurídicas e se comprometem a segui-las mesmo quando as descumprir favorece a busca do fim desejado, comunica-se aos cidadãos que eles estão sendo levados em consideração (Waldron: 1994, pág. 278). Afinal, tal modulação do poder revela "um compromisso com a visão de que o homem é, ou pode se tornar, um agente responsável, capaz de entender e seguir regras e de responder por seus erros" (Fuller: 1969, pág. 162, traduzido). Consequentemente:

> Todo afastamento dos princípios da moralidade interna do Direito são uma afronta à dignidade do homem como agente responsável. Julgar suas ações por leis não-publicadas e retroativas, ou ordená-lo a fazer um ato que é impossível, é expressar a ele indiferença com seus poderes de autodeterminação (Fuller, 1969a, p.162, traduzido).

Em síntese, sistemas jurídicos são complexos de regras criados para excluir da vida social as manifestações mais grosseiras de aleatoriedade. Dessa forma, na medida em que as autoridades governam satisfazendo as condições para excluir da vida social as manifestações mais grosseiras de aleatoriedade, elas concebem o cidadão como agente responsável.

Vale a pena terminar esta seção destacando como a caracterização dos princípios de juridicidade (moralidade interna) leva Fuller a conceber as relações entre Direito e moral de uma forma, e não de outra. Quando o foco é a moralidade de dever, a relação entre Direito e moral costuma ser pensada como uma relação avaliativa, na qual se contrasta as normas jurídicas com a moralidade externa. Isto é, a discussão tem em vista quais normas devem ser adotadas, de acordo com a melhor concepção moral (Fuller: 1969, pág. 7-8). Ou seja, discute-se aqui primariamente o conteúdo do Direito. Seguindo a sugestão de Fuller, poderíamos também discutir quais normas devem ser públicas, quais devem ser secretas e quais podem ser secretas. Estaria Hart mais preocupado com esse tipo de relação entre direito

e moral? Sua crítica de que os princípios de juridicidade são diretrizes de eficácia parece sugerir que sim. Veremos na próxima seção qual relação entre direito e moral sua teoria prioriza. Quando o foco é a moralidade de aspiração, não há orientações claras sobre quais normas jurídicas adotar. Por ser em grande medida uma moralidade de aspiração, a moralidade interna do direito é indiferente quanto aos fins substantivos que o direito serve (Fuller: 1969, pág. 153).

Todavia, o que é mais interessante na moralidade interna do direito é que *em conjunto* os princípios que a compõem apresentam tanto uma dimensão de dever quanto uma dimensão aspiracional. A dimensão de dever é salientada quando Fuller aponta que tais princípios devem ser minimamente observados para construir e manter um sistema jurídico (Fuller: 1969, pág. 39 e 97). Isto é, sua completa violação implica o abandono do propósito de governar fornecer guias à conduta humana por meio de regras, ou seja, implica a falha em criar ou manter um sistema jurídico. Respeitada essa dimensão, exclui-se as manifestações mais óbvias e grosseiras de aleatoriedade e irracionalidade na vida social (Fuller: 1969, pág. 9). A dimensão de aspiração é salientada quando desafios práticos no interior de um sistema jurídico são o foco e as autoridades se deparam com demandas que pressupõem que os cidadãos devem ser concebidos e respeitados como agentes (Fuller: 1969, pág.162).

Para Fuller, as duas dimensões da moralidade interna são indissociáveis. Ao definir que o direito é o empreendimento de ordenar a vida social por meio de regras, Fuller não apenas se preocupa em dizer sob que condições o direito faz isso bem, mas desenvolve um argumento sobre como a falha total em governar a vida social dessa forma não pode ser direito (Priel: 2013, pág. 13). Em síntese, para ele, os princípios que definem a excelência na criação e manutenção do direito também compõem as condições de existência de uma ordem jurídica (Priel: 2013 pág. 7-8).

3. CRÍTICAS DE HART AO JUSNATURALISMO

Passamos agora para o que Hart entende ser o problema da relação entre direito e moral. Inicialmente, Hart diz que alguns autores poderiam dizer que o Estado deve garantir a todos os mesmos direitos sob o risco de que, caso não o faça, viole os princípios morais. O autor não nega essa tese; no entanto, defende que ela não é relevante para pensarmos no que constitui um sistema jurídico. Vimos que para Fuller os princípios que definem a excelência na criação e manutenção do direito também compõem as condições de existência de uma ordem jurídica (Priel: 2013 pág. 7-8). Em Hart, há um esforço de separar as condições de existência de uma ordem jurídica e os princípios que aprimoram essa ordem. Assim, o primeiro passo de análise é dizer o que muda na transição de uma sociedade sem direito para uma sociedade com direito e o segundo é dizer como o direito posto pode ser melhor moralmente (Priel: 2013, pág. 7-8).

Hart contraria a assertiva jusnaturalista que afirma que o sistema jurídico não pode se basear no mero poder do homem sobre o homem (Hart: 2009, pág. 262). Antes de tudo, existem duas questões que devem ser consideradas para entender o argumento hartiano sobre as condições de existência de um sistema jurídico. Primeiro, o sistema jurídico é formado pela aceitação voluntária das normas ou pela mera obediência a elas? Segundo, a autoridade jurídica pressupõe cooperação voluntária dos cidadãos?

Quanto à primeira questão, Hart afirma:

> Assim, uma sociedade que possua um ordenamento jurídico inclui aqueles que encaram suas normas a partir do ponto de vista interno, como padrões aceitos de conduta, e não apenas como previsões do que poderão sofrer caso desobedeçam, mas, inclui também outros, aos quais esses padrões jurídicos devem ser impostos pela força. (Hart: 2009, pág. 260)

Portanto, Hart chega à primeira conclusão contrária à teoria jusnaturalista: o sistema jurídico pode se valer da sua figura de autoridade para subjugar uma pequena parcela da população.

Em seguida, para analisar se o Direito segue a moral, Hart demonstra que a moral pode variar conforme o tempo e as mudanças sociais, como ocorreu com a mudança no conceito de sujeito de direito em relação aos escravos e negros (Hart: 2009, pág. 259). Portanto, a moral não é um fator estável o suficiente para a compreensão do conceito de direito no decurso do tempo. Além disso, Hart defende que a aceitação de um sistema jurídico não precisa ser justificada pela moralidade haja vista que muitos outros fatores podem ser determinantes para esta aceitação, tais como: cálculos de interesse a longo prazo, atitude irreflexiva herdada, ou a simples repetição dos atos praticados pela comunidade (Hart: 2009, pág. 262). Hart não nega que existe uma influência da moral sobre o direito, pois podemos perceber em algumas experiências práticas essa relação, por exemplo, a requisição moral do cumprimento de um contrato (Hart: 2009, pág. 263). Entretanto, para ele, não se deve tentar explicar o direito a partir de um conceito restrito, segundo o qual uma ordem social apenas é direito se em conformidade com a moralidade. Para Hart, defender essa posição é um erro de cientificidade, já que deixada de fora do conceito as normas moralmente ofensivas que, apesar de ofensivas, ainda produziam efeitos jurídicos. Segundo Hart:

> Não só grandes grupos de pessoas podem ser coagidos por leis que não consideram moralmente obrigatórias, como tampouco é verdadeiro que aqueles que aceitam voluntariamente o sistema precisem considerar-se moralmente obrigados a aceitá-lo; mas o sistema tem máxima estabilidade quando o fazem (Hart: 2009, pág. 262).

Portanto, Hart conclui que a existência de um sistema jurídico é uma coisa, mas seu mérito ou demérito é outra (Hart: 2009, pág. 268). Isso porque, para Hart, o fundamento de um sistema jurídico está nos critérios de validade expressos na regra de reconhecimento. É ela, e somente ela, que determina a existência do direito quando aceita pelos oficiais do sistema.

A regra de reconhecimento é uma espécie de regra secundária. Para Hart, regras primárias são aquelas que estipulam obrigações; ao passo que regras secundárias são aquelas que definem as condições para a identificação, criação e aplicação de regras primárias (Hart: 2009, pág. 118-128). A regra de reconhecimento define critérios por meio dos quais é possível identificar conclusivamente quais são as normas jurídicas (Hart: 2009, pág. 122). Assim, a regra de reconhecimento é a regra primordial que estabelece o critério para a validade das normas jurídicas e, com isso, define características comuns que as organizam num sistema (Hart: 2009, pág.127).

Hart analisa esse critério de validade conforme seu emprego na prática jurídica (Hart: 2009, pág. 130). Nesses termos, o conceito de "regra de reconhecimento" viabiliza sustentar a separação entre o direito e a moral— concebida como moralidade externa, nos termos de Fuller—, porque a existência da regra de reconhecimento é um fato verificável na prática e tal regra apenas estabelece quais são as fontes autorizadas para a criação de normas jurídicas (Hart: 2009, pág. 137). Se essas fontes forem definidas por referência a critérios morais, há uma conexão entre validade e moralidade. Contudo, Hart entende que isso não é algo presente em todos os sistemas jurídicos, de forma que a validade pode ser definida de outra forma. Além disso, a regra de reconhecimento não precisa de um exame de validade pois nela já está embutida a ideia de validade.

Essa ideia parte do pressuposto de que há um padrão de comportamento que é incorporado pela sociedade e aceito na criação de normas jurídicas. De acordo com Hart, a regra de reconhecimento não é criada por uma decisão, mas existe em razão de uma prática convergente dos oficiais de um sistema jurídico (Hart: 2009, pág.

130). As normas criadas, conforme a regra de reconhecimento, são consideradas juridicamente válidas; todavia, se elas devem ou não ser seguidas ou se são ou não corretas é algo que, em última instância, cabe aos agentes morais responsáveis decidirem. Segundo Hart, o direito nazista, por exemplo, não deixava de ser direito, haja vista que possuía o elemento da validade jurídica. Para o autor, uma norma ser imoral não traz consequências diretas para sua validade e, sendo assim, a relação entre o direito e a moral acaba por ser contingente. Da mesma forma, para Hart (Hart: 2009, pág. 267) um sistema jurídico com normas que satisfazem os princípios formais de clareza, possibilidade de ser cumpridas, generalidade, não-retroatividade podem ser extremamente injustas. Nota-se que, mesmo quando considera a moralidade interna do direito, Hart pensa na relação entre a moralidade externa e o conteúdo do direito positivo.

Ademais, Hart utiliza a regra de reconhecimento para explicar a continuidade da autoridade legislativa. Para tanto, Hart (Hart: 2009, pág. 68-71) também nos convida para um quadro imaginativo. O rei Rex I morre e seu filho, Rex II, assume o poder. Hart quer responder à seguinte indagação: "O que garante a mesma obediência da população, que era prestada ao Rex I, ao herdeiro?". A resposta para essa pergunta, para Hart (Hart: 2009, págs. 72-73) é que a aceitação de um novo legislador é obtida a partir da aceitação de regras sociais, ou seja, normas que definem um padrão, que surge do exercício de uma pressão social para que sejam seguidas. No caso, o padrão estipulado diz respeito a quem se qualifica a assumir o poder. Isso revela mais um contraste nas visões dos autores: para Hart, o Direito é visto como exercício de poder e a regra de reconhecimento é a norma de atribuição desse poder. Para Fuller, o direito é um empreendimento, ou seja, é dotado do propósito de submeter a conduta humana à orientação e ao controle de normas gerais (Fuller: 1969, pág. 177). Além disso, ressalta Fuller, esse objetivo é concretizado pelo esforço de fazer leis que satisfaçam os princípios de juridicidade, o que requer inteligência e consciência dos legisladores (Fuller, 1969, pág. 175). Ou seja, Fuller parece mais preocupado com os critérios de correção do exercício

do poder de criar e aplicar normas jurídicas, ao passo que Hart está mais preocupado em explicar quais são as características dos poderes normativos pressupostos nessas atividades.

4. AS CRÍTICAS DE FULLER À REGRA DE RECONHECIMENTO:

Na segunda edição de *"The morality of Law"*, Fuller acrescenta o apêndice "Uma réplica aos críticos", no qual irá aprofundar seus argumentos, dirigindo sua crítica à corrente teórica que ele denomina "positivismo analítico". Para ele, trata-se de uma posição adversária por ser a que "encontra mais satisfação em separar as coisas, ao invés de ver como elas se encaixam e funcionam juntas" (Fuller: 1969, pág. 191). Cinco pontos estruturam seu argumento (Fuller: 1969, págs.192-193):

(i) O positivista jurídico não analisa o direito a partir de uma relação entre legislador e cidadão. O enfoque dado pelo positivista reside na figura do legislador.

(ii) O positivismo jurídico se preocupa em demasia em explicar a origem e a definição do direito, mas se esquece da análise do que importa na prática: o fenômeno social.

(iii) o positivista jurídico não enxerga o legislador como ocupando um cargo notável

(iv) Em decorrência de (iii), o positivista não pensa que cabe a uma teoria do direito discutir um código de ética que regule a atuação do legislador e;

(v) O positivista acaba por insistir na separação entre o esforço direcionado à criação da lei e a lei que realmente emerge desse esforço (Fuller, 1969a, p. 193, traduzido)

A partir desses pressupostos podemos compreender a crítica de Fuller à regra de reconhecimento. Para ele, é incorreto concluir que o direito válido num sistema o é *apenas porque* as autoridades declaram que esse é o caso (Rundle: 2012, pág. 77). No cerne dessa rejeição, está a ideia de que sistemas jurídicos impõem limitações ao poder, e que

tais limitações implicam no reconhecimento da agência dos sujeitos. Dessa forma, sistemas jurídicos satisfazem em certo grau exigências formais, sem as quais não são reconhecíveis pelos sujeitos como a ordem social que são (Rundle: 2012, pág. 80). A comparação entre direito e diretriz gerencial ajuda a ilustrar esse ponto.

Fuller diz que existe uma diferença entre a diretriz gerencial e o Direito, pois, apesar de ambos implicarem em uma subordinação à autoridade, possuem como diferença o fato de que as diretrizes emitidas em um contexto de gestão são aplicadas pelos subordinados de maneira a servir o propósito estabelecido pelo seu superior. O cidadão que cumpre a lei, por outro lado, não obedece às normas jurídicas para servir aos fins específicos do legislador, mas sim as segue para conduzir sua própria vida em interação com os demais, pressupondo que ao fazer isso ele também serve aos interesses da sociedade a qual pertence. (Fuller: 1969, pág. 207). Em outras palavras, as normas de um sistema jurídico não determinam o que os cidadãos devem fazer para satisfazer objetivos específicos definidos pelos legisladores, mas sim consolidam diretrizes e orientações a partir das quais os cidadãos podem organizar sua vida (Fuller: 1969, pág. 24). Em síntese, as diretrizes gerenciais regulam a relação entre subordinado e superior, mas o direito regula a relação entre cidadãos. Pelo mesmo motivo, na diretriz gerencial é difícil identificar princípios de juridicidade.

Para Fuller, os positivistas não constroem sua análise em elementos do direito mas sim a partir da direção gerencial. Isso explicaria o que há de mais grave na regra de reconhecimento, segundo Fuller (Fuller: 1969, pág. 137): ela não dá espaço conceitual à revogação do poder atribuído às autoridades, caso haja um abuso desse poder. Segundo Fuller (Fuller: 1969, pág. 138), uma regra que confere um poder e dispõe expressa ou implicitamente que esse poder pode ser revogado em caso de abuso desafia a distinção entre regras que estipulam deveres e regras que só atribuem poderes. Assim, se Hart insiste na distinção entre regras primárias — as que prescrevem deveres— e regras secundárias — as que atribuem poderes—, a autoridade legislativa não pode ser revogada por violar a expectativa

que os cidadãos têm em relação ao exercício do poder (Fuller: 1969, pág. 138). Isso seria um erro, pois a moralidade não é apenas relevante quando julgamos o conteúdo das normas jurídicas válidas; ela é também central para os princípios e expectativas que estruturam a criação de normas jurídicas.

Dworkin reitera que Hart se preocupa fundamentalmente com a avaliação moral do conteúdo das normas jurídicas, ao analisar a obra "*Punishment and Responsability*":

> Hart, no entanto, rejeita essa teoria com base na alegação de que existem muitos crimes [...] que não são, em si mesmos, moralmente condenáveis. A existência de tais crimes, argumenta ele, mostra que o direito não tem como finalidade geral apenas condenar atos moralmente censuráveis. (Dworkin: 1978, pág. 15)

Como Kristen Rundle explica, Fuller adiciona uma camada de complexidade à discussão sobre validade jurídica, ao destacar que:

> [Tudo mais constante p]odemos aceitar como válida uma norma que é assim declarada por um teste de validade baseado em fatos sociais; exceto se se chega um ponto no qual o sistema jurídico da qual ela advém sofre de tantas patologias formais que seus produtos [...] devem ter seu status jurídico negado (Rundle: 2012, pág. 81, traduzido).

Todavia, a pertinência dessa tese depende de se faz sentido introduzir parâmetros avaliativos para dar significado a determinados fatos sociais, de forma que quando tais parâmetros não são satisfeitos temos um tipo de fato, e não outro. Para tanto, Fuller precisaria ter desenvolvido de forma mais completa uma teoria da razão prática (Rodriguez-Blanco: 2018, pág. 219).

5. CONCLUSÃO

Por fim, concluímos que de fato as diferenças metodológicas entre Herbert Hart e Lon Fuller os distancia severamente na forma de entender o Direito. Enquanto para Hart, o Direito é um sistema normativo complexo que possui validade pela regra de reconhecimento, para Fuller, o Direito é um empreendimento de excluir a aleatoriedade e irracionalidade da vida social e, para isso, deve haver conformidade com a moral. Portanto, ambos os autores não só partem de pontos diferentes mas possuem construções metodológicas opostas.

REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luis Fernando. O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. rev. Porto Alegre: 2007. Livraria do advogado.

BIX, Brian. Jurisprudence: Theory and Context. Durhan: Carolina Academic Press, 4ª edição, 2006.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 1o ed., Trad. Nelson Boeira. São Paulo: 2002. Martins Fontes.

FINNIS, John. Natural law and natural rights. 2a ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FULLER, Lon Fuller. A moralidade do direito. Tradução por Augusto Neves Dal Pozzo, Gabriela Bresser Pereira Dal. São Paulo: 2022. Editora Contracorrente.

FULLER, Lon L. American Legal Philosophy at Mid-Century. Journal of Legal Education 6: 457–85, 1954.

FULLER, Lon L. Irrigation and tyranny. Stanford Law Review, v. 17, pp. 1021-1042, 1965.

FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: a reply to professor Hart. Harvard Law Review, v. 71, n. 4, pp. 630-672, 1957.

FULLER, Lon L. The morality of law. 2 ed. New Haven; London: Yale University Press, 1969.

HART, H.L.A. The concept of law. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HART, H. L. A. O conceito de Direito. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão

técnica Luiz Vergílio Dalla - São Paulo: 2009. Editora WMF Martins Fontes.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O método de leitura estrutural. São Paulo: 2007. Cadernos Direito GV, v. 4, n. 2.

PRIEL, Dan. Reconstructing Fuller's argument against legal positivism. Canadian Journal of Law & Jurisprudence, v. 26, n. 2, p. 399-413, 2013.

RODRIGUEZ-BLANCO, Veronica. What Makes a Transnational Rule of Law? Understanding the Logos and Values of Human Action in Transnational Law. In K. E. Himma, B. Spaić, & M. Jovanović (Eds.), Unpacking Normativity: Conceptual, Normative, and Descriptive Issues (pp. 209–226). Hart Bloomsbury Publishing, 2018.

SCARPELLI, Uberto. Cos'é il positivismo giuridico. Milano: 1965. Edizioni di Comunità.

SIMMONDS, Nigel. Law as an Idea We Live By. In: DUKE, George; GEORGE, Robert P. (Ed.). The Cambridge companion to natural law jurisprudence. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 245-275.

WALDRON, Jeremy. Why Law - Efficacy, Freedom, or Fidelity? Law and Philosophy, Vol. 13, No. 3, Special Issue on Lon Fuller (Agosto de 1994).

A DIGNIDADE COMO FUNDAMENTO SUBSTANTIVO DO ESTADO DE DIREITO EM JEREMY WALDRON

DIGNITY AS A SUBSTANTIVE FOUNDATION OF THE RULE OF LAW IN JEREMY WALDRON

Ayrton Borges Machado[1]

RESUMO | Este artigo investiga como a dignidade pode ser apresentada, na teoria do estado de direito em Waldron, como um fundamento substantivo, justificando a crescente inserção de elementos morais e de justiça na teoria do autor, entre eles: a capacidade moral (status normativo), o direito como braço da moral e a dignidade como relacionado com a moral, mais que a tese anterior de Waldron de exclusiva relação com o direito. Primeiro, apresenta-se como Waldron propõe uma reflexão do conceito de direito a partir do estado de. Em seguida explica-se a compreensão *standard* do *rule of law* em Waldron. Por fim, apresenta-se como a propriedade, segundo Waldron, não funciona como o fundamento substantivo do estado de direito, e – esta é a tese do artigo – como existe elementos em Waldron para defender a dignidade como esse elemento substantivo.

PALAVRAS-CHAVE | Estado de direito. Dignidade. Waldron

ABSTRACT | *This article investigates how dignity can be presented, in Waldron's theory of the rule of law, as a substantive foundation, in order to justify the increasing inclusion of moral and justice elements in the author's theory, among them: moral capacity (normative status), law as an arm of morality, and dignity as related to morality, rather than Waldron's earlier thesis of exclusive relation to law. First, one presents how Waldron proposes a reflection on the concept of law based on the rule of law. Next, one explains the standard understanding of the rule of law in Waldron. Finally, it presents how property, according to Waldron, does not work*

1 O autor deste artigo é doutorando em Direito pelo PPGD-UFPA, financiado pela CAPES com bolsa de doutorado.

as the substantive foundation of the rule of law, and – this is the thesis of the article – how there are elements in Waldron to defend dignity as this substantive element.

KEYWORDS | *Rule of law. Dignity. Waldron.*

1. INTRODUÇÃO

A pergunta "o que é o direito?" paira como uma das questões mais persistentes da teoria do direito. Para Hart (2012), é a questão central, que dá nome à sua *magnum opus O conceito de direito*, na qual se lança a explicar que o direito é composto de normas primárias e secundárias que adentram ao sistema jurídico validadas pela regra de reconhecimento. Outros autores, como Dworkin (1986), deslocam a problemática para uma dimensão interpretativa e identificação do direito a partir de como os juízes decidem.

Waldron é influenciado por Dworkin, quanto à necessidade de compreender o direito mais institucionalmente e influenciado pela moralidade política, do que uma descrição abstrata do direito (Flores, 2015, p. 160). Segundo Waldron, costuma existir – na teoria do direito – uma carência de inserção de elementos institucionais ao compreender o conceito de direito. O efeito dessa tendência leva a afirmações como "que mesmo em um estado nazista está presente o direito" pois ali pode, na compreensão de Kelsen (2009), existir uma *norma fundamental*, ou, na de Hart (2012), existir uma *regra de reconhecimento*.

Encontrando contrariedade em afirmações como esta – segundo Waldron (2008b), próprias de um positivismo casual – Waldron (2008a) segue outro caminho, qual seja, o de distinguir esses "dois direitos", que existe uma diferença entre um direito democrático e um direito autoritário pela via da relação entre Direito e as exigências do status normativo e as instituições dele decorrentes – que, como bem nota Morbach (2019, p. 164), em Waldron não é um interesse por "tópicos democráticos" como eleições ou financiamento de campanhas, mas sim como o Direito abordado analiticamente se materializa em se

tratando de uma teoria democrática. Mais a frente neste texto ficará evidente a relevância de tal ressalva, pois a teoria do estado de direito de Waldron é essencialmente democrática no seu desdobramento de seus princípios formais.

Todavia, por ora é necessário se dirigir à mudança metodológica de como Waldron analisa um conceito se inspirando na análise semântica reveladora acerca da democracia. Waldron se lança a formular, então, um olhar normativo sobre o *conceito de direito* que leve em consideração determinados compromissos políticos dos quais certos sistemas jurídicos dependem. Waldron (2008, p. 13) percebe que existem vários modos de abordar o conceito de algo. Ele nota que *democracia* é uma palavra de difícil definição se a pergunta feita for "o que é a democracia?". No entanto, quase sempre, quem deseja esclarecer o que é uma democracia recorre a outra pergunta: "o que um governo/estado precisa conter para ser chamado de democrático?". Waldron está correto em perceber que a mudança da pergunta implica em alteração da atitude da investigação. A pergunta "o que é o direito?" conduz a uma resposta abstrata e generalizante, carente de precisão, supostamente politicamente mais neutra do direito. Ao passo que a pergunta que se indaga sobre os requisitos de uma democracia é mais explícita com seus objetivos.

Gostaria de esclarecer as nuances da diferença das perguntas. A pergunta "quais são os requisitos para que um estado seja chamado de democrático" também é uma pergunta conceitual, posto que, na lógica, saber o que algo é exige conhecer seus predicados essenciais (Aristóteles, 1985, p. 29). Logo, para saber a diferença entre um quadrado e um losango precisamos saber mais do que a categoria de quadriláteros, caso contrário, igualaremos duas coisas distintas. Do mesmo modo, a pergunta "o que é o direito?", sem a orientação adequada, leva a uma indeterminação do que se está procurando, o que talvez tenha levado a uma compreensão mais abstrata e menos valorativa do direito. Por outro lado, a pergunta pelos requisitos é mais explícita sobre os tais "predicados essenciais" que, e.g. levam

a uma distinção radical entre um sistema jurídico democrático e um totalitário.

Feito esse esclarecimento, Waldron (2008b) tenta aplicar ao *conceito de direito* a orientação de buscar os requisitos para que um sistema jurídico seja chamado estado de direito. A expressão *direito* é abrangente e politicamente não situada. Quando abordada enquanto sistema jurídico, dá-se corpo institucional a ela, e.g. na identificação de instituições legiferantes, adjudicativas ou administrativas. Nesse cenário mais concreto, o estado de direito surge como uma espécie de virtude do sistema jurídico (Waldron, 2012b, p. 46), que vai distinguir sistemas que merecem ou não a alcunha de *estado de direito*. Uma abordagem do tipo que Waldron busca acomoda melhor a relação entre sistemas jurídicos e as virtudes que ele carrega – que vão desde o estado de direito, até o qualitativo de democrático ou humanitário (defensor de direitos humanos). Chamam-se virtudes porque são modos como o sistema jurídico se empenha em uma prática de compromisso com certo modo de ser.

Então, Waldron (2008b) reivindica que o conceito de direito deve ser compreendido segundo determinados requisitos que provém do Estado de Direito. O *rule of law* significa o governo que é feito pelo direito, tratando assim como uma virtude em não ser governado pela mera vontade pessoal de alguns. A expressão em inglês comporta mais versatilidade, pois se por um lado existe o *rule of law*, por outro em seu oposto existe o *rule by law*, que é o governo em que não é o direito que governa, senão que o direito é usado como um mero instrumento de imposição (Waldron, 2012b). Na tradição, somente o primeiro é uma virtude, enquanto, pode-se dizer, o segundo é uma deturpação da virtude, pois retira o direito do seu lugar devido de governança.

Resta evidente, portanto, que o *rule of law* importa em um conjunto de exigências sobre um sistema jurídico, a fim de que não seja um sistema deturpado. Contudo, é necessário esclarecer o fundamento da existência desses requisitos, que remontam, em última análise, à função arquetípica da dignidade na teoria de Waldron. A fim explicar essa relação da dignidade como fundamento substantivo

do estado de direito, primeiro explica-se o que seria a compreensão standard do *rule of law* para Waldron, sobretudo a partir de uma leitura consagrada de que a referida expressão aponta para a dimensão formal e procedimental, passando, em seguida, ao argumento de como a propriedade privada não é o fundamento substantivo. Concluindo com a tese deste artigo, que a dignidade pode funcionar como o fundamento substantivo em Waldron.

2. *RULE OF LAW* EM WALDRON

Waldron (2012b) questiona uma concepção liberal bastante difundida de que o sistema jurídico precisa estar alicerçado sobre uma exigência negativa de ação em face da propriedade privada. Esse argumento decorre, desde sua origem, da posição liberal de John Locke (1998, p. 384), que defendia a propriedade como um dos direitos naturais, junto com a vida e a liberdade. Os liberais, nesse sentido, concebem que existe um direito anterior à pretensão da reivindicação de autoridade pelo estado, e que, portanto, a legitimidade do estado se vincula ao propósito de defendê-lo.

A propriedade privada se apresenta, portanto, como um valor que limita e amolda o exercício do poder do estado. Essa operação exercida se assemelha bastante ao conceito de *rule of law*, o qual também pretende dar ao exercício do poder um certo perfil balizado por valores ou diretrizes. Waldron (2012b) está argumentando, portanto, que existe um certo argumento liberal do estado de direito que considera a propriedade privada como valor preponderante do *rule of law*. Como resta evidente em vários textos de Waldron – *The rule of law and the importance of procedure* (2011) *Legislation and the Rule of Law* (2007a) E *The rule of law in contemporary liberal theory* (1989).

Waldron (2007a) apresenta essa concepção liberal como um dos casos de *substantive rule of law* (S-ROL), porque ela tem um critério substantivo ao amoldar o exercício do poder. Porém, já se indicou que Waldron se opõe a tal concepção substantiva, que é o fundamento

de sua rejeição da mencionada concepção liberal, mas é preciso investigar essa rejeição do S-ROL por ela mesma, e depois aplicar seus motivos contra a posição liberal em análise.

Quanto ao seu primeiro argumento a respeito da rejeição do S-ROL, Waldron (2007a, p. 113-15) parece se incomodar com a falta de sensibilidade dessa concepção para o real objetivo do *rule of law*, que exige uma certa preocupação com os *meios* do exercício do poder. O *Rule of Law* é, na sua leitura *standard* de Waldron, uma forma pela qual o poder deve se expressar para ser legítimo. Para evidenciar esse caráter de meio, Waldron (2012b, p. 21) se aprofunda distinção entre rule *of* law de *rule by law*. O *by* dessa última expressão designa apenas que o poder, tendo já decidido politicamente a ação a tomar, usa da linguagem formal jurídica apenas para expressar o que pretende, como um mero *meio* do poder. Já o *of* de *rule of law* designa que o poder *é de direito*, que encontra no direito a sua forma e a sua moldura. É evidente que o *rule by law* é uma forma viciada, porque o poder não se encontra verdadeiramente amoldado pelo direito, senão que este é um mero joguete nas mãos de um decisionismo (Waldron, 2007a, p. 101-104), enquanto que o *rule of law* é uma virtude jurídica.

Apesar dessa distinção, fica evidente que a preocupação do estado de direito é amoldar o *meio* jurídico pelo qual o poder se expressa. O S-ROL da concepção liberal desafiada por Waldron não percebe que é necessária uma preocupação com os meios de expressão do poder. Parece que tal concepção liberal está preocupada quase que exclusivamente com uma reserva do poder privado. Esse é, então, o primeiro problema levantado por Waldron acerca da argumentação deficitária da visão liberal do S-ROL. Isso não desmerece a preocupação com a proteção da propriedade privada, mas Waldron (2012b) se empenha em argumentar como ela é secundária e somente uma proteção reflexa. E aqui entra em ação o segundo problema: a escolha da propriedade privada como o valor fundamental é arbitrária, posto que muitos outros valores são igualmente – diria, até mais – relevantes que este.

Waldron, num primeiro momento, não se debruça muito sobre esses valores outros, senão que retorna à crítica da propriedade privada como o valor fundamental do estado de direito. Sustenta Waldron (2012b, p. 51-52), afinal, que a preocupação com a propriedade privada e com o livre mercado é apenas um exemplar dessa preocupação mais abrangente da *estabilidade*. O golpe argumentativo que Waldron desfere tem uma consequência direta para sua teoria: que o fundamento do estado de direito não pode ser substantivo, mas deve ser formal e procedimental, porque essas são preocupações mais abrangentes e dedicadas à reflexão fundamental com os *meios* de ação do estado.

Antes de passar a uma crítica dessa compreensão de Waldron – que se faz neste trabalho nos tópicos seguintes –, é necessário formar o quadro básico dos elementos incontroversos do estado de direito. Para Waldron (2011), são os elementos *formais* e *procedimentais* que integram o *rule of law*. Os formais são aqueles apresentados na teoria de Lon Fuller (1969) como a moralidade interna do direito, tais como *generalidade, publicidade, prospectividade e consistência*. Fuller considerava que um governo ditatorial ou totalitário não conseguiria realizar sua torpeza institucional se observasse as referidas exigências, pois o que tais Estados buscam é usar da força do direito sem a necessária contenção formal (Waldron, 2008b, p. 16-18). Levando em consideração que Waldron está pretendendo interpretar o Direito *pelo estado de direito*, então é de se sustentar, para o autor, que os comandos emitidos por tais regimes sequer merecem o nome de Direito.

Mas não apenas os elementos formais são importantes. Waldron (2011), sob influência de Wallace Tashima, sustenta que os elementos procedimentais integram o *rule of law*. Tais elementos procedimentais são as estruturas e procedimentos mais relevantes que se foi colhendo ao longo do tempo e que deram forma institucional proba ao direito – escuta imparcial no tribunal, oficiais independentes e com expertise e direito de contraditório em todos os processos e procedimentos (Waldron, 2011). Nesse caso, já não se está mais falando de princípios que podem amoldar o poder, mas de estruturas institucionais e procedimentais que já sabemos que são formas bem-sucedidas de

desempenhar essa função. Isso é um sinal de que, quando Waldron pretendeu explicar o direito pelo estado de direito, ele assumiu a empreitada de demonstrar algo mais concreto na determinação do conceito de direito.

A um primeiro olhar, a dimensão substantiva do estado de direito parece não ter espaço em sua teoria. Apesar de Morbach (2019, p. 168) enfatizar que a *democratic jurisprudence* de Waldron é normativa e valorativa, ela o é enquanto engajamento com princípios formais, sobretudo porque Waldron esposa uma *compreensão democrática do estado de direito*, a qual perpassa essencialmente pela maneira como procedimentos e estruturas institucionais se alicerçam – e é da tentativa de demonstrar que é necessário uma decorrência substantiva para a teoria de Waldron que este artigo extrai sua razão de ser. Contudo, faz-se necessário prosseguir o itinerário argumentativo pelo mais imediato que é a formalidade da teoria do *rule of law* de Waldron, até que se possa demonstrar o aspecto substancial que se entrevê nela.

Em *Law and Disagreement* (Waldron, 1999) está evidente que a teoria do direito se deteve em demasia na atividade judicial, inclusive como fonte privilegiada para identificação dos oficiais que identificam o direito (Hart), se acentuando pela relevância da atividade judicial em Dworkin (1986, p. 1). Isso não soa democrático para Waldron, pois, se o direito se desenvolve sobre bases políticas, e se as nossas são democráticas, o direito precisa pensar o estado de direito como um modelo cujos valores estejam dentro de um processo democrático, que esteja na mão do povo, o que equivale a dizer que ele deve estar em disputa.

Segundo Waldron (2012b, p. 40), um elemento substantivo que não esteja à mão da deliberação popular e seus representantes desbalanceia o estado de direito, na medida em que não respeita um procedimento geral de disputa de valores. Igualmente, essa também é a crítica de Waldorn a Dworkin, que enfoca na atividade judicial como instituição para identificar o direito, que aos olhos de Waldron, é uma concepção que desbalanceia o aspecto procedimental do *rule of law*. Daí as estruturas formais e procedimentais, para Waldron, integrarem

de primeiro plano o *rule of law,* porque nós as tomamos de pronto como meios paradigmáticos procedimentais e principiológicos (formais) de lidar com essa natureza democrática discordante. Os valores (substantivos) não integram essa estrutura. Esta é a melhor maneira de entender a recusa inicial de Waldron em incorporar uma visão substantiva do *rule of law*: ele adota uma jurisprudência democrática que impacta na sua teoria do estado de direito.

3. WALDRON, PROPRIEDADE PRIVADA E *RULE OF LAW*

Apesar dessa argumentação geral em afastar o S-ROL, Waldron se exercita em vários textos de modo detido apenas ao refutar a propriedade privada como fundamento substantivo do Estado de Direito. Por que se lançaria ele a esse problema de modo especial? A primeira motivação é contextual: Waldron está respondendo a uma tradição liberal influente teórica e institucionalmente acerca do estado de direito. Essa tradição que segue de Locke a Hayek – sendo este o autor comentado por Waldron – é uma interpretação constitucional liberal a respeito da propriedade. Em Locke (1998) a propriedade é resultado do trabalho do homem sobre a natureza. Mesmo ausente o Estado, o indivíduo é capaz de ter direitos naturais, entre os quais está o direito de propriedade. Isso significa que em Locke, as relações econômicas antecedem as relações políticas (Brito, 2021), pois, afinal, não é o Estado que institui a propriedade mas o trabalho humano. O papel do Estado consiste em regular e organizar essa aquisição e transição da propriedade.

Esse paradigma liberal se torna rapidamente o coração do liberalismo: a concepção de comunidade política como sociedade de proprietários. Ora, se o fundamento do Estado está em servir a esse estado de coisas socioeconômicas, como poderia a política se impor sobre a propriedade de modo inconteste? Não seria possível. A propriedade não seria para esse modelo liberal um direito instituído pelo Estado; na verdade seria a propriedade um direito mais

fundamental e motivo justificador da sociedade civil – para Locke um direito natural, e para a tradição liberal como em geral, uma espécie de direito fundamental.

Outra faceta dessa tradição se apresenta a partir de Hayek. Waldron (2012b) aponta que o referido autor considera que o modelo interventor na propriedade – aquele que admite que o Estado pode intervir fortemente na propriedade porque este é apenas mais um direito instituído politicamente – fere o estado de direito porque desconsidera que a propriedade privada é um direito que deve ser servido pelo Estado e não objeto de ação invasiva. O modelo de Hayek sobre o estado de direito é, portanto, substancial. Ele considera que a propriedade é um valor substantivo que limita a ação do Estado, sendo um direito anterior à política. Mas não apenas isto; o ataque de Hayek se volta contra um modelo interventor que, segundo o autor, por meio da atividade legiferante, confunde a lógica administrativa com a lógica econômica (Waldron, 2012b, p. 89).

Hayek está considerando que o mercado tem suas próprias dinâmicas que não podem ser pensadas como um modelo administrativo interventor. A propriedade privada estaria nessa lógica de mercado, na medida em que seria ela objeto central da transação mercadológica. O Estado poder agir invasivamente sobre o direito de propriedade soa, portanto, como um grave desvio do estado de direito, uma confusão entre administração pública e privada, uma "promiscuidade" jurídica. O golpe final da sua crítica chega à origem do problema: a lógica legislativa, que tenta mudar o direito de cima para baixo, que ignora as práticas e costumes fundamentais do Estado de Direito, entre os quais está a compreensão da precedência da propriedade provada como direito mais fundamental e articulador de um certo perfil de estado de direito. O *common law* seria o autêntico estado de direito, para essa tradição, porque não são homens legislando unicamente com suas cabeças, mas a dinâmica dos costumes entre decisões lentas, graduais e estáveis. O ideal do direito governar no lugar dos homens parece ser atendido uma vez que a pessoalidade da vontade sai de cena.

A interpretação liberal aludida recebe duras críticas de Waldron – críticas estas que iniciam dando forma ao estado de direito na concepção do autor. Eis modelo de Waldron que permeia toda sua obra: num modelo democrático, os valores que guiam uma sociedade precisam estar em disputa porque é absolutamente aceitável o desacordo moral, conforme já indicado; quando as pessoas divergem, neste cenário, o resultado não deve ser a hostilidade, mas a gestão do conflito, observados os processos que medeiam essa contenda. No âmbito político, o espaço responsável pela assunção desses conflitos de valores é o parlamento, instituição onde os representantes do povo decidem quais leis serão produzidas e quais valores elas defenderão. Por isso Waldron (2007a, p. 119) vai rejeitar a priorização de aspectos substantivos, a fim de evitar uma batalha a respeito da imposição das miríade concepção de bem.

Com efeito, o autor vai defender que pensar o estado de direito deve importar em uma reflexão sobre o papel das instituições deliberativas como procedimento intermediador dos desacordos, o que exige que os valores estejam em disputa. O modelo do *common law* que– segundo a tradição liberal – valoriza quase que exclusivamente o direito gerado do costume e das decisões graduais e reiteradas – com resultados imprevisíveis no sentido de fora do controla de uma vontade particular (Waldron, 2007a, p. 95), é criticado por Waldron (2007a, p. 100) pois a legislação traz para os indivíduos o direito de influir sobre a legitimidade da autoridade e do direito, enquanto que o modelo exclusivista de um direito costumeiro e imprevisível nega aos cidadãos a participação nessa tarefa. Numa democracia, espera-se que o direito reflita os valores de uma sociedade, e é preciso admitir que se está sob uma variação ética da sociedade, o que implica em uma variação do conteúdo do direito. É fundamental para Waldron, enquanto visão sobre o estado de direito, que os valores e o conteúdo jurídico estejam em disputa no espaço público.

Por conseguinte, como Waldron lida com o argumento consolidado do *common law*? Waldron não é um adversário do *common law*, mas do mito da impessoalidade e da não instrumentalidade que

paira a respeito do que uma certa tradição liberal compreende sobre esse modelo. O mito que Waldron (2007a, p. 101-102) aponta consiste em certa interpretação constitucional liberal do *common law* de que o direito se produz sem a ação da vontade humana ou de alguma pessoalidade. Disso desponta duas críticas: primeiro, na compreensão de que o direito é produzido sem uma pessoalidade. O costume iria se gerando e se corrigindo de certo modo orgânico nas decisões judiciais sem uma ação invasiva e violenta legiferadora. Waldron considera que essa é uma visão mítica, pois, de fato, mesmo esse direito conta com a ação dos juízes, suas interpretações e influências de referências *pessoais*. Logo, como o direito é uma obra humana, os agentes humanos são determinantes dos direitos. O mito da impessoalidade serve apenas para esconder que esse direito é afetado pelos agentes pessoais. Para Waldron (2012b), a transparência é um dos principais princípios do ideal de estado de direito. Isso significa que, em uma democracia, é preciso deixar claro quem são os agentes influidores sobre o direito, e que esse processo seja democratizado, segundo uma estrutura conhecida, o parlamento, enquanto que o mito mencionado esconde isso.

Em segundo lugar, outro aspecto é o mito da não-instrumentalidade. O modelo liberal criticado defende que se deve buscar o *rule of law*, e não *rule by law*, nos termos já explicados. Aos olhos dessa tradição constitucional, quando o direito é alterado pela ação voluntarista de um legislador, esse direito está sendo usado como um mero meio para impor um comando de autoridade pessoal. Essa visão, aos olhos de Waldron, é simplista e não compreende a complexidade do processo legislativo que, além de extremamente contraditado por todas as partes, é também um modelo mais democrático enquanto processo de reflexo da posição do povo. Logo, o direito legiferado não é mero voluntarismo pessoal, mas uma fonte do pacto público. Waldron (2007a) considera que é impossível um modelo de estado de direito que não o trate como um instrumento, mas isso nada tem a ver com uma compreensão de uso escuso da atividade legislativa.

Por último, se todo direito legislado é autêntico reflexo dos representados, então ele não é mero instrumento da vontade de alguém. Isso nos leva à reflexão de Waldron acerca do conteúdo do direito: todo direito é concedido pelo Estado. A conclusão a que se chega é que a propriedade não é um valor prioritário no modelo de estado de direito, como pensava a criticada tradição liberal. A propriedade, conforme nota Waldron (2012b), pareceria ser um valor prioritário porque ela está ligada à estabilidade do modelo de sociedade em que vivemos. Waldron reluta em aceitar essa concepção, pois sua interpretação instrumental da democracia precisa admitir que todo valor precisa estar em disputa. Para Waldron (2012b, p. 51-52), se a propriedade é protegida reiteradamente como especialmente importante nos modelos de estado de direito, isso se deve mais ao valor da estabilidade do que ao conceito de propriedade em si. A propriedade seria protegida como um reflexo da estabilidade enquanto valor do estado de direito, e não ela mesma como integrante o *rule of law*.

Como vimos, Waldron se empenha com todas as forças nessa objeção de S-ROL na refutação da propriedade como valor substantivo integrante do estado de direito. Porém, por mais que sejam fortes suas respostas, a cada objeção um novo empreendimento surgiria para ele. Se a propriedade merece uma objeção dedicada, por que não mereceria semelhante resposta "a vida", ou "a liberdade" ela própria, ou ainda "o trabalho" como forma essencial de ação do ser humano sobre o conjunto da sua vida material? Isso significa que Waldron se empenhou na refutação da tese liberal, da propriedade privada como elemento do estado de direito, mas isso está longe de significar a refutação de uma concepção substantiva enquanto tal. A argumentação de Waldron serve mais para compreendermos o lugar da propriedade dentro da vida política do que realmente para refutar um possível fundamento substantivo em sentido geral.

4. A DIGNIDADE COMO FUNDAMENTO SUBSTANTVO DO ESTADO DE DIREITO

Esta é a compreensão *standard* de Waldron: o estado de direito é procedimental e formal. Contudo, reflexões recentes do autor tem conduzido a certa flexibilização no seu pensamento. A obra de Waldron possui alguns aspectos que tendem em si mesma a desafiar essa leitura meramente formal ou procedimental do estado de direito. Em primeiro lugar, a influência de Dworkin é desafiadora desse procedimentalismo, embora o próprio Waldron (2007b, p. 326) sustente uma interpretação procedimental do autor americano no texto *The Rule of Law as a Theater of Debate*.

Mas o elemento decisivo que abala a compreensão do estado de direito é a tese da integridade associada a alguns pressupostos compartilhados pelos dois autores. Waldron herda de Dworkin a compreensão que o direito se desenvolve sobre determinados compromissos políticos de uma sociedade. Tal compreensão se fortalece pela concordância de ambos de que o direito é um ramo da moral, com princípios próprios, é bem verdade, mas ainda assim um ramo. Apesar da tese da unidade de valor ser desenvolvida por Dworkin como centro de sua teoria, Waldron (2013a, p. 8) em seu artigo *Jurisprudence for hedgehogs* sustenta que vai seguir no mesmo caminho, porém a sua própria maneira. O diferencial entre eles é que Waldron sustenta que a dignidade é o princípio arquetípico mais abrangente (Saade, 2019, p. 28-29), e, como a dignidade é o fundamento da capacidade moral normativa, então funciona como o princípio que liga o direito como braço da moral. Essa tese atribui à dignidade um peso que não possuía até então na teoria de Waldron. A dignidade tinha um peso meramente formal, e de repente passa a ocupar essa função arquitetônica. Como sustenta Dan-Cohen (2012, p. 6-8), a dignidade em Waldron, apesar de dita formal, sustenta um aspecto categorial, uma espécie de "capacidade moral normativa" dos sujeitos.

Consideramos a interpretação de Dan-Cohen acertada, porque Waldron progride de tal modo na sua reflexão a respeito da dignidade

que chega a alterar sua compreensão do status meramente formal para algo mais substancial. É necessário, contudo, realizar uma breve narrativa do progresso do pensamento de Waldron a respeito da dignidade a fim de entender essa mudança. Na primeira fase de seu pensamento sobre a dignidade, Waldron (2007c) se lança ao desafio de pensá-la como relacionada exclusivamente à prática jurídica. O insight de Waldron (2007c) é que um status social elevado de tipo aristocrático tende a gerar um tipo de tratamento capaz de reunir o que de mais dignitário uma sociedade carrega, notadamente, direito de autonomia e participação nos negócios sociais e na condução de sua própria vida – na medida que este status elevado implica em um reconhecimento de uma certa autopossessão de si. A estratégia de Waldron (2007c, p. 229-231) consiste em sugerir que esse status elevado poderia ser pensado em termos igualitários, e generalizados para todos os cidadãos sem distinção; ou seja, o raciocínio aristocrático serviria apenas como um experimento mental para se encontrar o tratamento digno socialmente elaborado.

Essa primeira fase da reflexão da dignidade em Waldron rapidamente recebe seu primeiro grande desafio: a dignidade seria local ou universal, isto é, cada sociedade determina a dignidade ou é possível encontrar certos princípios mais universais? Waldron (2007c, p. 229) considera que é possível encontrar esses princípios mais "gerais" situados no contexto igualitário, que, embora seja experimentado em cada contexto, logo vai ser ao menos identificado com, entre outros elementos, a autonomia, um tratamento como sujeito normativo e a negação da brutalidade. Essa tese – que a dignidade de que ele fala não é meramente determinada por um regime – depende de uma certa adesão categorial, isto é, que o sujeito é dotado de um certo status mais que social, algo como inerente a sua própria capacidade normativa. Isso fica evidente principalmente a partir da adesão de Waldron (2013b) a certa interpretação democrática e cosmopolita de Kant, concordando que a ideia de ser um legislador universal equivaleria ao reconhecimento de que cada pessoa pode legislar, interpretar o que é moralmente exigível, e demandar suas reivindicações perante outros.

Essa tese kantiana aderida, soma-se a outra incorporada por Waldron (2012a, p. 53) – emprestada de Fuller – de que os cidadãos (que são dignos) devem ser tratados como autoaplicadores e interpretes do direito, e isso ocorre por conta de uma certa característica normativa das pessoas, de demandar uns perante os outros, e de não serem constrangidas como a animais de um pastoreio.

Essa compreensão da dignidade a partir de Kant e Fuller certamente já não acomoda apenas uma compreensão formal de status. A dignidade passa a ser, invariavelmente, uma certa capacidade moral do sujeito autônomo e reclamante por reconhecimento de sua normatividade. Isso apenas se reforça no terceiro passo da dignidade em Waldron (2013a, p.8): que a dignidade é o elemento da sua leitura do direito como braço da moralidade. Isto é, Waldron, assim como Dworkin, considera que o direito é um ramo da moral, com o diferencial que existe um fundamento que os unifica – e este fundamento é a dignidade como princípio moral.

A dignidade funciona como um fundamento da unidade de valor de modo mais adequado do que a justificativa de Dworkin, pois está alicerçada numa ligação entre capacidade moral e institucionalidade. A dignidade na sua forma final em Waldron (2012a) implica em uma capacidade normativa de interpretar regras e demandá-las perante outrem, que por sua vez também realiza essa reivindicação. Disso desponta uma espécie de rede em que todos se reconhecem como capacitados normativamente. O estado de direito é bem-sucedido quando trata os sujeitos integrantes da sociedade com esse status de uma maneira devida, o que implica na modulação do próprio estado a esses processos, e.g. o direito de escuta, de participação, de tratamento adequado em inquéritos, vedação à tortura, presunção de inocência, entre outras exigências expostas por Waldron (2012c) no artigo *How law protects dignity*. Nesse sentido, a dignidade é uma espécie de status que retém uma condição ou capacidade moral unificadora, de exigências morais sobre a forma do direito – o que reverbera nos procedimentos estatais como virtudes políticas, dentre as quais o estado de direito é uma das principais. Conforme Saade (2019, p. 28-29), o arquétipo que

em Waldron (2010, p. 227) é como símbolo, emblema ou ideia que afeta certo campo do direito, é substituído pela dignidade que funciona como uma espécie de arquétipo que afeta todo o Direito e processos de atuação oficial.

Se a dignidade, então, é um princípio moral unificador, como poderia ela ser meramente formal? É o que se defende neste artigo: que a dignidade, quando refletida a partir da capacidade moral, como nota bem Dan Cohen, implica numa retenção categorial, isto é, todo sujeito possui essa capacidade moral intrínseca a si. Não fosse assim, Waldron não poderia esposar uma compreensão mais universal da dignidade com suas implicações a favor da autonomia e do reconhecimento normativo. Se no primeiro momento – da tese da universalização do rank – Waldron tendia a defender uma concepção que separava a dignidade da moral, com uma defesa de sua relação direta com o direito, torna-se inegável que a dignidade é uma dimensão moral, alicerçada na capacidade moral (normativa), e justificadora do direito como braço da moralidade. Waldron, num primeiro momento, rejeita a relação entre dignidade e moral porque pensa a moral como um conteúdo de valor, que para ele deve estar em disputa no espaço público, e não ser carregada pelo status. Contudo, a dignidade pode se relacionar com a moral de uma maneira aparentemente não-conteudista, mas pela capacidade moral, o que é a tal retenção categorial. A teoria de Waldron acaba por se desenvolver nessa direção, da dignidade enquanto status (a capacidade moral e sua retenção categorial).

Uma vez que a dignidade é fundamental para a concepção do Estado de direito, e está ela ligada à moral de maneira categorial, então se está desafiando que o estado de direito seria meramente formal ou procedimental. A dignidade é um princípio arquetípico do estado de direito, e como tal merece ganhar mais destaque na teoria do estado de direito em Waldron. Defende-se que a dignidade, portanto, é integrante do estado de direito, e de uma maneira especial, porque é o que explica a relação moral, direito e política. Por que isso daria à dignidade um lugar especial? Pelo fato do estado de direito

em Waldron ser pensado em termos de requisitos para uma forma *adequada* do próprio conceito de direito – o que explica que o estado de direito é uma virtude jurídico-política. A definição ótima do direito, para Waldron, não é uma descrição meramente conceitual do direito, mas um conceito que atenda a requisitos, e esses requisitos são, sem dúvida, produtos da implicação moral política da dignidade sobre o direito. Mas essa ligação moral-política que leva a um "acerto de contas" com o conceito de direito não é possível em Waldron sem a dignidade como justificadora do direito como braço da moralidade nos moldes como ele passa a considera-la. Por isso, a dignidade não só merece ser chamada de elemento do estado de direito como também ter seu lugar especial ressaltado.

A primeira posição, portando de Waldron é a de rejeição de qualquer fundamento substantivo. Mas, julga-se neste artigo, não é uma posição que permanece suficientemente forte em Waldron para manter a coerência de seu pensamento. Postema (2022. 104-108), na sua obra *Law's Rule*, defende que o *rule of law* precisa ter uma dimensão substantiva proveniente da justiça. Mesmo que para ele estado de direito e justiça sejam coisas distintas, um leva ao outro, concebendo uma visão compreensiva dos vários âmbitos da constelação política que se entrelaçam, elementos formais, procedimentais do *rule of law* e substantivos da justiça de modo cooperativo. Na posição de Postema (2022, p. 99), a democracia e os direitos fundamentais integram a face de princípios substantivos de justiça que necessariamente interagem com elementos formais.

Como nota Waldron (2023, p. 15), a concepção de Postema está mais para uma espécie de simbiose dos ideais formais e substantivos, do que preocupada com os limites de um ideal ou outro. Consideramos que o apego excessivo de Waldron à questão das fronteiras o conduziu a certas travas metodológicas que não lhe permitiram avançar muito na interação necessária entre os dois aspectos, como Postema (2022) notou. Nisso, notamos duas questões importante. Waldron (2023) responde a essa obra no artigo *From Form and Procedure to Substance in the Rule of Law*. Sua resposta a uma primeira vista parece

permanecer a mesma – essencialmente formal e procedimental –, mas um ponto fundamental muda em seu pensamento. Waldron (2023, p. 8-9), refletindo sobre Postema (2022), admite que pode haver valores substantivos que emergem naturalmente da formalidade e procedimentalidade, mas ele não considera que isso se mistura com uma concepção *thin* de *rule of law*. Em outras palavras, o autor continua a rejeitar uma fundamentação substancial de primeiro plano, mas já admite que de fato elementos formais e procedimentais invariavelmente levam a alguns elementos substantivos. Essa posição de Waldron é próxima à de Postema, com o diferencial que a tal "emergência natural de valores substantivos" não são suficientemente explorados por Waldron – talvez para preservar sua insistência em *questões fronteiriças* –, enquanto que Postema se lança a enfrentar essa emergência que é exatamente uma reflexão sobre a simbiose entre elementos formais e substantivos.

Teria essa distinção, entre elementos primários do estado de direito e aqueles que são consequentes necessários, alguma relevância prática ou mesmo teórica? Do ponto de vista prático, se um consequente deve suceder do estado de direito, então é no mínimo imperiosa a sua realização. E do ponto de vista teórico, se um requisito substancial é uma espécie de derivação necessária, então como poderia isto que é igualmente essencial não integrar os elementos do estado de direito? Esse problema teórico seria como o do triângulo apresentado por Aristóteles (1985): é um consequente necessário que um triângulo implique em ter o somatório dos ângulos internos em 180°. Os 180° certamente não definem o triângulo, mas certamente é uma característica essencial – do mesmo modo, se os elementos substantivos despontam necessariamente dos formais, são eles essenciais destes. Acredito que essa distinção em Waldron seja uma *finesse* conceitual sua, para manter a coerência de tudo que já defendera, mas nem do ponto de vista prático, nem do teórico, há grande utilidade. Considero que Waldron, pela tal emergência natural de valores substantivos precisaria defender que há no *rule of law* sim valores substantivos.

Com efeito, na nossa compreensão, a dignidade em Waldron há muito deixa de ser um mero requisito formal e passa a ocupar outras funções a serem destacadas. Antes de pontuá-las, é preciso destacar que a dignidade em Waldron se torna arquitetônica com o avançar de sua teoria. Isso é notório quanto mais se observa que o autor encontrou, enfim, uma maneira de abrigar a moral dentro da dignidade – o que antes era a dignidade como filha do direito. Esta acomodação da moral veio não como conteúdo moral, mas como capacidade moral, que nele é traduzido como status normativo. Embora essa concepção ainda sustente uma aparente formalidade, ela flerta com uma concepção moral mais forte, afinal, a dignidade em Waldron conduz a uma crítica de práticas sociais cujo *conteúdo* não respeite o tal status normativo ou capacidade moral. Então, embora aparentemente a dignidade não produza conteúdos, de fato ela já tem seus conteúdos "prediletos".

Isso nos lembra o que acima se disse: que do estado de direito formal, Waldron (2023) chega a admitir que existem elementos substantivos que são diretamente emergentes. O mesmo ocorre com a suposta formalidade da dignidade em Waldron, que vai *pedir* certos conteúdos. Isto não é coincidência, pois, diz Waldron (2023, p. 12) o *rule of law* é um certo comprometimento com a dignidade: a dignidade é o elemento que liga moral, direito e política, e o estado de direito, desde Fuller, tem os elementos formais conhecidos por causa da dignidade. A dignidade empresta a estrutura "do formal que exige o substancial" para a fórmula do estado de direito. Portanto, a dignidade desde sempre *exige certos conteúdos*. Isso demonstra que a teoria de Waldron precisa admitir uma compreensão substancial, que ele timidamente apontou como uma espécie de conteúdo que é consequente da dignidade – que, como aduzido, em termos práticos e teóricos não tem grande força de distinção.

A dignidade em Waldron (2007c), então, já não é aquele status meramente social que surgiu na sua teoria como uma tentativa – continuando o projeto de Vlastos (1962) – de universalizar o topo do rank social pela proposta de um procedimento de experimento mental. Mas sua visão procedimental transitou para uma compreensão categorial,

na medida em que a dignidade ultrapassa os elementos convencionais e serve mesmo para criticar as culturas, desde um ponto de vista privilegiado – isto é, a dignidade vai rejeitar certos padrões sociais. A dignidade ultrapassa a dimensão construtivista, e chama para si uma posição que é categorial. Quando se compreende a leitura de Waldron sobre a Kant – e seu conceito de capacidade moral - entende-se que sua leitura da dignidade não pode permanecer meramente construtiva.

Waldron tem uma retenção categorial em sua teoria, que é a compreensão de que há uma dimensão de categoria na dignidade que ultrapassa as contingências e elementos sócio-culturais convencionados. Tal compreensão se aguça quando Waldron expõe que a dignidade possui um elemento reunidor de certas características nos sujeitos, capacidade normativa, exigência de respeito, racionalidade, alteridade, vedação à brutalidade, entre outros aspectos que já dão conta de uma *feição substancial*. Somente uma tal categoria poderia *reunir* predicados a um sujeito. Igualmente, a dignidade não só reúne características, como também torna os indivíduos sujeitos detentores de reivincações, e.g. direitos, deveres, e demandas morais em geral. Então, essa categoria é a capacidade moral, que equivale à capacidade normativa.

Se o sujeito é capaz de normatividade, isto é, demandar certas exigências e interpretações – e se uns frentes aos outros são iguais nesse status – e se tudo isso é possível apenas em função da dignidade, que unifica moral-direito-política, que explica o que é um status normativo, e que explica a reunião de predicados da capacidade moral no sujeito, e o identifica como sujeito normativo, então a dignidade é arquitetônica de toda a teoria do estado de direito em Waldron - e consequentemente de toda sua teoria política e moral, e teoria do direito ela mesma.

A dignidade é arquitetônica e, na linguagem de Waldron, arquetípica, isto é, um fundamento que irradia e amolda todo o Direito – a ponto de Saade (2019, p. 28-29) sustentar que a dignidade substitui os arquétipos particulares de cada área do direito para se tornar uma arquétipo mais abrangente e relevante. A dignidade em Waldron, que

antes rejeitava a moral e abraçava o jurídico, passa não só a admitir a moral como colocar o direito como braço da moral exatamente tendo a dignidade como princípio unificador. O status normativo, se torna uma capacidade moral, e como tal explica a reunião, nos sujeitos, do que é característico desse status, o que define esse sujeito como demandante. Esse status moral serve para julgar que regimes e práticas jurídicas são com eles compatíveis, afinal, a dignidade que é seu fundamento, é arquitetônica e arquetípica, de tal modo que irradia e serve para julgar tais estruturas. E isso está em plena concordância e dependência com a concepção de Waldron – pouco explorada por ele – que existem valores substantivos que emergem naturalmente dos elementos formais.

Isso nos leva à conclusão que existem valores e estruturas necessárias, e outras absolutamente incompatíveis com a dignidade pelo seu traço irradiante – numa rede de relacionamento normativo. O que seriam esses valores necessários senão conteúdos da dignidade? A única defesa de Waldron seria ainda sua finesse conceitual, que se mostrou sem muita força teórica ou prática. Uma vez que este texto transpôs essa barreira, é forçoso reconhecer que a dignidade tem sim um conteúdo valorativo, que ela é o fundamento substancial do Estado de Direito. Todo o pensamento do estado de direito como um conjunto de estruturas é relativa ao respeito pela dignidade, por uma certa deferências ao trato que a dignidade exige, que é seu próprio conteúdo imperativo, a imperatividade da normatividade do sujeito que precisa ser tratado como tal. A abjeção da brutalidade, a escuta, a participação, o sujeito atuante como aplicador e intérprete, essencialmente normativo-relacional, *sumarizam* o conteúdo substantivo da dignidade que reúne no sujeito todos esses predicados e valores.

A função arquetípica da dignidade espraia por toda a parte da vida humana uma exigência normativa que tem sua aplicação própria a cada uma das esferas, moral, direito ou política. Essa afetação da dignidade tem um sentido crítico que está diretamente relacionada ao sentido substancial que se reivindica, neste artigo, existir. Ora, um procedimento judicial que não ofereça aos sujeitos um direito

de escuta, certamente se desvia da vinculação à dignidade, e, pode-se dizer mesmo, trata-se de uma estrutura inadequada para a vida em sociedade. Ora, esse senso crítico, é o mesmo que, aos olhos de Waldron, permite pensar reformas sociais e julgar culturas e práticas sociais de uma maneira supralocal, e isto se deve a duas características que se afirma estarem presentes na teoria da dignidade de Waldron: suas características categorial e substancial.

CONCLUSÃO

A investigação a respeito da relação entre estado de direito e dignidade em Waldron precisou passar por várias partes da sua argumentação. Desde a compreensão de que o conceito de direito deve ser esclarecido pelo de estado de direito, passando pela rejeição da propriedade privada como fundamento substantivo, até a afirmação que a teoria de Waldron progride na direção de incompatibilidade com uma mera interpretação formal e procedimental do *rule of law*. A tese central deste artigo, portanto, é que a o *rule of law* em Waldron não só precisa de uma fundamentação substantiva, como também que esse fundamento já está na teoria do autor e se trata da dignidade, na medida em que funciona como uma função arquetípica e que explica a compreensão do direito como braço da moralidade, aliada a toda a argumentação desenvolvida.

A dignidade dá forma à virtude do Direito, que se chama Estado de Direito, muito por sua dimensão substancial que amolda as práticas. Conforme está presente em várias partes de sua teoria, Waldron sustenta que as estruturas como processos – direito de escuta, contraditório – e valores mais fundamentais – como o repúdio à tortura e à brutalidade e humilhação – são formas institucionais para proteger a dignidade. Mas se pode dizer, complementarmente, que a dignidade é o fundamento formal e substancial a explicar por que as estruturas sociais precisam adquirir uma forma determinada e esposar certos valores. Para garantir o Estado de direito é insuficiente

a mera formalidade, são necessários valores substantivos. Essa *forma adequada* que respeita a dignidade é uma espécie de virtude político-jurídica. A dignidade exige, por sua virtude, um estado de direito do qual emerja certos valores substanciais.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Organon* (IV. Analíticos Posteriores). Lisboa: Guimarães Editores, 1985.

BRITO, Ari Ricardo Tank. O liberalismo clássico. In: RAMOS, Flamarion Caldeira et al (coord.). *Manual de Filosofia Política.* 4ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2021.

DAN-COHEN, Meir. Introduction: Dignity and Its (Dis)content. In: WALDRON, Jeremy, et al. *Dignity, rank, and rights*. Oxford University Press on Demand, 2012, p. 4-10.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Harvard University Press, 1986.

FLORES, Imer B. The legacy of Ronald Dworkin (1931-2013): a legal theory and methodology for hedgehogs, Hercules, and one right answers. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho,* n. 9, p. 157-192, 2015.

HART, H.L.A. *The Concept of Law*. 3 Ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 100.

LOCKE, John. Carca acerca da Tolerância. In: *Coleção Os Pensadores (vol. 18).* São Paulo: Abril Cultural, 1973.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MORBACH, Gilberto. *A terceira via de Jeremy Waldron*. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo. 2019.

VLASTOS, Gregory. Justice and Equality. In: BRANDT, Richard B (Ed.). *Social Justice*. Prentice-Hall Englewood Cliffs, NJ, 1962. p. 31-72

WALDRON, Jeremy. The rule of law in contemporary liberal theory. *Ratio Juris,* v. 2, n. 1, p. 79-96, 1989.

_____. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press. 1999

_____. Legislation and the Rule of Law. *Legisprudence*, v. 1, n. 1, p. 91-123, 2007a.

_____. The Rule of Law as a Theater of Debate. In: *Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin.* 2 Ed. Blackwell Publishing, 2007b, p. 319-336.

_____. Dignity and Rank. *European Journal of Sociology*, v. 48, n. 2, pp. 201-237, 2007c.

_____. Can there be a democratic jurisprudence. *Emory lj,* v. 58, p. 675, 2008a.

_____. The Concept and the Rule of Law**.** *Georgia Law Review,* Forthcoming, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 08-50, 2008b.

_____. The rule of law and the importance of procedure. *Getting to the Rule of Law,* v. 3, p. 4-5, 2011.

_____. *Dignity, rank, and rights*. Oxford University Press on Demand, 2012a.

_____. *The Rule of Law and the Measure of Property.* New York: Cambridge University Press, 2012b.

_____. How Law Protects Dignity. *The Cambridge Law Journal*, vol. 71, 2012c.

_____. Jurisprudence for hedgehogs. *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, n. 13-45, 2013a.

_____. Citizenship and Dignity. New York University School of Law, *Public Law Research Paper* No. 12-74, Jan. 2013b. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=2196079.

NORMATIVIDADE JURÍDICA E VALIDADE: UMA QUESTÃO AINDA CONTROVERSA PARA O POSITIVISMO JURÍDICO

NORMATIVITY OF LAW AND VALIDITY: A STILL CONTROVERSIAL ISSUE FOR LEGAL POSITIVISM

Leandro Garcia Algarte Assunção[1]

RESUMO | O presente artigo pretende, fundamentalmente, discorrer sobre a questão da normatividade do direito pensada a partir da ideia de "norma suprema", bem como as correspondentes dificuldades que o positivismo jurídico apresenta para explicar a normatividade jurídica a partir do argumento de que todo e qualquer sistema normativo do direito se assenta no pressuposto da existência de uma "norma suprema". A despeito das críticas metodológicas formuladas nesse sentido, o texto sustenta o argumento de que um dos objetivos do positivismo jurídico é explicar a normatividade jurídica pensada como a capacidade que o direito possui de legitimamente fornecer razões para agir aos integrantes da comunidade política. Tomada esta premissa, objetiva-se demonstrar que, apesar das dificuldades mencionadas, o positivismo jurídico apresenta respostas teóricas capazes de justificar a normatividade do direito, por meio da teoria da autoridade (Joseph Raz) e de uma renovada compreensão da tese da separabilidade (John Gardner e Leslie Green).

PALAVRAS-CHAVE | Positivismo jurídico. Normatividade do direito. Obrigação jurídica. Norma suprema.

ABSTRACT | *The present article aims, primarily, to discuss the issue of the normativity of law based on the idea of a "supreme norm", as well as the corresponding difficulties that legal positivism faces in explaining legal normativity at the argument that all normative systems of law rest on the assumption of the existence of a "supreme norm". Despite the methodological*

1 Grau acadêmico: doutorando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Vínculo institucional: Universidade Federal do Paraná (UFPR). País: Brasil. E-mails: lg_assuncao@hotmail.com; leandro.assuncao@ufpr.br.

criticisms leveled in this regard, the text supports the argument that one of the aims of legal positivism is to explain legal normativity as the capacity of law to legitimately provide official agents and citizens of the political community with reasons to act. Given this premise, the article seeks to demonstrate that, despite the difficulties mentioned above, legal positivism offers valid theoretical explanations for the normativity of law, particularly through the theory of authority (Joseph Raz) and a renewed understanding of the separability thesis (John Gardner and Leslie Green).

KEYWORDS | *Legal positivism. Normativity of law. Supreme norm.*

1. INTRODUÇÃO

Como principal secularista de seu tempo, Thomas Hobbes é considerado o responsável primeiro da defesa da tese de que o direito tem sua origem e extrai seu poder vinculante a partir da existência de uma entidade soberana dotada de autoridade política legítima. Mais que definir o direito como um "sistema de leis", Hobbes sustenta que a característica fundamental do direito decorre da constatação de que as leis civis são aquelas que os homens são obrigados a observar não porque integram este ou aquele Estado, mas porque são *membros de um Estado*. A concepção de direito em Hobbes, desta forma, encontra-se atrelada à constituição de um Estado representado pelo detentor (um único indivíduo ou um conjunto de indivíduos) do poder soberano central, com autoridade legítima para impor suas prescrições traduzidas em regras ou "leis civis" por meio do uso da coação e da força, bem como atrelada também à ideia de que, por decorrer de uma convenção social, o direito é fenômeno objetivamente verificável no âmbito do mundo exterior e reconhecido como um fato da autoridade voltado a garantir a paz social por meio, também, da certeza produzida por um direito derivado do poder soberano central do Estado.

H. L. A. Hart, talvez o maior teórico do Direito do século passado, professor titular da cadeira de teoria de direito da Universidade de Oxford, teve papel decisivo em uma forma de compreender o Direito

pensada a partir da relação do Direito com o uso da linguagem. Essa viragem metodológica desenvolvida por Hart ao pensar o conceito de Direito com base nos postulados da filosofia analítica da linguagem significou, antes de mais nada, a capacidade agora de estabelecer descrições jurídicas que sejam, ao mesmo tempo, objetivas e dependentes da perspectiva dos sujeitos de acordo com a linguagem (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 69).

Esta longa tradição filosófica compartilhada por ambos não se restringe apenas ao fato de que rejeitam a existência de um direito natural que condiciona metafisicamente a produção jurídico-normativa de uma dada sociedade. Cada qual a seu modo, compartilham também a existência de um pacto entre os integrantes dessa sociedade que, em último estágio, permite a constituição de um poder central detentor de capacidade e competência para zelar por sua segurança. Com Hobbes tem início este pensamento teórico, marcado pela identificação do direito com a vontade daquele que detém o poder soberano e pelo reconhecimento de sua expressão concreta por meio da atividade humana calcada em uma convenção social (BOBBIO, 1995, p. 35; DIMOULIS, 2006, p. 69).

Uma reflexão mais profunda acerca da normatividade jurídica engloba uma abordagem a respeito da descrição conceitual do fenômeno jurídico bem como a compreensão acerca da autoritatividade como característica indispensável desta descrição conceitual do direito (a existência de uma "natureza autoritativa do direito"). A compreensão da normatividade jurídica pelos mais diversos sistemas de direito é vital, deste modo, para uma descrição conceitual válida do direito. Contudo, mesmo um recorte mais restrito à questão da normatividade a partir do papel de uma "norma suprema" não pode prescindir de uma abordagem metodológica que observe, na linha apresentada por Joseph Raz em seu "*Ethics in the public domain*", a identificação das perspectivas teóricas do positivismo jurídico calcadas na explicação da validade dos sistemas jurídicos em geral a partir de uma norma suprema e de que forma os teóricos juspositivistas procuram entender e explicar a normatividade do direito sob esta ótica – a demandar, de

certo modo, uma abordagem metodológica de cunho institucional (RAZ, 1994, pp. 201-204).

Na primeira seção (item nº 2) deste artigo pretende-se destacar as bases teóricas do positivismo jurídico, em particular detalhadas em face do histórico e do contexto de seu desenvolvimento, bem como também discorrer sobre como os fundamentos filosóficos tidos como base do pensamento juspositivista procuram apresentar soluções, de forma plausível, aos problemas a envolver a normatividade do direito.

Na segunda seção (item nº 3), além de procurar detalhar de modo mais preciso as teses positivistas da separabilidade e da incorporação (esta última, decorrente da perspectiva inclusivista do positivismo jurídico), pretende-se demonstrar como o positivismo jurídico – em especial as propostas de seus principais expoentes, Hans Kelsen e Herbert Hart – apresenta significativas dificuldades teóricas em justificar a normatividade do direito com base na tese da separação e na distinção entre validade e eficácia desde uma abstração absoluta entre direito e moral, a partir do uso de uma "norma suprema" para identificar o direito e diferenciá-lo de outras ordens normativas. Entretanto, buscar-se-á sustentar que, superadas estas objeções, o positivismo jurídico permanece sendo uma proposta teórica capaz de explicar conceitualmente o fenômeno jurídico e, sobretudo, justificar a normatividade do direito, desde que fundamente a normatividade jurídica não apenas por meio de um propósito eminentemente descritivo do direito, mas como um fenômeno capaz de influenciar as razões para agir dos sujeitos que não pela simples coerção, a considerar assim a legitimidade dos comandos como algo (também) moralmente justificado. Nestes termos, destarte, objetiva-se apresentar as considerações finais.

2. BASES TEÓRICAS DO POSITIVISMO JURÍDICO: HISTÓRICO E CONTEXTO, E A TAREFA DE DESCREVER O DIREITO

Aparenta ser uma premissa robusta a afirmação de que nas sociedades modernas definidas a partir da ideia de Estado de Direito não existe interação social capaz de se dar fora do âmbito da normatividade jurídica, assim como também não existe democracia em termos contemporâneos que não seja compreendida pela via da institucionalidade. A capacidade de impor prescrições que veiculam determinado conteúdo aos componentes de uma dada comunidade política é conferida via de regra a um conjunto de instituições sociais detentoras do poder legítimo (ou que se pretende legítimo) de impor comportamentos aos sujeitos por meio de razões suficientemente fortes a fazer com que estes, mesmo dotados de autonomia e racionalidade, coloquem de lado suas próprias razões objetivas substituindo-as pelas razões para agir fornecidas por esse conjunto de instituições sociais que, em última análise, constituem o próprio Estado.

A compreensão do contexto em que se procurará delimitar as premissas e as teses centrais do positivismo jurídico parte da perspectiva de que se trata o juspositivismo de uma construção teórica descritiva do direito, vale dizer, procura descrever o funcionamento do fenômeno jurídico tal como este se apresenta, não sendo, em princípio, uma construção valorativa ou avaliativa do direito ou, mais diretamente, do melhor ou mais justo direito possível (DIMOULIS, 2006, p. 66). O positivismo jurídico caracteriza-se, então, como a corrente teórica que estuda a existência e a validade do direito positivo, tanto das regras jurídicas como dos ordenamentos jurídicos em si. Entender esta construção teórica como descritiva é passo inicial inafastável. Antes, todavia, um breve recorte histórico se mostra interessante no sentido de indicar como as bases filosóficas que compõem o positivismo jurídico se consolidaram durante esse processo de evolução temporal. Como aponta Gardner (2001, p. 199), não há nada filosófico em afirmar positivistas jurídicos como um grupo ao menos que exista um conjunto de premissas assumidas por todos eles.

Em primeiro plano, o positivismo jurídico como reação ao jusnaturalismo, com forte caráter racionalista. Com efeito, a ideia de uma concepção teórica do direito baseada em referências metafísicas de conexão inafastável entre as regras postas e a noção de justiça entra em crise no final do século XVIII, exatamente com a ascensão da perspectiva juspositivista que se contrapôs ao plexo de teorias que, com base na concepção de direito natural, sustentava que a lei positiva somente manteria sua qualidade de jurídico atendendo ao conjunto de princípios e prescrições de caráter geral comumente denominado "direito natural" – ou, nas palavras de Sgarbi (2021, p. 341), quando a se tem a "natureza como origem de padrão normativo que se impõe às leis do homem".

Em segundo lugar, com a Era Moderna, o Estado passou a concentrar o monopólio da produção normativo-jurídica assegurada pelo determinante fator do uso exclusivo da força por meios oficiais de coerção em caso de descumprimento das ordens por ele produzidas e emanadas. O direito, dotado assim de características como coercibilidade e imperatividade, e tendo sua produção veiculada exclusivamente à existência de uma autoridade normativa dotada de legitimidade política capaz de determinar a imposição de sua vontade (soberana) àqueles que, na condição sujeitos integrantes de uma dada comunidade política, submetem-se ao conteúdo normativo destas determinações normativas dotadas de legitimidade, torna-se institucionalmente apto a impor prescrições que veiculam determinado conteúdo a esses sujeitos. Conforme explica Joseph Raz, ao se examinar sistemas normativos institucionalizados, o foco não pode estar em qualquer instituição criada por normas, mas em um tipo específico e próprio de instituições as quais não são apenas estabelecidas por normas, mas cujo propósito último é criar e aplicar normas. Thomas Hobbes sustenta uma concepção de direito que se encontra atrelada à constituição de um Estado representado pelo detentor do poder soberano central, com autoridade para impor suas prescrições traduzidas em regras ou "leis civis" por meio do uso da coação e da força, bem como atrelada à ideia de que, por decorrer de

uma convenção social, o direito é objetivamente verificável no mundo exterior e reconhecido como um fato da autoridade voltado a garantir a paz social.

A relação social que caracteriza o Estado moderno, aponta Faggion (2017, p. 36/37), concentra-se no "fato de sermos confrontados com normas que nos serão impostas pelo Estado, independentemente de nosso desejo de aderirmos ou não a elas". Nesse sentido, o que marca decisivamente o Estado moderno em sua relação com o direito produzido como expressão de sua vontade dirigida ao conjunto de sujeitos normativos (ou súditos) é a "compreensão da natureza da autoridade" entendida como uma "capacidade de alteração de estados normativos" (FAGGION, 2017, p. 39/41). Para o positivismo jurídico, destarte, o direito é um fenômeno social produzido exclusivamente pela atividade humana enquanto mecanismo regulador das relações sociais, tem sua origem a partir de determinações emanadas de uma autoridade normativa legitimada pela própria comunidade política que, portanto, detém poder de impor obrigações àqueles que se encontram sob sua incidência, e, ainda, é distinto da moralidade e em absoluto dela dependente para extrair sua validade e afirmar sua própria normatividade.

O modo como o juspositivismo concebe a atribuição de normatividade jurídica está intrinsecamente atrelado à defesa de suas duas teses centrais: a *tese das fontes* e a *tese da separabilidade entre direito e moral*. Contudo, o desafio é certamente complexo na medida em que a compreensão contemporânea das fontes como legitimadas a conferir normatividade jurídica (validade) a normas sociais e da existência de uma conexão necessária entre direito e moral em alguma medida, torna capaz de conduzir a conclusões que podem colocar em disputa o próprio núcleo central do positivismo jurídico sobre a natureza do direito, enquanto proposta teórica.

De um lado, ao se falar contemporaneamente em "tese das fontes", já não mais parece satisfatório afirmar ser suficiente o reconhecimento de que o direito é produto da atividade humana e capaz de estabelecer obrigações jurídicas das quais decorram deveres cuja

observância é impositiva mediante coerção[2]. Ter origem em fontes sociais significa ser produzido com base em arranjos institucionais previamente definidos e aceitos na regra de reconhecimento dotados de natureza autoritativa (sejam normas primárias ou secundárias), com a especial capacidade de substituir ou afastar o balanceamento de razões na tomada de decisões por parte do sujeito normativo integrante da comunidade política respectiva, e com estes *standards* dotados de normatividade jurídica – e, portanto, componentes de um ordenamento dotado de organização sistêmica – servindo como "razões excludentes". Procedimentos formais de atribuição de validade jurídica por meio de processo de positivação previamente estabelecido (no formato teste de *pedigree*), por si, demonstram-se parte de um mecanismo institucional já insuficiente para abarcar todo o complexo processo de normatividade identificado em sistemas jurídicos atuais. A ideia de coerção, a despeito de importante, não seria sequer central para uma teorização do direito baseada na tese das fontes: o correto delineamento da natureza do direito deve considerar a noção de razões jurídicas autoritativas, vale dizer, o direito também deve ser entendido como produtor de razões para agir capazes de internalização e aceitação.

Por seu turno, ao se analisar a "tese da separabilidade" no atual contexto da teoria do direito, deve-se ir além da premissa da não conexão necessária entre direito e moral para compreender a normatividade jurídica – sobretudo quando pensada a partir da teoria da autoridade e do direito como uma realidade normativa que produz razões para agir. Há uma diferença conceitual significativa entre sustentar que a aferição de validade a normas jurídicas independe a

2 "Às vezes, no entanto, o direito pode não servir apenas para lembrar ou informar as pessoas de uma norma preexistente, mas pode ter um poder mais evidente de modificação do comportamento. Ou seja, o próprio fato da aplicação do direito pode alterar o comportamento das pessoas de forma mais direta e influenciada por sanções. E, como consequência, a mudança de comportamento induzida pela ameaça de sanções pode, por sua vez, ter um efeito causal de longo prazo e 'independente-de-sanções' nas inclinações comportamentais delas" (SCHAUER, Frederick. **A força do direito**. Tradução André Luiz Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2022, p. 223).

rigor da moralidade e afirmar que não existem conexões conceituais necessárias de qualquer tipo entre direito e moralidade. Tais assertivas não expressam a mesma coisa. Mas são em geral entendidas como similares. Positivistas jurídicos, afirma Green (2008, p. 1.036), não estão preocupados em apresentar recomendações ou oferecer conselhos aos políticos e juízes sobre como devem elaborar padrões de comportamento sob a forma de diretivas ou sobre como devem julgar casos concretos. Estão buscando compreender e explicar a natureza do direito. Portanto, uma coisa é afirmar que a neutralidade metodológica fornecida pelo positivismo jurídico significa somente que uma teoria a respeito da natureza do direito não deve estar pré-compromissada com valorações acerca do "peso moral" do direito; outra, conceitualmente bem distinta, é reivindicar que não há sob qualquer aspecto algum tipo de conexão conceitual entre direito e moralidade.

Embora não seja o propósito deste trabalho debruçar-se sobre a tese da separabilidade e seus mais recentes debates, trata-se de ponto fundamental tanto para a normatividade jurídica como para uma descrição conceitual válida do fenômeno jurídico. Fundamental, também, é o reconhecimento de que existe uma conexão necessária entre direito e moral quando esses são necessariamente semelhantes de algum modo (GARDNER, 2001, p. 223). Seja quanto à validade do próprio sistema, seja quanto à legitimidade da autoridade normativa (de forma autêntica ou exercendo a pretensão de ser legítima) ou das próprias fontes produtoras das diretivas normativas, ou mesmo em diversos outros aspectos teóricos ou de razão prática, a verdade é que há diversos pontos de análise em que direito e moralidade apresentam conexões necessárias, algo imprescindível para uma adequada teoria do direito. Isto porque a moralidade tem seu próprio conteúdo, e alguns objetos desse conteúdo necessariamente são também objeto do direito (GREEN, 2008, p. 1.047). Há, portanto, diversas e relevantes relações necessárias entre direito e moralidade, conclusão que tem exigido uma profunda revisão da tese da separabilidade.

As propostas teóricas de John Austin, Hans Kelsen e Herbert H. L. A. Hart – em especial os dois últimos – estão centradas na tese de que a normatividade do próprio direito e o reconhecimento da validade jurídica de um dado sistema de normas (bem como de cada uma delas, individualmente considerada) decorrem de uma norma última a partir do qual todo e qualquer sistema jurídico se constrói, constitui e se estabelece. Com efeito, as principais propostas teóricas do positivismo jurídico aqui referidas sustentam ao mesmo tempo que o direito é produzido por meio de fatos sociais através de fontes autorizadas para sua produção, que o direito não depende da moralidade para afirmar sua validade sistêmica e a validade de suas normas institucionalizadas, e que extrai esta validade de uma norma primeira que se encontra fora do próprio sistema e lhe confere normatividade. Para Hans Kelsen, este último ponto encontra explicação na "norma hipotética fundamental". Já para Herbert Hart, na "regra de reconhecimento". Aqui a questão filosófica sobre a legitimidade de um sistema jurídico – ou melhor, sobre como se sustenta teoricamente este sistema –, e de como as normas jurídicas necessariamente integram um todo ordenado.

Nas palavras de Kelsen,

> "a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas" (KELSEN, 2015, p. 221).

Hart, de sua vez, ao desenvolver conceitualmente sua explicação a respeito do que denominou de *rule of recognition* (regra de reconhecimento, uma das espécies de norma secundária de acordo com sua classificação) afirma que "um critério de validade jurídica ou fonte do direito é supremo se as normas identificadas mediante referência a ele são ainda reconhecidas como normas

do sistema" (HART, 2012, p. 136), ainda que conflitem com outras normas identificadas por meio das fontes; por seu turno, ao explicar a característica de norma última da regra de reconhecimento, aponta que ao se buscar a validade jurídica de uma dada norma e se deparar que seu fundamento normativo deriva da atuação legislativa do Parlamento como órgão oficial dotado de autoridade para produzir leis gerais enquanto representante da Coroa (no caso inglês), então

> "devemos cessar as indagações concernentes à validade, pois atingiremos uma norma que (...) oferece critérios para a avaliação da validade de outras normas, mas difere delas pelo fato de que não existe outra norma que forneça critérios para a avaliação de sua própria validade jurídica" (HART, 2012, p. 138).

A questão de pesquisa colocada neste artigo busca enfrentar o problema da normatividade jurídica explicada a partir da tese da "norma suprema", postulado central do positivismo jurídico contemporâneo. A referência conceitual de normatividade jurídica tomada nesta perspectiva se relaciona com a capacidade que as normas produzidas pelo direito têm de determinar comportamentos, modificar expectativas, impor obrigações de forma legítima e vincular tanto as razões para agir como as ações concretas aos comandos contidos em tais normas a quem a ele (direito) se sujeita. Em uma curiosa passagem de "*O conceito de direito*", Hart (2012, p. 135) assinala que a declaração de que uma norma é válida juridicamente a rigor atribui a essa norma uma "propriedade misteriosa" impossível de ser demonstrada empiricamente, ou então confere apenas uma "previsão" acerca do comportamento futuro daquelas autoridades oficiais designadas para realizar sua aplicação concretamente. A descrição que se denota possível ser feita em um quadro desta ordem parte do reconhecimento da existência de um conjunto de instituições sociais detentoras do poder legítimo (ou que se pretende legítimo) de impor

comportamentos aos sujeitos por meio de razões suficientemente fortes a fazer com que estes, mesmo dotados de autonomia e racionalidade, coloquem de lado suas próprias razões objetivas substituindo-as pelas razões para agir fornecidas por esse conjunto de instituições sociais que, em última análise, constituem o próprio Estado.

Descrever e explicar adequadamente este processo é indispensável para assimilar a autoridade do direito e, em decorrência, sua natureza, em especial porque a análise, como indicado, centra-se na constituição do Estado na era moderna (RENZO; GREEN, 2022). Prefacialmente, obrigações decorrentes do direito evidentemente não são razões disponíveis para escolha do sujeito de modo a integrar um juízo de balanceamento de razões como etapa anterior da tomada de decisão e realização da ação concreta. São, de fato, razões, mas a normatividade que lhes marca confere um patamar especial em termos de razão prática e escolha racional. Padrões normativos produzidos pelo direito (vale dizer, diretivas dotadas de normatividade jurídica) não podem ser entendidos em sua abrangência apenas como eventuais razões disponíveis. Por isso a explicação sobre a sua normatividade é tão importante. Para o positivismo jurídico, normas jurídicas de fato são capazes de impor obrigações e deveres aos sujeitos normativos, mas não por conta do mérito de seu conteúdo, ou (pelo menos desde Hart) pela decorrente aplicação da sanção respectiva em caso de seu descumprimento.

E como então o positivismo jurídico justifica a normatividade do direito? Sob uma perspectiva, objetiva descrever o direito como uma prática social que se constitui como um conjunto de normas identificáveis e passíveis de diferenciação pelo "ponto de origem" que marca a criação de cada uma delas, e, sob outra perspectiva (não mais descritiva, mas agora normativa), busca explicar que o direito possui uma normatividade tal capaz de convencer os membros de determinada comunidade política a obedecer seus comandos por simplesmente aceitarem aquilo como o direito da comunidade, mesmo quando desconsiderem a possibilidade de uso da coação para obrigá-los a agir de acordo com as determinações normativas constantes

neste comando. Hart, em especial, afirma que esta explicação do direito como uma prática social institucional dotada de normatividade própria, para ser suficiente, deve demonstrar como o direito é percebido, entendido e aceito pelas pessoas que vivem e convivem sob a incidência de sua autoridade – Hart chama isto de "ponto de vista interno do direito".

Sem pretender produzir um ataque direto aos fundamentos delineadores da tese da norma suprema sustentadas pelas teorias juspositivistas mais proeminentes, objetiva-se aqui buscar demonstrar, ao menos em parte, a dificuldade apresentada pelo positivismo jurídico em justificar e mesmo explicar conceitualmente a normatividade jurídica com base na ideia de uma norma suprema pressuposta ou aceita como questão de fato que confere validade jurídica a todo um sistema, mas que, ela mesma, não apresenta qualquer traço de normatividade nesse sentido. Esta a noção de normatividade destacada por Barzotto (1999, p. 138): se a compreensão do que é jurídico for identificada por mero recurso à ação daqueles que detém o monopólio do aparato da coerção, assume-se o grave risco de reconhecer como jurídico tudo o que emana do poder independentemente do exame de sua legitimidade ou das formas das práticas de coerção baseadas no exercício do poder, colocando então os seres humanos e tudo o que estiver sujeito à sua incidência em posição de "presas de uma força imprevisível".

3. SEPARABILIDADE, INCORPORAÇÃO E NORMATIVIDADE JURÍDICA: OS DESAFIOS DO POSITIVISMO JURÍDICO A PARTIR DA IDEIA DE "NORMA SUPREMA" PARA IDENTIFICAR O DIREITO

O positivismo jurídico, enquanto proposta teórica preocupada fundamentalmente em descrever o fenômeno jurídico, compreende o direito a partir da concepção de norma e, neste sentido, assim o define como um sistema de normas hierarquicamente dispostas cujo fim

último é regular os interesses em jogo que definem as relações sociais que se estabelecem em uma dada comunidade política justamente de modo a permitir respostas adequadas para os problemas de convivência mínima, cooperação social e coordenação. Kelsen (2015, p. 34) assevera que as normas de uma determinada ordem jurídica "regulam a conduta humana" ou, mais diretamente, regulam as condutas recíprocas dos indivíduos, sendo este o objeto e propósito de toda regulamentação de natureza jurídica[3]. Ademais, porém, também Kelsen (1945, p. 131) afirma que toda norma jurídica é "fonte" de outra norma jurídica que tem sua própria criação regulada pela primeira – vale dizer, confere à segunda normatividade jurídica sob a forma de validade na medida em que define seu processo de criação e o conteúdo da futura norma.

Algo semelhante se verifica na obra de Hart. Com efeito, Hart busca explicar que seu uso da expressão "regra de reconhecimento" significa, conceitualmente, sua versão teórica sobre a ideia fundante de que um sistema jurídico nacional é uma estrutura de regras de *textura aberta* que por sua vez tem por fundamento "uma regra que é, juridicamente, a última no sentido de que fornece uma série de critérios pelos quais, em última instância, avalia-se a validade das regras subordinadas do sistema" (HART, 2010, p. 404).

Kelsen, Hart e os principais expoentes contemporâneos do positivismo jurídico em todo o mundo afirmam suas propostas teóricas acerca do fenômeno jurídico sob a influência de duas premissas indeclináveis. De um lado, o compromisso teórico de descrição do direito, de identificação de seus pontos distintivos frente a outras ordens normativas. Aqui, não por acaso, Kelsen (2015, p. 80)

3 "Uma 'ordem' é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem" (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. 5ª tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 33).

sustenta que o objeto da ciência jurídica é precisamente descrever as normas jurídicas produzidas por meio de atos de conduta humana cuja finalidade é ser aplicadas (e observadas) também por atos de conduta, o que acaba por descrever reflexamente as próprias relações sociais constituídas através das normas jurídicas. Portanto, "[a] ciência jurídica (...) apenas pode descrever o direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), *prescrever* seja o que for" (KELSEN, 2015, p. 82, grifo no original).

De outro, reforçando ponto já antecipado, que o direito é um sistema de regras primárias[4] e secundárias[5] estabelecidas em relação hierárquica de onde cada norma jurídica hierarquicamente inferior retira sua validade de uma norma superior, e este sistema normativo encontra na *norma suprema* ou *norma última* o seu fundamento último de validade e a própria determinação de sua normatividade. Um dos desdobramentos lógicos desta premissa é que o direito constitui uma realidade sistemático-normativa que não depende da moralidade ou qualquer outra construção social para existir autonomamente e para extrair a validade de suas normas ou mesmo do próprio ordenamento por elas formado.

Mas também é indispensável apontar que o entendimento sobre a natureza do direito apresentado pelas principais linhas do positivismo jurídico (ao menos em minha compreensão) precisa considerar algum tipo de explicação teórica acerca do que representa o direito e suas diretivas normativas sobre o raciocínio prático. O direito dotado de natureza autoritativa deve ser pensado em sua relação com a razão prática. Exatamente por isso Raz sustenta que toda teoria do direito toma por fundamento, de forma explícita ou implícita, uma referência teórica de racionalidade de prática (FAGGION, 2021, p. 14). Neste passo,

4 Aquele tipo de norma jurídica compreendida como ordem ou comando diretos, vale dizer, normas que determinam condutas e ações sob pena de incidência de sanção correspondente prevista na própria norma para casos de sua não observância.

5 Aquele tipo de norma jurídica que define os critérios para que as normas primárias possam ser criadas, modificadas, excluídas, interpretadas, aplicadas e fixadas como padrão concreto de observância.

importante vislumbrar que em termos de autonomia moral do sujeito é racionalmente aceitável que razões distintas ou mesmo opostas para agir convivam dentro do mesmo espectro de decisão desde que a ação seja guiada pela razão preponderante, ainda que o agente com ela não se conforme. O que torna o direito relevante para a compreensão da razão prática é, conforme já apontado acima, o conceito de autoridade na perspectiva raziana, vale dizer, a capacidade que tem o direito – fulcrado na autoritatividade de suas diretivas – de produzir razões para agir dotadas de tal grau de preferência que afastam todas as demais razões pertinentes possíveis. Ou seja, a capacidade do direito de produzir razões exclusionárias dotadas, por óbvio, de normatividade.

O que torna o direito de observância obrigatória? Como o direito é capaz de criar obrigações a todos aqueles sob sua incidência em uma dada comunidade política a ponto de determinar a vinculação dos comportamentos destes ao comando expresso? A imposição do comando da norma jurídica por parte da estrutura administrativa do Estado detentora do "monopólio da coação conferido pela comunidade jurídica" (KELSEN, 2015, p. 39) diante de eventual discordância quanto ao seu conteúdo ou mesmo seu descumprimento deliberado, certamente é dado relevante na busca de uma descrição minimamente assertiva do que consiste o direito. Contudo, não se trata de elemento central para a caracterização da natureza do direito.

A diferenciação entre o direito e outras ordens normativas sociais – tal qual a diferenciação entre o Estado e grupos criminosos que exercem a força e impõem sua vontade como razão prática independentemente de aceitarem o fato de que não detém o monopólio para seu exercício naquela comunidade política – decorre da circunstância de o direito expressar *normatividade jurídica*.

Raz, por exemplo, entende que *razões para agir* são as razões que explicam nosso comportamento porque guiam e atuam como valoração para as condutas. A partir disto, singulariza as razões para agir em "razões de primeira ordem" e "razões de segunda ordem". Uma razão de primeira ordem é uma razão que informa a ação do sujeito, determina de que maneira esta ação se concretizará e é baseada

na busca de satisfação de vontades, desejos e interesses capazes de atender as finalidades colocadas pelo próprio sujeito para tornar sua vida uma experiência com sentido, um algo que valha a pena ser vivido. Como apontei em outro texto, razões de primeira ordem são razões para agir aptas a permitir certo tipo de "sopesamento lógico ou ponderação entre elas, de modo que o sujeito pode racionalmente comparar razões conflitantes, decidir-se por uma em detrimento da outra, e determinar seu agir concreto a partir da razão escolhida" (ASSUNÇÃO, 2022, p. 102).

A definição do que são razões de segunda ordem, giro outro, parte inicialmente da compreensão conceitual de que "nem todos os conflitos são de mesma natureza ou de mesmo plano" (ASSUNÇÃO, 2022, p. 103). Segundo Raz, "uma razão de segunda ordem é qualquer razão para agir ou abster-se de agir com base em uma razão" (RAZ, 2010, p. 31). A ponderação entre razões fica afastada, e é substituída por uma razão (de segunda ordem) que determina o agir sem qualquer referência ao eventual produto da ponderação. Raz vai além: em determinadas circunstâncias, razões de segunda ordem não são somente razões excludentes (da ponderação ou de outras razões), mas são também protegidas.

A linha teórica construída por Joseph Raz tem na "Tese da Autoridade" um de seus fundamentos centrais e na concepção de *autoridade como serviço* uma busca conceitual sobre o que é o direito. Não é exatamente a preocupação aqui tratar deste ponto, especificamente, a despeito de esta proposta teórica se colocar como uma das possíveis alternativas para a superação de obstáculos colocados de maneira muito contundente pela crítica antipositivista ao menos nos últimos 40 anos. Toda a construção teórica intentada neste texto se volta a compreender como o positivismo jurídico de linha kelseniana ou hartiana procura explicar a normatividade do direito, ou seja, a capacidade que o direito supostamente possui de – além do monopólio da coerção e do exercício oficial da força – determinar os comportamentos humanos e de outros sujeitos de reconhecida personalidade jurídica de acordo com as razões excludentes e protetivas (como assevera Raz) e os

vincular às suas prescrições a partir da premissa da "norma suprema", inescapável aqui para qualquer proposta teórica que compartilhe os postulados do positivismo jurídico, ao menos aquele de inspiração kelseniana ou hartiana. Para Raz, em verdade, as normas jurídicas "são razões excludentes porque se assim não fossem elas não realizariam seu propósito de dirigir condutas" (SGARBI, 2021, p. 373). Este traço define o direito como uma ordem normativa sem paralelo exatamente porque a capacidade do direito em emitir razões excludentes e protegidas em formato de diretivas normativas configuraria a própria *normatividade* do direito.

E o fundamento último de atribuição de validade jurídica a um sistema de normas e, em última análise, de atribuição da própria normatividade jurídica a este conjunto concatenado e hierarquizado de normas se encontra, ao menos para os principais representantes do campo do positivismo jurídico, na concepção de norma suprema. E sem dúvida esta é uma das grandes dificuldades teóricas do positivismo jurídico. Com efeito, a "cadeia de fundamentação" (BARZOTTO, 1999, p. 143) depende desta ideia de fundamento último, pois se assim não for, é teoricamente impossível sustentar um conjunto de normas organizado como um sistema, como o positivismo jurídico de Hart e Kelsen sustentam ser o direito.

Todavia, não depende apenas disso. Depende também, de outra parte, de uma característica das normas jurídicas defendida por Hart (2010) e destacada por Gardner (2001): leis formais, marcadas pelas notas de generalidade e abstração, não são simplesmente normas, mas *regras,* ou seja, normas capazes de aplicação repetida caso a caso. Esta "generalidade normativa" das regras, segundo Hart, confere às leis como principal padrão normativo existente no direito em geral "um certo tipo de justiça", decorrente do fato de que a correta reaplicação delas para os casos futuros resultaria exatamente em tratar casos similares de maneira semelhante (GARDNER, 2001, p. 205). Tal constatação resulta na conclusão de que o núcleo duro do sentido estabelecido (*hard core of settled meaning*) como direito forçosamente estipula fronteiras correspondentes à própria normatividade, vez que,

caso assim não fosse, a própria noção de regra no sentido de regular situações concretas mediante sua aplicação para casos futuros por parte de juízes e tribunais não só estaria comprometida, mas não faria o menor sentido (HART, 2010, p. 77). Padrões normativos dessa natureza, ou, na linguagem aqui utilizada, regras dotadas de normatividade jurídica assim se configuram exatamente quando emanadas de uma pessoa, um grupo de pessoas ou um corpo institucional dotado de autoridade capaz de impor aos demais integrantes da respectiva sociedade política (e a eles próprios) uma obrigação (normativa) de observar e agir conforme prescrevem estas regras.

Uma teoria do direito que aceite e compartilhe os postulados centrais do positivismo jurídico, que compreenda o direito como um empreendimento normativo capaz de se fazer observar pelos integrantes da comunidade política pelas razões contidas em suas diretivas (e não pela imposição de uma sanção correspondente ao seu descumprimento ou não observância) e que reconheça em seu objeto (o direito) um elemento autoritativo capaz de excluir quaisquer outras razões ou influências do processo decisório de racionalidade prática, deve ser apta a explicar como a normatividade jurídica encontra fundamento no que aqui resta indicada como natureza autoritativa do direito, a qual, por seu turno, tem suas raízes na ideia de norma suprema.

A despeito de tanto a norma hipotética fundamental de Kelsen como a regra de reconhecimento de Hart não se constituírem como autênticas normas jurídicas[6], sua pressuposição teórica de sustentação a todo e qualquer ordenamento jurídico em uma determinada comunidade política traz desafios que o positivismo jurídico – em especial frente às críticas de pensadores como Ronald Dworkin[7] e Neil MacCormick[8] – não pode desconsiderar. Os principais ataques apresentados pelos autores antipositivistas se centram na incapacidade teórica do positivismo jurídico de reconhecer validade jurídica a

6 Barzotto considera que "para os positivistas" esta também é uma norma jurídica.

7 Especialmente DWORKIN, 1986.

8 Especialmente MAcCORMICK, 2007.

padrões extrajurídicos utilizados por juízes e tribunais para a solução de casos concretos que chegam a sua apreciação a comprometer, portanto, a capacidade do positivismo jurídico em descrever o direito como uma atividade exclusivamente humana produzido por fontes sociais determinadas (únicas capazes de atribuir validade às normas e sistemas jurídicos e *normatividade* ao direito daquela comunidade política), bem como de sustentar que o direito necessariamente extrai sua normatividade de seu próprio sistema de normas identificadas a partir de sua correspondência e identificação com seu *padrão unificador*, que é precisamente a norma suprema afirmada por Kelsen e Hart, a inviabilizar qualquer consideração moral inclusive acerca do conteúdo da própria norma suprema. O próprio Hart (2012, p. 347), ao considerar que a crítica antipositivista dirigia-se também à capacidade de sua proposta teórica em *identificar o direito*, no pós-escrito de "*O conceito de direito*" discorre em resposta que a existência e o conteúdo do direito são passíveis de ser determinados a partir das fontes sociais do direito sem qualquer referência à moralidade, exceto quando a regra de reconhecimento autorizar o direito *incorporar* critérios morais para atribuição de validade jurídica.

Em primeiro lugar, a dificuldade das teorias do direito juspositivistas (inclusive aquelas de maior relevo) a respeito da normatividade jurídica esbarra justamente na defesa da separação entre direito e moral da maneira como a teoria do direito contemporânea a sustenta. Leslie Green (2008, p. 1.038) argumenta exatamente neste sentido: a tese da separabilidade, central para o positivismo jurídico e da maneira como é elaborada, é falsa simplesmente porque há muitas relações necessárias entre direito e moral sem que com isto se deduza lógica e necessariamente a perda de validade jurídica de uma dada norma do direito ou ordenamento jurídico pelo simples fato de que não se adequam ao disposto em um algum princípio de ordem moral.

De outra parte, o argumento da norma suprema como critério último de atribuição de normatividade do direito (ou "juridicidade") também se mostra passível de crítica na medida em que, como bem aponta Barzotto, "padece de uma espécie de circularidade"

(BARZOTTO, 1999, p. 145), vale dizer, a força do argumento se centra a normatividade do direito deriva exclusivamente do reconhecimento da presença da norma hipotética fundamental ou da regra de reconhecimento, desconsiderando que a normatividade jurídica é qualidade atribuída a um conjunto de normas sociais de natureza especial em uma dada comunidade política por meio de um complexo processo a envolver não apenas o reconhecimento da juridicidade de tais normas, mas, como o próprio Hart admite, "critérios últimos de validade jurídica podem incorporar explicitamente, além do *pedigree*, princípios de justiça ou valores morais substantivos" (HART, 2012, p. 320).

Em função dos argumentos expostos, em verdade as teses kelseniana e hartiana têm mostrado dificuldades ao buscar explicar a normatividade do direito a partir das ideias de eficácia e ponto de vista interno. Muito embora relevantes, parecem insuficientes para justificar a normatividade como a capacidade do direito de exercer autoridade sobre seus destinatários por meio da explicação de que o direito resta produzido por uma norma superior não-jurídica e da explicação de que a característica de autoritatividade do direito reside exatamente neste ponto de vista interno de aceitação da coercibilidade legítima que o direito detém para ser observado e cumprido por todos aqueles que aceitam seu papel de regular as condutas humanas e responder aos problemas de convivência mínima, cooperação e coordenação.

4. CONCLUSÃO

Em conclusão, registre-se que o artigo teve como pretensão, por meio de um processo de pesquisa metodológico-descritivo, demonstrar como as principais teorias do campo do positivismo jurídico têm sérias dificuldades em explicar a normatividade do direito com base na tese da separação e na distinção entre validade e eficácia desde uma abstração absoluta entre direito e moral, a partir do uso de uma "norma suprema" para identificar o direito.

Todavia, importante sinalizar que, a despeito destas objeções em especial destacadas com relação ao argumento de "norma suprema", o positivismo jurídico permanece sendo uma proposta teórica capaz de explicar conceitualmente o fenômeno jurídico e, sobretudo, justificar a normatividade do direito, entendendo-se como caminho teórico viável a tentativa de se reconsiderar as premissas que sustentam a tese da separabilidade entre direito e moral a compreender a normatividade jurídica não apenas por meio de um propósito eminentemente descritivo do direito, mas como um fenômeno capaz de influenciar as razões para agir dos sujeitos que não pela simples coerção, a considerar assim a legitimidade dos comandos como algo (também) moralmente justificado.

Além da contribuição do já mencionado Leslie Green, importantes argumentos nesta temática são encontrados em Andrei Marmor (2011, p. 68), ao aduzir que um dos principais desafios à explicação da normatividade do direito encontra-se precisamente na justificação da conexão entre as razões para agir e o alcance da resposta à questão sobre quem determina este agir, na medida em que se afigura indispensável demonstrar o fundamento das razões fornecidas pelo direito relacionadas à identidade do tipo de obrigação que o direito pretende gerar. Mas é sobretudo Joseph Raz a fornecer os melhores argumentos e instrumentais teóricos para a questão, não apenas ao sinalizar que o que distingue diretivas autoritativas de outras diversas é o seu "especial *status* peremptório" (RAZ, 1994, p. 212), mas especialmente que a natureza autoritativa do direito é a rigor uma característica essencial de uma descrição conceitual válida do direito.

A despeito de se tratar de um pequeno fragmento que envolve uma pesquisa mais ampla, é altamente benéfico para a melhor compreensão da normatividade do direito pensada a partir da ideia de norma suprema que sua explicação teórica considere como elementos indispensáveis não somente a questão da autoritatividade, mas ainda como normativamente se configura a obrigação de obedecer ao direito e por meio de que forma de legitimidade o poder estatal se impõe normativamente. Compreender a capacidade do direito de

fornecer razões para a ação é, de fato, ter em conta em primeiro plano a normatividade do direito – mais até, inclusive, do que ter como foco o papel social do direito (SCHINER, 2010, p. 418).

REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, Leandro Garcia Algarte. A natureza autoritativa do direito: autoridade política legítima e a invocação pelo direito de pretensão de legitimidade para sua definição conceitual. *In*: BRÍGIDO, Edimar; GUNTHER, Luiz Eduardo (org). **Filosofia do direito em perspectiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

BIX, Brian H. Legal Positivism. *In*: Martin P. Golding & William A. Edmundson, eds. **Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**. Blackwell, 2005. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=369782. Acesso em: 11 nov. 2024.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**. Tradução Jorge Guerrero R. 2ª ed. Bogotá: Temis, 2002.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-positivo**. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

ENRIQUEZ, Igor de Carvalho. Autoridade e Normatividade em Joseph Raz. **Revista Direito e Liberdade**. Natal, v. 20, n. 2, p. 145-175, maio/ago. 2018. Acesso em: 04 nov. 2024.

FAGGION, Andrea L. B. O problema da legitimidade da autoridade política, ou sobre o que diferencia o Estado da máfia. **Revista Philósophos (UFG)**. Goiânia, vol. 22, n. 2, jul./dez. 2017. Acesso em: 03 mai. 2024.

FAGGION, Andrea L. B. Existem razões morais especiais? Uma discussão da teoria da razão prática de Joseph Raz. *In*: LEITE, Rafaela Fernandes; REIS, Luciana Silva (org). **Uma discussão da teoria da razão prática de Joseph Raz: cátedra Serras de Minas 2020 conferência de encerramento**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021.

FINNIS, John. Law and What I Truly Should Decide. **The American Journal of Jurisprudence**, Volume 48, Issue 1, 2003, p. 107-129. Acesso em: 11 nov. 2024.

GARDNER, John. Legal Positivism: 5½ Myths. **The American Journal of Jurisprudence**, Volume 46, Issue 1, 2001, p. 199–227. Acesso em: 03 nov. 2024.

GLEZER, Rubens. **Direito ilegítimo e positivismo: autoridade, razão e prática social em Joseph Raz**. São Paulo: Almedina, 2023.

GREEN. Leslie. Positivism and the Inseparability of Law and Morals. **New York University Law Review**. New York, v. 83, n. 4, 2008, pp. 1.035-1.058. Acesso em: 04 mai. 2024.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª. ed. 2ª tiragem. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HART, H.L.A. **Ensaios sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução João Baptista Machado. 5ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª. ed. 5ª tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

KRAMER, Matthew H. **H.L.A. Hart: the nature of law**. Cambridge: Polity Press, 2018.

KYRITSIS, Dimitrious. **Shared Authority: courts and legislatures in Legal Theory**. Portland: Hart Publishing, 2017.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARMOR, Andrei. Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. **Oxford Journal of Legal Studies**. Oxford, Vol. 26, 2006, pp. 683-704. Acesso em: 05 nov. 2024.

MARMOR, Andrei. **Philosophy of law**. Princeton: Princeton University Press, 2011.

MAcCORMICK, Neil. **Institutions of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain: essas in the morality of law and politics**. New York: Oxford University Press, 1994.

RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RAZ, Joseph. Reason, Reasons and Normativity (January 1, 2008). **Oxford Studies in Metaethics**. Oxford, Vol. 5, Russ Shafer-Landau, 2010, pp. 05-23. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1008795. Acesso em 12 nov. 2024.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. **The roots of normativity**. Oxford: Oxford University Press, 2022.

RENZO, Massimo. GREEN, Leslie. Legal Obligation and Authority. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2022 Edition)**, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2002. Disponível em: (URL) https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/legal-obligation/. Acesso em: 04 nov. 2024.

SCHAUER, Frederick. **A força do direito**. Tradução André Luiz Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2022.

SCHINER, Roger A. Law and Its Normativity. *In*: PATTERSON, Dennis (ed.). **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. 2ª ed. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2010.

SGARBI, Adrian. **Curso de Teoria do Direito**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

SGARBI, Adrian. **Introdução à teoria do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SMITH, M.B.E. The Duty to Obey the Law. *In*: PATTERSON, Dennis (ed.). **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. 2ª ed. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2010.

ENTRE A TEORIA E A NORMATIVIDADE: UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE A COMUNICAÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA À LUZ DO UTILITARISMO DE JOHN STUART MILL

BETWEEN THEORY AND NORMATIVITY: AN INVESTIGATION INTO THE COMMUNICATION OF THE RIGHT TO FREEDOM IN THE BRAZILIAN CONSTITUTION IN LIGHT OF JOHN STUART MILL'S UTILITARIANISM

Hugo Paiva Barbosa[1]

Jefferson de Castro Pereira[2]

RESUMO | O presente artigo investiga o direito à liberdade no texto da Constituição Brasileira e sua relação com a teoria utilitarista de John Stuart Mill. A análise tem como objetivo verificar como as ideias de liberdade presentes na Constituição se relacionam com o utilitarismo. Utilizando métodos empíricos baseados nas regras de inferência de Epstein e King (2014) e na análise de conteúdo de Krippendorff (2018), a pesquisa emprega o software Chat GPT 4.0 para

1 Brasileiro. E-mail institucional: hugopaivabarbosa@gmail.com. Doutorando em Direito na área de concentração Democracia, Liberdade e Cidadania na linha de Teoria do Direito e da Justiça pela PUC MINAS; Mestre em Direito e Inovação na área de estudo empiria, políticas públicas e argumentação pela Universidade Federal de Juiz de Fora; Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Escola Brasileira de Direito; Especialista nas áreas multidisciplinares de Análise de Dados, Gestão de Negócios e Marketing Estratégico Digital pela Uniamérica Centro Universitário. Essa pesquisa foi desenvolvida com auxílio da agência de fomento FAPEMIG, tendo sido desenvolvida junto à Redes de Direitos Humanos, sob coordenação do professor Dr. Lucas de Alvarenga Gontijo, vinculado à PUC Minas, estando localizada na área de pesquisa Teoria da Justiça e do Direito.

2 Brasileiro. E-mail institucional: jefferson.castrop@hotmail.com. Mestrando em Direito, Bolsista CAPES/Taxa, na Linha de Pesquisa "Teoria do Direito e da Justiça", no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas. Especialista em Direito Tributário (Faculdade Milton Campos - 2020). O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES), tendo sido desenvolvido junto ao Grupo de Pesquisa Finanças Públicas, Igualdade e Democracia - PUC Minas, coordenado pelo Prof. Marciano Seabra de Godoi.

analisar o texto constitucional. A abordagem transcendentalista de Husserl (2006) é aplicada para entender a percepção do sujeito em relação ao objeto. A pesquisa busca responder se o direito à liberdade na Constituição é inspirado pelo utilitarismo de Mill, destacando as conexões semânticas das unidades "liberdade" e "livre" no texto constitucional. A análise demonstra a influência significativa do utilitarismo na ética e filosofia política, impactando discussões sobre justiça e direitos individuais. A investigação contribui para o debate acadêmico ao fornecer uma perspectiva utilitarista sobre as bases filosóficas do direito à liberdade na Constituição Brasileira.

PALAVRAS-CHAVE | *Liberdade; Utilitarismo; Constituição Brasileira; Análise de Conteúdo; Filosofia Política*

ABSTRACT | *This article investigates the right to freedom in the Brazilian Constitution and its relation to John Stuart Mill's utilitarian theory. The analysis aims to verify how the ideas of freedom in the Constitution relate to utilitarianism. Using empirical methods based on Epstein and King's (2014) inference rules and Krippendorff's (2018) content analysis, the research employs Chat GPT 4.0 software to analyze the constitutional text. Husserl's (2006) transcendentalist approach is applied to understand the subject's perception in relation to the object. The research seeks to answer whether the right to freedom in the Constitution is inspired by Mill's utilitarianism, highlighting the semantic connections of the terms "freedom" and "free" in the constitutional text. The analysis shows the significant influence of utilitarianism on ethics and political philosophy, impacting discussions on justice and individual rights. The investigation contributes to academic debate by providing a utilitarian perspective on the philosophical foundations of the right to freedom in the Brazilian Constitution.*

KEYWORDS | *Freedom; Utilitarianism; Brazilian Constitution; Content Analysis; Political Phylosophy*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo desenvolveu uma investigação sobre o direito à liberdade disposto no texto da constituição brasileira e quais as relações desse direito com a teoria utilitarista proposta por John Stuart Mill, utilizado como marco teórico.

Para tanto, a delimitação da temática será a análise do texto da constituição brasileira, com o objetivo geral de verificar a relação entre as ideias dispostas neste instrumento legal sobre o direito fundamental à liberdade e sua relação com o utilitarismo milleano.

Dessa forma, a presente pesquisa será empírica e terá embasamento metodológico nas regras de inferência de Epstein e King (2014). O método de procedimento usado será a análise de conteúdo proposta por Krippendorff (2018), juntamente com Barbosa e Rosa (2023) como método de pesquisa em direito, em conjunto com o uso da ferramenta-*software* Chat GPT 4.0. Já o método de abordagem, será o transcendentalismo de Husserl (2006), no qual se busca compreender os parâmetros de relação entre a percepção do sujeito com relação ao objeto.

Nesse sentido, uma análise de conteúdo da Constituição Brasileira foi realizada, buscando compreender as conexões semânticas do direito fundamental à liberdade no texto constitucional, utilizando-se do Processamento de Linguagem Natural através do *software* Chat GPT 4.0.

A codificação a ser observada na análise de conteúdo será a unidade de registro "liberdade" e "livre", para a compreensão de quais são as formas de manifestação dessas unidades dentro do universo do texto constitucional brasileiro.

A pergunta-problema que orienta o trabalho é: o direito fundamental à liberdade na constituição brasileira é inspirado pela concepção utilitarista de John Stuart Mill? A escolha do tema proposto para a investigação, que aborda a relação entre o direito à liberdade na Constituição Brasileira e a teoria utilitarista de John Stuart Mill, surge da necessidade de aprofundar o entendimento sobre as bases

filosóficas que dão escopo à esse direito fundamental no texto constitucional.

Ao longo do trabalho foi trazida a análise de conteúdo feita com relação ao sistema de liberdades disposto na Constituição Brasileira por meio do Processamento de Linguagem Natural, tendo sido submetido o arquivo da Carta Magna Brasileira ao *software* Chat GPT 4.0 para que esse analisasse as conexões semânticas das unidades de registro "liberdade" e "livre". Assim, foi possível realizar uma série de inferências sobre o sistema de liberdades disposto na Constituição Brasileira de 1988.

Também, foi feita uma exposição sobre quais são os principais pontos da teoria utilitarista de John Stuart Mill, e por último, ressaltou-se a relação das influências da teoria utilitarista milleana sobre a construção do conceito de direito à liberdade disposto no texto da constituição.

De todos os modos, é importante destacar que o utilitarismo de John Stuart Mill teve um impacto significativo na ética e na filosofia política, influenciando discussões sobre justiça, direitos individuais e o papel do governo. Por isso, foram analisadas as possíveis conexões com o texto da carta magna brasileira e suas possíveis manifestações com relação ao sistema de liberdades proposto por John Stuart Mill. O direito à liberdade é uma garantia crucial na sociedade contemporânea, e sua interpretação à luz do utilitarismo milleano forneceu perspectivas valiosas sobre as intenções e implicações desse direito no texto da constituição.

Por esse motivo, essa pesquisa visou contribuir para o enriquecimento do debate acadêmico sobre o direito à liberdade, incorporando uma perspectiva utilitarista e proporcionando uma compreensão mais abrangente das bases filosóficas subjacentes à construção da Constituição Brasileira.

2 METODOLOGIA, ANÁLISE, DISCUSSÃO E RESULTADOS

Este subitem se propõe a realização de uma análise aprofundada sobre como a liberdade é comunicada no texto constitucional, utilizando uma metodologia rigorosa e fundamentada teoricamente para oferecer uma compreensão ampliada do tema.

2.1 APONTAMENTOS METODOLÓGICOS

Nesse subitem, será abordado os aspectos metodológicos do presente artigo, explicando-se o passo a passo que a pesquisa percorreu para que fosse possível chegar à conclusão que respondia a pergunta-problema. Nesse sentido, será feita uma abordagem com relação ao método de abordagem e depois com relação ao método de procedimento.

Husserl (2006) desenvolveu a fenomenologia transcendental como um método para estudar a estrutura da consciência e a formação do conhecimento. Assim, esse autor argumentou que para entender como o conhecimento é possível, é necessário investigar a experiência subjetiva e a constituição intencional dos objetos no campo da consciência.

Um dos conceitos centrais na epistemologia de Husserl (2006) é a *epoché* ou suspensão do juízo. A epoché envolve colocar entre parênteses todas as crenças sobre a existência do mundo externo para focar puramente na experiência consciente. A redução fenomenológica, por sua vez, é o processo de analisar essas experiências conscientes para revelar as estruturas transcendentalmente constitutivas que possibilitam o conhecimento.

No mesmo sentido, Husserl (2006) introduziu a noção de ego transcendental, que é o sujeito puro da experiência, despojado de todas as contingências empíricas. O ego transcendental é o centro da constituição do sentido e do conhecimento e é responsável por

conferir sentido aos objetos e ao mundo ao redor por meio de atos intencionais. A intencionalidade, a ideia de que toda consciência é consciência de algo, é fundamental na epistemologia de Husserl.

Assim, o método de abordagem adotado aqui é justamente a epistemologia transcendental de Husserl (2006). Nesse sentido, o foco de análise serão os textos da Constituição Brasileira de 1988 e as obras Sobre a Liberdade e Utilitarismo de John Stuart Mill[3]. É importante ressaltar que o foco da análise envolve o conteúdo do texto, ou seja, o que ele pretende comunicar, portanto, essa não é uma pesquisa que se debruce sobre aspectos políticos e/ou sociais com relação ao conteúdo da Constituição Brasileira de 1988. Portanto, a comunicação desse documento vinculante é o principal ponto de análise da presente pesquisa, tomando-o por um documento com conteúdo objetivo e trazendo as percepções da consciência para que seja possível a expansão do fenômeno o qual se analisa.

Com relação ao método de procedimento, Epstein e King (2014) abordam a crucialidade das regras de inferência na pesquisa jurídica, defendendo que sua aplicação inadequada compromete frequentemente a validade e a credibilidade dos estudos no campo do direito. Assim, os autores enfatizam a necessidade de uma abordagem mais científica e menos baseada em persuasão nas pesquisas jurídicas.

Epstein e King (2014) iniciam discutindo a importância fundamental das regras de inferência para assegurar a validade dos resultados em pesquisas empíricas. No contexto jurídico, muitos pesquisadores tendem a substituir rigor metodológico por técnicas de persuasão, o que pode levar a conclusões falhas ou parcialmente embasadas. Os autores criticam essa prática e defendem uma aplicação mais estrita das regras de inferência, tal como é feita nas ciências exatas e sociais, para garantir a integridade dos estudos jurídicos.

As regras de inferência podem ser adaptadas para a pesquisa em direito. Epstein e King (2014) dizem que, ao incorporar métodos

3 As duas obras do filósofo inglês foram escolhidas devido ao fato de que é justamente na obra Utilitarismo é que ele aborda a perspectiva utilitarista em sua teoria e na obra Sobre a Liberdade ele aborda uma construção filosófica dos sistemas de liberdades.

empíricos rigorosos, a pesquisa jurídica pode alcançar uma maior precisão e objetividade.

Utilizando exemplos práticos retirados da literatura jurídica, Epstein e King (2014) demonstram como a aplicação correta das regras de inferência pode transformar a qualidade dos estudos jurídicos. Esses exemplos servem para ilustrar como análises rigorosas podem levar a descobertas significativas e a argumentações mais sólidas dentro do campo do direito.

Por fim, Epstein e King (2014) defendem que uma mudança fundamental na forma como a pesquisa jurídica é conduzida é necessária para melhorar a qualidade e a precisão das investigações. Eles enfatizam que a adoção de uma abordagem mais científica e rigorosa não só aprimorará a credibilidade dos estudos jurídicos, mas também contribuirá para um corpo de conhecimento jurídico mais robusto e confiável.

Pelo exposto, é necessária a incorporação de pesquisas jurídicas empíricas, portanto, esse artigo busca mais rigor científico, realizando apontamentos sobre o fenômeno da comunicação com relação à norma constitucional e a teoria proposta pelo marco teórico da presente pesquisa.

Ainda sobre o método de procedimento, será utilizada a análise de conteúdo para ser possível a extração de dados relacionados ao conteúdo de comunicação da constituição brasileira. Nesse sentido, Barbosa e Rosa (2023) apresentam uma investigação detalhada sobre o uso da análise de conteúdo como uma ferramenta metodológica na pesquisa jurídica no Brasil. Os resultados da pesquisa de Barbosa e Rosa (2023) revelam uma realidade intrigante: apesar de suas vantagens metodológicas, a análise de conteúdo é notavelmente subutilizada na pesquisa jurídica no Brasil.

Porém, Barbosa e Rosa (2023) destacam que a capacidade de decompor e interpretar grandes volumes de dados textuais de maneira sistemática e replicável se demonstra extremamente vantajosa para determinadas análises textuais no campo do direito, o que é crucial

para a construção de argumentos jurídicos baseados em evidências sólidas.

Portanto, fugindo ao tradicional, o presente artigo se baseia em um caminho de abordagem que foge de abordagens meramente teóricas, trazendo elementos relacionados à dados para que se adicione elementos da realidade que possam se comunicar com aspectos da teoria.

É importante dizer que a análise de conteúdo é uma técnica de pesquisa essencial, amplamente utilizada em várias disciplinas, que permite aos pesquisadores interpretar e compreender profundamente mensagens dentro de textos, áudios, vídeos ou outras formas de comunicação. Este método é crucial para identificar padrões, temas, significados subjacentes e tendências nos dados analisados.

Assim, segundo Barbosa e Rosa (2023) antes de iniciar a análise de conteúdo, é crucial definir claramente os objetivos da pesquisa, estabelecer critérios de análise rigorosos e selecionar cuidadosamente o material que será examinado. Com relação à codificação, as unidades de registros analisadas foram a palavra "liberdade" e a palavra "livre", tendo a primeira aparecido com a frequência de 17 vezes no texto da constituição brasileira e a segunda aparecido com a frequência de 26 vezes no mesmo texto[4]. A partir da definição da análise de registro foi possível organizar os dados de maneira que puderam ser analisados sistematicamente, permitindo que padrões e temas emergentes fossem identificados mais facilmente.

4 O sistema de liberdades disposto no texto da Constituição Brasileira se encontra nas seguintes partes: preâmbulo; art. 1º (livre iniciativa); art. 3º (construção de uma sociedade livre); art. 5º (direitos fundamentais) em seu *caput* e incisos IV, VI, IX, XIII, XV, XVII, XLI, XLVI, LIV, LXVI, LXVIII, LXXI; art. 139 (previsão de estado de sítio); art. 8º (liberdade de associação); art. 17 (liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos); art. 34 (não intervenção dos entes federativos uns nos outros, salvo exceções); art. 85 (previsão de crimes de responsabilidade em caso de ato atentatório contra o livre exercício dos poderes); art. 170 (livre concorrência); art. 199 (liberdade de exploração econômica da iniciativa privada com relação à educação e à saúde); art. 206 (liberdade de ensino, aprendizado, pesquisa, divulgação, arte e o saber); art. 209 ((liberdade de exploração econômica da iniciativa privada com relação à educação); art. 220, §1º (liberdade de informação jornalística e de imprensa); art. 226 (liberdade do núcleo familiar); art. 227 (liberdade do núcleo familiar);

Krippendorff (2018) define a Análise de Conteúdo como uma técnica de pesquisa usada para fazer inferências replicáveis e válidas a partir de dados, considerando o contexto em que esses dados são coletados. Ele propõe que a análise de conteúdo deve ser sistemática, objetiva e quantitativa, mas também reconhece a importância de métodos qualitativos, como é o caso da presente pesquisa.

Krippendorff (2018) detalha um processo sistemático para conduzir a Análise de Conteúdo, que inclui: formulação de perguntas de pesquisa, seleção de amostras, desenvolvimento de um sistema de codificação, codificação e análise, e interpretação dos resultados. Ele enfatiza a importância de assegurar que os resultados da Análise de Conteúdo sejam válidos e confiáveis, discutindo métodos para garantir a replicabilidade dos resultados e abordando questões de validade interna e externa.

Krippendorff (2018) também discute os avanços na Análise de Conteúdo, incluindo o uso de software e técnicas computacionais, bem como os desafios metodológicos e éticos que os pesquisadores podem enfrentar.

Todo o passo-a-passo descrito por Krippendorff (2018) foi seguido nesta pesquisa. Dessa forma, a partir da análise foi feita a interpretação dos resultados categorizados, onde os padrões, tendências e significados subjacentes foram examinados para extrair conclusões significativas do conteúdo da Constituição.

O ponto utilizado dentro da análise de conteúdo foi a análise de similitude. Esta não se concentra no conteúdo específico de uma mensagem, mas em determinar quão semelhantes são dois ou mais objetos, seja em termos de características, atributos ou estrutura. Esta técnica é particularmente útil para comparar conjuntos de dados ou elementos dentro de um dataset, como o texto constitucional, e permitiu que o pesquisador identificasse relações e padrões com relação às unidades de registro anteriormente mencionadas.

Feitas as considerações metodológicas iniciais, passa-se a análise propriamente dita, reconhecendo padrões e estabelecendo

relações com relação à comunicação da ideia de liberdade presente no texto constitucional.

2.2 A ABORDAGEM DA IDEIA DE LIBERDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Antes de adentrar no conteúdo comunicacional do texto constitucional com relação à questão da liberdade, será necessário explicar o modo como isso foi feito. O Processamento de Linguagem Natural (PNL) foi utilizado nessa questão utilizando-se da ferramenta de inteligência artificial Chat GPT 4.0.

Segundo Manning e Schütze (1999), "o processamento de linguagem natural é um campo da ciência da computação e da inteligência artificial que se preocupa com as interações entre computadores e a linguagem humana natural, em particular como programar computadores para processar e analisar grandes quantidades de dados de linguagem natural" (MANNING; SCHÜTZE, 1999, p. 1).

O ChatGPT, desenvolvido pela OpenAI, é um exemplo prático de aplicação do processamento de linguagem natural. Este modelo utiliza uma técnica chamada *transformer*, que é baseada em uma arquitetura de redes neurais profundas para compreender e gerar texto. Segundo Vaswani et al. (2017), "os transformers são particularmente adequados para tarefas de PLN, pois conseguem lidar com a dependência de longo prazo e capturar contextos extensos de forma eficiente" (VASWANI et al., 2017, p. 5998).

O ChatGPT realiza várias etapas de processamento de linguagem natural, como tokenização, análise sintática, compreensão semântica e geração de texto. Primeiramente, o texto de entrada é dividido em unidades menores chamadas tokens. Em seguida, esses tokens são analisados para entender a estrutura gramatical e o significado do texto. Por fim, o modelo gera uma resposta baseada no contexto e no conteúdo da entrada fornecida.

Nesse sentido, foi realizada uma análise de similitude na qual foca nas conexões semânticas da palavra liberdade e da palavra livre com a estrutura acima explicada, o que permitiu chegar às inferências realizadas nos próximos parágrafos.

Segundo o conteúdo comunicacional do texto constitucional, a liberdade é um conceito central na Constituição da República Federativa do Brasil, permeando diversos aspectos da vida social, política e econômica do país. Em sua essência, a liberdade é definida como a ausência de restrições indevidas e a garantia de direitos fundamentais, permitindo que os indivíduos vivam e se desenvolvam de maneira plena e digna. Assim, esse artigo analisou como a Constituição Brasileira aborda a questão da liberdade em diferentes contextos, ressaltando a importância de seu papel na construção de uma sociedade democrática.

A Constituição brasileira utiliza o termo "liberdade" e "livre" para garantir uma ampla gama de direitos fundamentais. Estes incluem, mas não se limitam a, liberdade de expressão, de informação, de aprender e ensinar, de profissão, religião, artística, científica e intelectual, de ir e vir, de associação, e de participação em partidos políticos. A liberdade é vista como um pilar essencial para o funcionamento de uma sociedade democrática, assegurando que os cidadãos possam exercer seus direitos sem interferências arbitrárias do Estado.

Assim, ao que parece, o sistema de liberdades previsto na constituição brasileira tem uma íntima conexão com a ideia de norma fundamental. A norma fundamental, de acordo com Kelsen (2006), é uma hipótese pressuposta que serve como fundamento último de validade para todas as normas de um sistema jurídico. Ela não é uma norma positiva, ou seja, não é criada ou estabelecida por um ato de autoridade. Em vez disso, é uma norma hipotética que confere validade ao sistema jurídico como um todo. Segundo Kelsen:

> A norma fundamental não é uma norma posta, mas uma norma pressuposta, porque não é positivamente estabelecida por um ato de vontade, mas é pressuposta

> por uma consciência jurídica que pensa a validade de uma ordem jurídica positiva (KELSEN, 2006, p. 205).

A norma fundamental é crucial para a estrutura da Teoria Pura do Direito porque ela explica a unidade e a coerência do sistema jurídico. Todas as normas derivam de sua validade da norma fundamental, criando um sistema hierárquico de normas onde a validade de cada norma depende da sua conformidade com normas superiores, culminando na norma fundamental. Kelsen afirma que:

> Pressupor uma norma fundamental significa, então, prescrever que se comporte como se a ordem positiva tivesse uma unidade, e que se subordinasse ao sistema de normas que se vinculam a um mesmo ponto de referência final (KELSEN, 2006, p. 206).

Apesar do sistema de liberdades estar positivado na Constituição Brasileira de 1988, o sistema de princípios da Carta Magna demonstra, inclusive ressaltado em seu preâmbulo, que o sistema de liberdades é um dos fundamentos da norma fundamental. Também, existem outros fundamentos do pressuposto de validade da norma fundamental brasileira, mas, é possível que o sistema de liberdade, previsto e pressuposto, possa ser um deles[5].

Inclusive, associada à ideia de liberdade na Constituição, há uma limitação eminentemente democrática com relação à interferência dos entes federativos uns nos outros, com a exceção para garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação. A ideia de liberdade possui a importância de preservar a autonomia dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em todas as esferas de governo. A proteção do livre exercício desses poderes é fundamental

5 Foi possível constatar essa questão justamente pelo fato de que, na análise realizada, o sistema de liberdades na Constituição Brasileira ocupa um espaço central em seu texto, tendo papel relevante enquanto possível fundamento da norma fundamental,

para manter o equilíbrio e a harmonia entre eles, evitando abusos de poder e garantindo a independência necessária para a efetiva realização da justiça e da governança democrática, isso reforça ainda mais que o sistema de liberdades é um dos fundamentos da norma fundamental.

Com relação à liberdade incluída como um direito fundamental, à liberdade de expressão e informação é um tema recorrente na Constituição, especialmente no contexto da comunicação social. A ausência de censura política ou ideológica é vital para a transparência e a responsabilidade no governo, bem como para a promoção de um debate público saudável e informado. A liberdade de expressão permite que os cidadãos manifestem suas opiniões, critiquem as ações governamentais e participem ativamente no processo democrático. A liberdade de informação, por sua vez, garante o acesso a dados e informações, permitindo uma sociedade mais informada e consciente. Assim, a estrutura da liberdade aqui exposta representa o cerne da estrutura democrática na comunicação do texto constitucional.

Sobre as liberdades de expressão e de informação abordadas, Barroso (2012) diz que a "liberdade de expressão é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, essencial para a formação da opinião pública e para o exercício da cidadania". Com relação à liberdade de informação, Piovesan (2012) diz que a "liberdade de informação é intrinsecamente ligada aos direitos humanos, pois permite o acesso a informações que são fundamentais para a participação política e o controle social". Nesse sentido, tanto a liberdade de expressão quanto a liberdade de informação são fundamentalmente importantes para o ordenamento jurídico brasileiro.

No mesmo sentido, no contexto educacional, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber é destacada como um princípio fundamental. A Constituição assegura a pluralidade de ideias e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, promovendo um ambiente acadêmico livre e diversificado. A liberdade educacional é crucial para o

desenvolvimento intelectual e crítico dos indivíduos, capacitando-os a contribuir de forma significativa para a sociedade.

A liberdade é mencionada como um direito inalienável garantido a todos os cidadãos, junto com igualdade, segurança e propriedade, ou seja, é incluída como uma norma fundamental de base. Esses direitos fundamentais são pilares da dignidade humana e do funcionamento de uma sociedade justa e equitativa. A liberdade, nesse contexto mais amplo, assegura que os indivíduos possam viver suas vidas de acordo com suas próprias escolhas e convicções, sem medo de repressão ou discriminação.

Também, a Constituição Federal define os crimes de responsabilidade como atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição, incluindo aqueles que comprometam o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos poderes constitucionais das unidades da Federação. A inclusão desse tipo de crime na Constituição demonstra a gravidade de quaisquer tentativas de restringir ou manipular a liberdade e a autonomia dos diversos poderes, reforçando a necessidade de proteger essas liberdades contra abusos por parte do Executivo.

A Constituição também aborda a liberdade no contexto econômico, destacando a importância da livre iniciativa e da livre concorrência. Estes princípios são essenciais para o funcionamento de uma economia de mercado saudável, incentivando a inovação, a eficiência e a competitividade. A liberdade econômica permite que os indivíduos e as empresas busquem seus interesses e desenvolvam suas atividades econômicas sem restrições indevidas, contribuindo para o desenvolvimento nacional e o bem-estar geral.

Sobre a questão do desenvolvimento e do bem-estar, Sen (1999) propõe que o desenvolvimento deve ser avaliado não apenas pelo aumento da renda, mas pela expansão das liberdades substantivas que as pessoas têm para levar a vida que valorizam. Segundo Sen (1999) "O desenvolvimento pode ser visto, portanto, como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam".

Outrossim, a iniciativa privada é livre para atuar na assistência de saúde e na educação, complementando os serviços oferecidos pelo Estado. Essa liberdade é fundamental para garantir a diversidade e a qualidade dos serviços disponíveis à população. A participação do setor privado permite maior flexibilidade e inovação, atendendo às necessidades específicas e diversificadas dos cidadãos.

Para Souza (2003. p. 232), a ideologia adotada pela constituição brasileira é híbrida, envolvendo aspectos liberais e sociais. Nesse sentido, não existem antinomias com relação a princípios liberais e princípios sociais e, portanto, tanto a iniciativa privada quanto a iniciativa pública são possíveis partícipes livres na estrutura econômica do plano constitucional brasileiro.

Por fim, sobre o direito à liberdade, a Constituição assegura a liberdade de decisão do casal sobre o planejamento familiar, enfatizando o respeito à dignidade e à autonomia das famílias. Esta liberdade é crucial para a proteção dos direitos reprodutivos e para o fortalecimento da família como núcleo fundamental da sociedade.

A análise da liberdade na Constituição Brasileira revela que este conceito é tratado de forma abrangente e coerente, permeando diversos aspectos da vida social, política e econômica do país. Embora a aplicação prática da liberdade varie entre os diferentes contextos, seu núcleo semântico permanece consistente, refletindo um compromisso com os direitos fundamentais e a proteção contra restrições arbitrárias. A Constituição assegura que a liberdade, em suas múltiplas formas, seja protegida e promovida como um valor supremo de uma sociedade democrática, justa e solidária. A manutenção dessa liberdade é essencial para o desenvolvimento pleno dos indivíduos e para a construção de um Brasil mais equitativo e harmonioso.

2.3 APROXIMAÇÕES DA IDEIA DE LIBERDADE NA TEORIA UTILITARISTA DE JOHN STUART MILL COM A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A relação entre a teoria utilitarista de John Stuart Mill e a Constituição Brasileira em termos de liberdade e direitos individuais é um tema que pode ser complexo e rico em nuances. Nesse sentido, exploraremos essa conexão, destacando as semelhanças e diferenças entre as ideias de Mill em suas obras "Utilitarismo" e "Sobre a Liberdade" e os princípios consagrados na Constituição do Brasil. Vamos examinar como a visão utilitarista de Mill (2009b) e Mill (2009a) sobre liberdade, autonomia e interferência governamental se alinha com os valores democráticos e constitucionais do Brasil, bem como as nuances que surgem dessa comparação.

Tanto a Constituição Brasileira quanto Mill (2009a, p. 27) valorizam a liberdade de expressão como um direito fundamental. A Constituição proíbe a censura e assegura o direito de resposta, enquanto Mill (2009a, p. 27) vê o discurso livre como essencial para a busca da verdade e o progresso social. Essa convergência destaca a importância de uma esfera pública robusta e pluralista para o funcionamento saudável de uma sociedade democrática.

Sobre a questão da autonomia individual, a Constituição protege várias formas de liberdade pessoal e social, como liberdade de religião, de associação e de manifestação cultural, enquanto Mill (2009b, p. 12) enfatiza a autonomia individual dentro do contexto utilitarista, promovendo a felicidade e o bem-estar coletivo. Assim, a Constituição possui compatibilidade com a teoria utilitarista nesse ponto reconhecendo que a liberdade individual é essencial para o florescimento humano e o progresso social.

Também, a Constituição Brasileira se compatibiliza com a teoria utilitarista sobre a liberdade de Mill (2009a, p. 18) quando concordam que a interferência na liberdade de um indivíduo só é justificada para prevenir danos a outros. A Constituição garante direitos e liberdades individuais, como o direito à privacidade e à integridade física,

enquanto Mill (2009a, p. 18) estabelece o princípio do dano como um limite para a interferência na liberdade pessoal. Essa proteção contra a interferência indevida é crucial para garantir a dignidade e a autonomia dos cidadãos.

Somente em termos de ressaltar o óbvio, a diferença fundamental com relação à constituição brasileira e a obra de John Stuart Mill, reside no enfoque legal versus o filosófico. Enquanto a Constituição Brasileira oferece uma estrutura legal e institucional para a proteção da liberdade, Mill (2009b, p. 3) fornece uma justificativa filosófica baseada no utilitarismo. Enquanto a Constituição estabelece direitos e garantias específicos, Mill (2009a, p. 20) aborda a liberdade individual com base em princípios éticos e morais mais amplos. Mas o ponto é que o sistema de liberdades previsto na constituição tem base nas matrizes do sistema de liberdades proposto pela teoria utilitarista de John Stuart Mill nas duas obras do autor aqui analisadas.

A Constituição Brasileira aborda a liberdade em um contexto social, político e religioso mais amplo, Mill (2009a, p. 53) se concentra principalmente na liberdade individual e sua importância para o bem-estar e o progresso social. Mill (2009a, p. 23) defende a liberdade como um direito fundamental que deve ser protegido em todos os aspectos da vida humana, enquanto a Constituição Brasileira equilibra a liberdade individual com outros valores, como igualdade e segurança pública. Nesse sentido, apesar do sistema de liberdades na Constituição Brasileira ter influência do sistema de liberdades milleano, a Constituição Brasileira de 1988 também incorpora outros elementos relacionados à questão do desenvolvimento no sentido contemporâneo já abordado que somente foi incorporado como discussão a nível político e acadêmico em meados do século XX. Dessa forma, o texto da Constituição Brasileira de 1988 expandiu o sistema de liberdades fundamentais defendido por John Stuart Mill inspirada por questões contemporâneas do pós-guerra.

John Stuart Mill, em sua obra *Utilitarismo*, não aborda diretamente o conceito de desenvolvimento no sentido econômico ou social como entendemos atualmente. Contudo, Mill (2009b, p. 22)

discute amplamente a ideia de progresso humano e melhoria das condições de vida através da lente da ética utilitarista, que pode ser interpretada como uma forma de desenvolvimento moral e intelectual da sociedade.

O utilitarismo, conforme delineado por Mill (2009b, p. 12), é uma teoria ética que propõe que a ação correta é aquela que maximiza a felicidade ou o bem-estar geral. Para Mill (2009b, p. 13), o "bem-estar" é medido pelo prazer e pela ausência de dor, sendo o objetivo principal promover a maior felicidade possível para o maior número de pessoas. Neste contexto, o desenvolvimento pode ser entendido como o avanço em direção a uma sociedade mais feliz e moralmente evoluída.

Mill (2009b, p. 16) enfatiza a importância da educação, da liberdade de expressão e do desenvolvimento das capacidades humanas como meios para alcançar esse estado de maior felicidade. Assim, o progresso humano é alcançado através da melhoria das faculdades intelectuais e morais dos indivíduos, o que, por sua vez, contribui para o bem-estar coletivo.

Outro aspecto relevante é a ênfase de Mill (2009b, p. 18) na liberdade como condição essencial para o desenvolvimento humano. Em *Utilitarismo*, a liberdade de pensamento e expressão são fundamentais para a busca da verdade e para o progresso intelectual e moral da sociedade. A liberdade permite que os indivíduos explorem suas próprias capacidades e contribuam para o bem-estar geral através da inovação e do debate crítico.

Embora *Utilitarismo* não discuta explicitamente o "desenvolvimento" no sentido moderno de progresso econômico e social, a obra de John Stuart Mill fornece uma base filosófica para entender o desenvolvimento humano como um processo de aprimoramento das capacidades intelectuais e morais, promoção da felicidade e maximização do bem-estar coletivo. Através da lente utilitarista, o desenvolvimento é visto como um avanço em direção a uma sociedade mais livre, educada e moralmente consciente.

Nesse sentido, a teoria utilitarista de John Stuart Mill é um importante fundamento de base filosófica para o reconhecimento da importância da liberdade de expressão, da autonomia individual e da proteção contra a interferência governamental indevida na Constituição Brasileira de 1988. Ao examinar essa conexão, é possível aprofundar nossa compreensão dos princípios morais e políticos que sustentam uma sociedade democrática e justa.

A análise aqui realizada, obviamente, não teve o condão de discutir a eficácia ou a efetividade do direito fundamental à liberdade disposto na Constituição Brasileira de 1988. Segundo Barroso (2010), a eficácia dos direitos fundamentais, refere-se à sua capacidade de produzir efeitos jurídicos concretos. Nesse sentido, a mera previsão constitucional ou legal do direito à liberdade não é suficiente para sua real proteção. É necessário que as normas que garantem esses direitos sejam aplicadas e respeitadas pelas instituições e pela sociedade. Barroso afirma que:

> A eficácia dos direitos fundamentais é um elemento essencial para a concretização da dignidade da pessoa humana. Esses direitos devem ser efetivos, ou seja, devem ser respeitados e aplicados em todas as esferas do poder público e da sociedade (BARROSO, 2010, p. 45).

A efetividade, por sua vez, está relacionada à implementação prática dos direitos fundamentais. Para Barroso (2010), a efetividade envolve a criação de mecanismos e políticas públicas que assegurem que os direitos à liberdade sejam realmente usufruídos pelos indivíduos. Ele enfatiza que os direitos fundamentais devem ser protegidos de maneira que as pessoas possam exercê-los plenamente em suas vidas cotidianas. Barroso destaca que:

> A efetividade dos direitos fundamentais exige não apenas uma estrutura normativa adequada, mas

> também a implementação de políticas públicas e a atuação efetiva do Poder Judiciário para garantir que esses direitos sejam concretamente desfrutados pelos cidadãos (BARROSO, 2010, p. 47).

Nesse sentido, a proposta aqui deste artigo era analisar a comunicação do texto constitucional brasileiro com relação ao direito à liberdade, ou seja, qual é a mensagem do dispositivo textual constitucional ao se tratar desse direito.

Portanto, é uma análise sobre a norma positiva e seus pressupostos axiológicos e filosóficos, investigando a conexão filosófica com a teoria utilitarista de John Stuart Mill ao se tratar da temática do sistema de liberdades. Assim, percebeu-se que o sistema de liberdades previsto na Constituição Brasileira é sim inspirado pela teoria utilitarista sobre o sistema de liberdades de John Stuart Mill. Restaria investigar outras bases filosóficas que influenciam o texto da Carta Magna brasileira sobre o direito fundamental à liberdade.

3 CONCLUSÃO

Este artigo investigou a comunicação do direito à liberdade na Constituição Brasileira de 1988, à luz da teoria utilitarista de John Stuart Mill. A pesquisa revelou que a liberdade, como direito fundamental, é amplamente abordada na Constituição, permeando diversos aspectos sociais, políticos e econômicos. Utilizando métodos rigorosos de análise de conteúdo e ferramentas de Processamento de Linguagem Natural, foi possível identificar as conexões semânticas e filosóficas que fundamentam este direito no texto constitucional.

A teoria utilitarista de John Stuart Mill, com seu foco na maximização do bem-estar e na proteção da autonomia individual, mostrou-se uma influência significativa na construção do conceito de liberdade presente na Constituição Brasileira, justamente pela defesa do filósofo de que a liberdade de expressão, de ação e de pensamento

são essenciais para o progresso e a felicidade coletiva, princípios que encontram eco na Carta Magna brasileira.

Conclui-se que, embora a Constituição Brasileira de 1988 incorpore outros elementos contemporâneos da ideia de desenvolvimento, a influência do utilitarismo de John Stuart Mill é evidente na formulação de seu sistema de liberdades. No entanto, é necessário reconhecer que a mera previsão constitucional não garante a eficácia e a efetividade do direito à liberdade.

Assim, este estudo contribuiu para um entendimento mais profundo das bases filosóficas que sustentam o direito à liberdade no texto da Constituição Brasileira, enfatizando a importância de uma abordagem empírica e teórica rigorosa na pesquisa jurídica. Futuras investigações podem explorar outras influências filosóficas que moldaram a Carta Magna brasileira, enriquecendo ainda mais o debate acadêmico sobre os direitos fundamentais e suas aplicações práticas.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Hugo Paiva; ROSA, Waleska Marcy. Análise de conteúdo: Considerações epistemológicas e aplicações nas pesquisas empíricas em Direito. **Metodologias e Aprendizado**, v. 6, p. 543-560, 2023. Disponível em: https://publicacoes.ifc.edu.br/index.php/metapre/article/view/4019. Acesso em: 30. jan. 2024.

BARROSO, Luis Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 5, p. 35-53, 2007. Disponível em: http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/773. Acesso em: 29. jan. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. p. 115.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito**: as regras de inferência. 2014.

HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**. São Paulo: Ideias & Letras, 2006.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRIPPENDORFF, Klaus. **Content analysis**: An introduction to its methodology. Sage publications, 2018.

MANNING, Christopher D.; SCHÜTZE, Hinrich. **Foundations of Statistical Natural Language Processing**. Cambridge: MIT Press, 1999.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Edição de 2006. The Floating Press, 2009a.

MILL, John Stuart. **Utilitarianism**. Edição de 2005. The Floating Press, 2009b.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 152.

SEN, Amartya. Development as Freedom. New York: Knopf, 1999.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora XYZ, 2003.

VASWANI, Ashish et al. Attention is All You Need. In: **Advances in Neural Information Processing Systems**. 2017. p. 5998-6008. Disponível em: https://papers.nips.cc/paper/2017/file/3f5ee243547dee91fbd053c1c4a845aa-Paper.pdf. Acesso em: 16 maio 2024.

HAVERIA UM VIÉS CONSERVADOR NA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER? UMA ANÁLISE A PARTIR DO DEBATE GADAMER-HABERMAS

WOULD THERE BE A CONSERVATIVE BIAS IN HANS-GEORG GADAMER'S PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS? AN ANALYSIS BASED ON THE GADAMER-HABERMAS DEBATE.

José Bruno Aparecido da Silva[1]

Isaac Maynart Carvalho Moyses Souza[2]

RESUMO | A tradição exerce na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer um papel de limitador dos sentidos atribuíveis em uma dada situação hermenêutica. O intérprete não consegue escapar da influência da tradição na qual ele próprio está inserido. Numa primeira impressão, pode parecer que a tradição constitui uma barreira intransponível e que, por conta disso, toda e qualquer interpretação seria apenas uma mera reprodução dos sentidos já sedimentados. Seria a hermenêutica filosófica conservadora, por conceder à tradição um caráter autoritativo e por reconhecer a inafastabilidade de sua influência? Jürgen Habermas entende que sim, e este é um dos pontos principais do debate entre ele e Gadamer. O que este trabalho se propôs a fazer foi, a partir dos textos que compõe este debate, entender se há de fato um viés conservador nas teses gadamerianas e de que modo isso impactaria a hermenêutica constitucional.

PALAVRAS-CHAVE | Hermenêutica; Interpretação; Tradição; Teoria Crítica.

1 Mestrando em Direito (UFMG), Graduado em Direito (Univiçosa) e em Comunicação Social (Unifagoc), especialista em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica (ABDConst). Membro do grupo de pesquisa Filosofia do Direito e Pensamento Político (UFPB). josebrunojb@hotmail.com.

2 Doutorando e Mestre em Direito pela UFMG; Graduado em Direito pela UESC; Pós-Graduado em Direito e Processo Penal pela EPD. Membro do Grupo de estudo em Direitos Fundamentais e Democracia (GDFD) vinculado ao Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos e Fundamentais (GPDH/UESC); Advogado e Professor Universitário.

ABSTRACT **|** *Tradition plays a role in limiting the meanings attributable in a given hermeneutic situation in Hans-Georg Gadamer's philosophical hermeneutics. The interpreter cannot escape the influence of the translation in which he or she is inserted. At first impression, it may seem that tradition constitutes an insurmountable barrier and that, because of this, any and all interpretations would be just a mere reproduction of already settled meanings. Would philosophical hermeneutics be conservative, as it grants tradition an authoritative character and recognizes the indefeasibility of its influence? Jürgen Habermas understands that yes, and this is one of the main points of the debate between him and Gadamer. What this work set out to do was, based on the texts that make up this debate, understand whether there is in fact a conservative bias in Gadamer's theses and how this would impact constitutional hermeneutics.*

KEYWORDS **|** *Hermeneutics; Interpretation; Tradition; Critical Theory.*

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa realizada buscou identificar, por meio da análise dos textos que compõem o debate entre Hans-Georg Gadamer e Jürgen Habermas, se de fato haveria na hermenêutica filosófica gadameriana um caráter conservador, avesso às transformações sociais, que a tornaria incapaz de realizar uma leitura crítica dos sentidos da tradição. O ponto de partida para a análise foi a acusação feita por Habermas de que nas teses de Gadamer não existiria um dispositivo crítico das ideologias, o que faria com que a interpretação estivesse sempre sujeita à tradição[3] (Habermas, 1987, p. 15-18).

3 Em Gadamer, o conceito de tradição está relacionado ao modo como sentidos historicamente sedimentados estão presentes em qualquer situação hermenêutica e acabam influenciando de algum modo a interpretação desta dada situação, se antes havia uma oposição entre razão e tradição, a proposta gadameriana é a de reconciliar as duas, entendo a tradição como uma condição para a compreensão (Lawn, Keane, 2011, p. 140-142). Conforme será demonstrado adiante, para ele, a tradição não pode ser negada, não porque ela deva ser recepcionada sem questionamentos, pelo contrário, porque ela precisa ser posta em revista pelo intérprete (2011, p. 288).

Com a pesquisa realizada foi possível confirmar a hipótese de que, para Gadamer, apesar da tradição se levantar como elemento limitador dos sentidos da interpretação, ela não é uma força incontornável, uma vez que ele assume o pressuposto de que pré-compreensões[4] inautênticas advindas da tradição podem ser superadas racionalmente por meio do que ele chamou de fusão de horizontes[5] (Gadamer, 2015, p. 404). O ponto central da compreensão está no fato de que não há possibilidade de uma interpretação fora da tradição, mesmo uma interpretação crítica das ideologias partiria do interior de uma tradição que se expressa na linguagem e no que Gadamer (2015, p. 397) chamou de história efeitual[6].

Em sua principal obra, *Verdade e Método*, Gadamer se propôs a demonstrar o que ocorre em uma dada situação hermenêutica e que está para além do querer e do fazer do intérprete (2015, p. 14). Entender isso é relevante para se pensar a interpretação de qualquer tipo de texto, seja ele literário, sagrado ou jurídico. Apesar de Gadamer não ter se dedicado com profundidade à hermenêutica jurídica especificamente, sua contribuição foi de grande relevância para se pensar a interpretação no Direito (Salgado, p. 2018). A hermenêutica constitucional, neste sentido, pode ser reconhecida como um tipo específico de uma hermenêutica geral e por isso faz sentido pensar nas condições de interpretação das normas constitucionais tendo a hermenêutica gadameriana como um fundamento filosófico.

4 Já o conceito de precompreensão (ou preconceito) estaria relacionado à ideia de que não existe um ponto arquimediano onde um sujeito cognoscente possa se colocar para compreender um dado objeto, diferente do sujeito de Descartes, o sujeito pensado por Gadamer já se encontra inserido em uma dada tradição, da qual ele não consegue se desprender, e é isso que faz com que em uma dada situação hermenêutica, querendo ele ou não, sentidos são antecipados, podendo estes sentidos ser legítimos ou ilegítimos (Lawn, Keane, 2011, p. 115; 140-142).

5 Gadamer (2015, p. 399) define horizonte como sendo "o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto".

6 O conceito de história efeitual diz respeito à historicidade dos sentidos e ao modo como os sentidos sedimentados na tradição, advindos do passado, se fazem presentes no acontecer da interpretação (Gadamer, 2015, p. 396-398).

Como marco teórico, foram tomados os escritos que compõem o já citado debate entre Hans-Georg Gadamer e Jürgen Habermas, os quais seguem nas referências.

A relevância do tema advém da compreensão de que a interpretação jurídica não se vale de sentidos congelados, uma vez que a compressão está sujeita tanto à historicidade (que se manifesta através dos sentidos legados pela tradição) quanto à faticidade (o ineditismo do acontecer), não sendo possível imaginar uma hermenêutica constitucional que esteja fechada tanto à possibilidade de insurgência do novo, quanto à possibilidade de que um dado sentido da tradição possa ser ou ter se tornado ilegítimo. Trata-se, portanto, de um tema caro ao Direito, que atravessa debates importantes de temas como ativismo judicial, garantia de direitos fundamentais, reconhecimento de direitos e, obviamente, sobre os limites da interpretação.

O desenvolvimento do trabalho foi dividido em cinco partes, na primeira foram abordados alguns dos aspectos fundamentais da hermenêutica filosófica de Gadamer; na segunda parte foi apresentado o debate entre Gadamer e Habermas, sua extensão e os principais textos que o compõe; a terceira parte trata das críticas feitas por Habermas à hermenêutica filosófica; a quarta parte trata das respostas de Gadamer e a última da relevância e impacto dos temas abordados para a hermenêutica constitucional.

2. A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER

É possível apresentar a Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, ao menos para os fins de que tratam esta pesquisa, a partir de três aspectos que lhe são fundamentais: (i) a noção da compreensão como um acontecimento, que se dá pela lógica do jogo[7]; (ii) a

7 A noção do "jogo" já havia abordada no Verdade e método I, no capítulo em que Gadamer trata do como o modo de compreensão da arte pode ser aplicado às ciências do espírito. Ele explica o conceito de "jogo" nos seguintes termos: "Quando falamos de jogo no contexto da experiência da arte não nos referimos ao comportamento, nem

reabilitação da tradição e do papel constitutivo das pré-compreensões; e (iii) o da fusão de horizontes como um embate dialético entre a faticidade e à historicidade, ou entre o novo e a tradição.

Estes três aspectos estão presentes no debate entre Gadamer e Habermas, que será analisado. A partir da compreensão de cada um destes aspectos foi possível identificar se há ou não um viés conservador na hermenêutica filosófica gadameriana e de que modo este viés, caso existente, afetaria um tipo específico de atribuição de sentidos: a interpretação jurídica das normas constitucionais.

Sobre o primeiro aspecto, Gadamer, sob a nítida e reconhecida influência de Heidegger (Salgado, 2018, p. 65), entende a compreensão como um acontecer, ou, em outras palavras, como algo que se dá no campo dos fenômenos e não em um mundo apartado das ideias ou na consciência de um sujeito cognoscente (Stein, 2014, p. 31-54). O sujeito em Gadamer não é o da metafísica clássica, que nega a si mesmo a fim de alcançar uma essência das coisas; tão pouco é aquele que se assenhora do objeto. Nesta perspectiva, Gadamer rompe tanto com a metafísica do objeto, quanto com a metafísica do sujeito (Streck, 2017, p. 129-133).

Sem a ilusão da possibilidade de separação metodológica entre sujeito e objeto, e reconhecendo ser impossível uma razão pura, intocada pelos sentidos e capaz de ir além dos fenômenos, Gadamer pensou o intérprete como o *Dasein* de Heidegger (2012, p. 127, 140-141), alguém lançado ao mundo juntamente com os objetos a serem compreendidos (daí a impossibilidade de uma separação entre eles), e que sempre terá sua compreensão iniciada a partir de uma perspectiva específica (um horizonte), que é a que sua posição no mundo lhe permite alcançar em um primeiro momento.

---

ao estado de ânimo daquele que cria ou daquele que desfruta do jogo e muito menos à liberdade de uma subjetividade que atua no jogo, mas ao modo de ser da própria obra de arte [...] O jogar só cumpre a finalidade que lhe é própria quando aquele que joga entra no jogo. Não é a referência que, a partir do jogo, de dentro pra fora, aponta para a seriedade; e só a seriedade que há no jogo que permite que o jogo seja inteiramente um jogo (Gadamer, 2015, p. 154-155).

O *Dasein*, todavia, não está lançado ao mundo apenas com os objetos da compreensão, mas também com outros intérpretes, e sua relação com tais objetos e com os outros intérpretes se daria, conforme o argumentado por Gadamer, pela lógica do jogo. É esta lógica que impede que um dado intérprete se assenhore sobre os sentidos em uma determinada situação hermenêutica. A noção de jogo supõe a existência de pressupostos compartilhadas e reconhecidas por cada um dos participantes, e é a existência destes pressupostos, que constituem um chão comum, que tornará possível se falar em critérios de verdade na interpretação. O jogo deve ser levado a sério pelos jogadores, aquele que não o faz é considerado um "desmancha-prazeres" (Gadamer, 2015, p. 155).

Se um intérprete, na condição de jogador, tenta impor ao jogo as suas próprias regras, o jogo deixa de existir, afinal o que caracteriza um jogo são as regras reconhecidas e compartilhadas por cada um dos jogadores. E é a existência destas regras que torna possível a existência da figura do árbitro, que não é um dono dos sentidos, mas alguém que está igualmente sujeito às mesmas regras do jogo, o que permite a compreensão de que a condição do árbitro não é tão diferente da condição dos jogadores propriamente ditos, seria possível, inclusive, reconhecer o árbitro também como uma espécie diferente de jogador, o que é desejável no caso das interpretações jurídicas, quando se fala em aplicações não arbitrárias da norma (Gadamer, 2015, p. 155-165).

O segundo aspecto é o que trata da reabilitação da tradição e do caráter constitutivo das pré-compreensões. Neste aspecto, Gadamer se distancia em definitivo da hermenêutica de autores como Schleiermacher (2005) e Dilthey (2010), ao reconhecer que o intérprete não consegue se desprender da tradição na qual ele próprio está inserido (Gadamer, 2011, p. 280) e que os sentidos que lhe foram legados por esta tradição, juntamente com a novidade do acontecer, é que permitirão que ele esboce uma primeira compreensão em uma dada situação hermenêutica, aquilo que poderia grosso modo ser chamado de uma primeira impressão.

Schleiermacher e Dilthey viram as pré-compreensões como um problema, um erro a ser evitado (Schmidt, 2014, p. 29, 72-73), diferente deles Gadamer as verá como uma condição de possibilidade para a própria compreensão (Souza, Salgado, Rodrigues, 2022, p. 140). Elas seriam, deste modo, não um ponto de chegada, mas um ponto de partida necessário e inevitável (Gadamer, 2015, p. 368-369; Silva, Souza, 2024, p. 79).

Gadamer não propõe que as pré-compreensões sejam reconhecidas a priori como verdadeiras, longe disso, ele reconhece que é possível existir preconceitos legítimos (ou autênticos a depender da tradução) e ilegítimos (inautênticos) (Gadamer, 2015, p. 368). Ambos os tipos podem ser ponto de partida para uma compreensão, desde que sejam reconhecidos como tal, afinal é somente quando não se ignora os sentidos legados pela tradição que eles podem ser postos em revista. Trata-se de tirar o peso da tradição das costas e colocá-lo adiante para que, ao ser analisado, ele possa ser reforçado, no caso em que preconceito for legítimo, ou superado, no caso em que a ilegitimidade do preconceito for constatada (Gadamer, 2011, p. 288).

Gadamer defende que deva ser reconhecida uma certa autoridade da tradição. Ele, no entanto, não vê problema na possibilidade de que um sentido inautêntico possa ter sua autoridade previamente reconhecida, o que parece um contrassenso, mas não é. A noção de autoridade defendida por Gadamer não é a que atribui um sentido que não pode ser questionado, ao contrário, é o reconhecimento do caráter autoritativo da tradição que faz com que o intérprete não a ignore e a ponha em revista (Gadamer, 2011, p. 285).

É este caráter autoritativo que impede que o intérprete se assenhore do objeto e produza interpretações solipsistas e, por isso, arbitrárias. Parece paradoxal, mas o reconhecimento da autoridade da tradição funciona como um limitador de sentidos, um remédio contra o autoritarismo do próprio intérprete. O reconhecimento da autoridade da tradição não impede, portanto, que aquela dada tradição possa ser superada, na verdade abre caminho para que isso possa ser feito sem arbitrariedade (Gadamer, 2011, p. 289).

O terceiro aspecto é o que trata do embate dialético entre a historicidade, ou seja, entre os sentidos legados pela tradição, e a faticidade, que está relacionada ao ineditismo de cada acontecer. Trata-se de um embate entre a tradição e o novo (Streck, 2017, p. 82). Conforme o já pontuado, a tradição não pode ser negada, deste modo, mesmo quando superada, ela continua sendo parte constitutiva do sentido novo atribuído a aquela dada situação hermenêutica. Vem daí a natureza dialética que este embate tem para Gadamer.

Esta natureza dialética fica evidente no que Gadamer (2015, p. 404) chamou de fusão de horizontes. A pré-compreensão constituiria um primeiro horizonte, o horizonte particular do intérprete, quando este permite que a coisa em si mesma se lhe apresente, novos horizontes são abertos. Estes horizontes entram em choque e o resultado não é uma mera sobreposição de um ou outro horizonte, mas a fusão destes horizontes:

> Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr constantemente a prova todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados. Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumidamente dados por si mesmos (Gadamer, 2015, p. 404).

Se houver uma preponderância do horizonte particular do intérprete, cair-se-á no solipsismo que redunda na arbitrariedade, por outro lado se há uma preponderância do horizonte da tradição os sentidos decorrentes do ineditismo do acontecer são ignorados, permanecendo os sentidos congelados no tempo, o que pressuporia uma correção absoluta da tradição. Pode-se entender, diante disso, que

a noção de compreensão presente em Gadamer, e consequentemente a noção de verdade, é histórica e dialética.

3. O DEBATE COM HABERMAS

Habermas já havia tratado de questões relacionadas à hermenêutica na conferência intitulada *Conhecimento e interesse*, proferida na Universidade de Frankfurt no ano de 1965, na ocasião de sua indicação como professor (Wu, 2012, p. 226); todavia, o debate entre ele e Gadamer, que duraria algumas décadas, teria início de fato com a publicação de um artigo de sua autoria em 1967. O texto fez parte inicialmente de um relato bibliográfico intitulado *A lógica das ciências sociais*, que fora publicado na revista *Philosophische Rundschau*. Em 1970 o relato bibliográfico em sua integralidade foi publicado como livro. O artigo apartado do restante do relato seria publicado ainda em 1971, já com o título *Sobre "Verdade e método" de Gadamer*, na coletânea *Hermeneutik und Ideologiekritik*, editada pelo próprio Habermas (Habermas, 1987, p. 8).

A resposta de Gadamer às críticas feitas por Habermas vem por meio do artigo *Retórica, hermenêutica e crítica da ideologia – comentários metacríticos a Verdade e método*, publicado também no ano de 1967, texto que futuramente integraria a obra Verdade e método II, que compõe o segundo volume das obras completas de Gadamer, que foram editadas e publicadas em 1986.

A continuidade vem com o segundo artigo de Habermas, *A pretensão de universalidade da hermenêutica*, publicado originalmente em 1970 em uma coletânea em homenagem aos 70 anos de Gadamer, intitulada *Hermeneutik und dialektik* (Habermas, 1987, p. 8). Neste novo texto, Habermas responde a dois artigos de Gadamer, ao já citado *Retórica, hermenêutica e crítica da ideologia – comentários metacríticos a Verdade e método*, e ao intitulado *A universalidade do problema hermenêutico* de 1966, que posteriormente também faria parte do *Verdade e é método II*. A partir de então as respostas de Gadamer às

críticas de Habermas passam a estar presentes não mais em artigos específicos, mas em pontos dispersos de sua obra.

O próximo texto de Habermas, *Hans-Goerg Gadamer: urbanização da província heideggeriana,* surge como discurso laudatório proferido na ocasião da entrega do prêmio Hegel no ano de 1979. No mesmo ano ele foi publicado pela Suhrkamp juntamente com um discurso de Gadamer, *A herança de Hegel* (Habermas, 1987, p. 8).

O último texto de Habermas que comporia este debate, *Hermenêutica filosófica: leitura tradicionalista e leitura crítica*[8], é uma parte de um capítulo de sua obra *Teoria da Ação Comunicativa*. Ele se encontra no primeiro volume da obra, *Racionalidade da ação e racionalização social,* no item 1.4.(2).(c) e trata da hermenêutica filosófica sob a perspectiva da compreensão no âmbito das ciências sociais, em especial da sociologia compreensiva (Habermas, 1987, p. 8).

A este breve trabalho, interessa em especial a parte do debate que trata do papel da tradição e de sua suposta autoridade na obra gadameriana. Por este motivo, a análise recairá precipuamente sobre os argumentos lançados por Habermas em seu texto *Sobre "Verdade e método" de Gadamer*, a réplica de Gadamer em *Retórica, hermenêutica e crítica da ideologia – comentários metacríticos a Verdade e método* e a tréplica de Habermas em *A pretensão de universalidade da hermenêutica*; sem, no entanto, deixar de considerar argumentos relevantes sobre o mesmo tema presentes em outras passagens da obra gadameriana.

4. A CRÍTICA DE HABERMAS ÀS LIMITAÇÕES DA CONSCIÊNCIA HERMENÊUTICA

Antes de abordar os pontos da crítica feita por Habermas à hermenêutica filosófica, é importante ressaltar que, apesar de pertencerem a tradições filosóficas distintas, o debate se desenvolve

8 Este é o título com o qual o texto aparece na obra *Dialética e hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer*, coletânea publicada em 1987 que reúne quatro textos de Habermas que fazem parte de seu debate com Hans-Georg Gadamer.

partindo de pontos de concordância entre os dois autores. O tom de respeito mútuo mantido entre ambos pode ser observado no texto *Hans-Georg Gadamer: urbanização da província heideggeriana,* no qual Habermas se refere a Gadamer nos seguintes termos:

> Ninguém melhor que ele poderia lançar uma ponte sobre a crescente distância entre filosofia e ciências do espírito // O lançar pontes caracteriza a mentalidade e o estilo de pensamento deste homem erudito. "*Distinguendum,* está certo, mas ainda melhor: precisamos ver as coisas em conjunto". Esta máxima provém da boca de Gadamer, mas formulada gadamerianamente ela soaria assim: precisamos lançar pontes e transpor distâncias (*überbrücken*). Não somente a distância entre disciplinas que se afastam uma das outras, mas sobretudo a distância temporal que separa as gerações posteriores dos textos da tradição, a distância entre as diferentes línguas, que desafia a arte dos intérpretes, e aquela distância que a violência (*Gewaltsamkeit*) que um pensamento radical engendra (Habermas, 1987, p. 74).

Habermas concorda com Gadamer em relação ao que ele chama de "crítica correta de uma autocompreensão objetivística falsa", contudo, ele pondera que esta crítica não pode "levar à suspensão até do estranhamento metódico do objeto, que distingue entre uma compreensão que se reflete e a experiência comunicativa do cotidiano" (Habermas, 1987, p. 13). Nesta ressalva se encontra já ensaiadas as duas críticas de Habermas das quais este trabalho se ocupará.

A primeira crítica é a de que a pretensão de universalidade da hermenêutica seria um equívoco, uma vez que para Habermas (1987, p. 14) a reivindicação da hermenêutica contra o absolutismo de uma metodologia geral das ciências da experiência não dispensaria por completo o trabalho da metodologia. A segunda crítica é a de que ao negar a possibilidade de um distanciamento metodológico, Gadamer

estaria negando também a possibilidade de uma apropriação refletida da tradição que possibilitasse o rompimento de sua (da tradição) substância naturalística (Habermas, 1987, p. 15).

Dito de outra forma, se não existe a possibilidade de se recorrer a um método que possibilite o distanciamento do sujeito em relação ao objeto da compreensão, não haveria modo de romper com a tradição. Para Habermas o problema disso é que sem o distanciamento não seria possível superar tradições ilegítimas, o que ele classifica como uma espécie de conservadorismo:

> Gadamer transforma a intelecção da estrutura preconceitual da compreensão numa reabilitação do preconceito como tal. Mas segue da inevitabilidade da antecipação hermenêutica, *eo ipso*, que existem preconceitos legítimos? Gadamer é impulsionado pelo conservadorismo daquela primeira geração, pelo movimento ainda não voltado contra o racionalismo do século XVIII, como em Burke, na convicção de que a verdadeira autoridade não precisa aparecer como autoritária. Ela se diferencia da falsa autoridade pelo reconhecimento, "sim, imediatamente autoridade não tem a ver com obediência, e sim com conhecimento". Esta frase duríssima exprime uma convicção filosófica fundamental, que não coincide com a hermenêutica, mas quando muito com a sua absolutização (Habermas, 1987, p. 16).

Habermas (1987, p. 17) considera que ainda que a hermenêutica filosófica reconheça a possibilidade de o intérprete refletir sobre a tradição, podendo distinguir uma pré-compreensão autêntica de uma inautêntica, para ele, no entanto, isso não alteraria a essência da tradição. Gadamer estaria errado por supor que o essencial do historicamente pré-dado não ficaria intocado ao ser assumido na reflexão, momento em que ele deixaria de ser um preconceito. O erro estaria na suposição de que a autoridade pode ser convertida em

conhecimento, o que, para Habermas, não produziria efeito para além dos limites daquela dada situação hermenêutica:

> Ao certificar-se da estrutura preconceitual, o jovem tornado maduro transporia o reconhecimento, antes não-livre, da autoridade pessoal do preceptor, agora refletidamente, para a autoridade objetiva de um contexto da tradição. Só que a autoridade teria permanecido autoridade, pois a reflexão só poderia ter-se movido nos limites da faticidade do transmitido (*Überlieferten*). O ato do reconhecimento, que é mediado pela reflexão, não teria alterado nada no fato de que a tradição enquanto tal permaneceu a única razão da validade do preconceito (Habermas, 1987, p. 17).

A reflexão para Gadamer, pontua Habermas (1987, p. 18), possibilitaria que o caminho da autoridade fosse recordado, revelando os usos dogmáticos das gramáticas dos jogos de linguagem, que criavam regras de como agir e de concepção de mundo. Deste modo, a reflexão possibilitaria que fosse tirado da autoridade aquilo que era tão somente dominação. Habermas, no entanto, acredita que só quando se ultrapassa o contexto da tradição é que aquela dada tradição pode ser criticada.

Já no texto *A pretensão de universalidade da hermenêutica*, Habermas reconhecerá a importância das contribuições de Gadamer, no entanto, atacará a tese de que a hermenêutica filosófica poderia explicar todo e qualquer processo de compreensão. Habermas reconhece a existência das precompreensões: "A compreensão hermenêutica não pode penetrar na coisa (*Sache*) sem preconceitos, mas já está inevitavelmente condicionada pelo contexto no qual o sujeito que compreende adquiriu inicialmente seus esquemas de interpretação" (Habermas, 1987, p. 29). Ele, contudo, manterá a tese de que a compreensão genuína deve pressupor a possibilidade de uma ruptura racional com a tradição que se manifesta na pré-compreensão.

Para Habermas (1987, p. 33-34), a autorreflexão proposta por Gadamer não daria conta de, por si só, possibilitar a arte da compreensão, sendo necessária uma reconstrução racional que fosse diferente da autorreflexão, capaz de explicar não só as experiências que sucedem com o sujeito falante no uso de sua competência linguística, mas também a própria competência linguística.

A consciência hermenêutica estaria incompleta enquanto não reconhecesse os seus próprios limites, o que Habermas explica da seguinte forma:

> A experiência hermenêutica do limite se refere a manifestações vitais especificamente incompreensíveis. Esta incompreensibilidade específica não se deixa dominar por um exercício, por mais técnico que seja, da competência comunicativa adquirida naturalmente; sua obstinação pode valer como sinal de que ela não é explicável apenas a partir da estrutura, trazida à consciência pela hermenêutica, da comunicação em linguagem corrente (Habermas, 1987, p. 40).

O que se segue no artigo pode ser analisado como uma tentativa de Habermas de salvar os aspectos da hermenêutica filosófica que ele considera importantes para a ciência e seus resultados (Habermas, 1987, p. 35-36), e, para isso, além de apontar os limites da hermenêutica, ele aponta de que modo estes limites podem ser superados: no âmbito pessoal pela psicanálise e no âmbito coletivo pela crítica da ideologia (Habermas, 1987, p. 39)

No período em que escreveu o artigo, Habermas ainda caminhava sob a influência da Escola de Frankfurt, bebendo das fontes do materialismo dialético de Karl Marx e da psicanálise de Sigmund Freud, e estas influência são perceptíveis naquilo que ele apresenta como modos de preencher os limites da consciência hermenêutica. Conforme o lembrado por Roberto Wu (2012, p. 228),

para ele as patologias da compreensão só poderiam ser resolvidas no desenvolvimento de uma teoria democrática normativa.

> De modo geral, a análise habermasiana parecia supor uma limitação nas "ciências histórico-hermenêuticas", limitação que não estaria no âmago das ciências orientadas criticamente. Em outras palavras, Habermas pressupunha que a hermenêutica filosófica deveria ter alguma espécie de poder emancipatório, ou, em outras palavras, que pudesse ser aplicado em assuntos sociais (Wu, 2012, p. 230).

É possível notar, portanto, que a crítica de Habermas se articula de dois modos, a partir do que ele chama de limites da experiência hermenêutica, o que desmentiria a tese da universalidade; e a partir da ausência de um poder emancipatório, que pode ser entendida como uma consequência da incapacidade da hermenêutica de transpor os seus limites e de romper com as ideologias e com as amarras de uma comunicação sistematicamente distorcida. Viria daí a crítica de que a hermenêutica filosófica teria como característica um certo conservadorismo.

A possibilidade de que o novo se sobressaia em uma dada situação hermenêutica, pondo em desuso ou modificando sentidos de uma dada tradição, é algo inerente à historicidade da hermenêutica filosófica. Sem a possibilidade da insurgência do novo, seria possível falar em congelamento de sentidos no tempo e, diante disso, o mais adequado poderia ser retomar teses originalistas centradas na vontade do autor, com as de Schleiermacher (2005) e Dilthey (2010).

Habermas aparenta não compreender ou não aceitar que a possibilidade de superação dialética da tradição é, em verdade, o que distingue a hermenêutica filosófica das hermenêutica pré-gadamerianas. Gadamer (2011, p. 315-316) resume tudo isso com as seguintes palavras: "A experiência perfeita não é perfeição do saber, mas abertura perfeita para uma nova experiência".

5. O PAPEL DA TRADIÇÃO EM GADAMER, UMA ANÁLISE A PARTIR DE SUAS RESPOSTAS

No texto *Retórica, hermenêutica e crítica da ideologia – comentários metacríticos a Verdade e método I*, Gadamer apresenta sua defesa das acusações de Habermas de que a hermenêutica filosófica careceria de um método que pudesse garantir o afastamento do sujeito em relação ao objeto, afastamento este que seria condição para uma reflexão crítica capaz de romper com sentidos oriundos da tradição.

Gadamer (2011, p. 278) não nega a importância do método, ele chega a afirmar que "Verdade e método I jamais considerou como excludente a contraposição implícita em seu título". Mesmo levando em consideração a universalidade da hermenêutica, que, conforme ele demonstra, é uma condição para que as verdades das ciências duras possam ser comunicadas e usadas na vida cotidiana, ele entende que no caso das ciências na natureza o método é importante e pode produzir resultados, o que não ocorreria do mesmo modo no âmbito das ciências do espírito.

O que impede que o método aplicável às ciências duras seja simplesmente transposto para as ciências do espírito é o que Gadamer (2011, p. 280) chama de condicionamento histórico-efeitual, o que está relacionado à condição do indivíduo que se encontra diante da situação hermenêutica como *Dasein*, ou seja, como alguém que se encontra lançado ao mundo junto com a coisa, e sob os efeitos legados por uma tradição na qual ele está inserido e da qual ele não pode se desprender, o que Gadamer (2011, p. 280) explica nos seguintes termos:

> O sujeito que reflete, mesmo nas ciências da compreensão, não consegue evadir-se do contexto histórico-efeitual de sua situação hermenêutica, visto que sua compreensão sempre está implicada neste acontecer. O historiador, mesmo aquele da chamada ciência crítica, está tão longe desfazer-se das tradições vivas, por exemplo das tradições nacionais, que,

> enquanto historiador nacional, acaba ao contrário formando-as e conformando-as pela sua atuação.

Para Gadamer, é absurda a noção de que por meio da reflexão seria possível eliminar o poder da tradição e com isso criar algo novo, ele classifica esta noção como um "historicismo ingênuo e irrefletido" (Gadamer, 2011, p. 280). Na sequência, ele irá atacar a posição de Habermas que ele entende como um "querer absolutizar a tradição cultural" (*Ibid.*, p. 282), e para isso ele recorda que a posição do indivíduo que dialoga com a tradição é de alguém que joga um jogo:

> A linguagem não é um sujeito anônimo, finalmente encontrado, de todos os processos e ações sócio-históricos, que se oferece ao nosso olhar contemplativo junto com o conjunto de suas atividades e objetivações. Ela é, antes, o jogo em que todos participamos. Aqui ninguém tem precedência. Cada qual está "envolvido" e é "mão" no jogo. Isso acontece quando compreendemos, e justamente quando vislumbramos os preconceitos ou desmascaramos subterfúgios que desfiguram a realidade. É ali que mais compreendemos. Então quando vislumbramos algo que nos parecia estranho e incompreensível, quando o alojamos sob o nosso mundo ordenado pela linguagem, então, finalmente, a coisa fica clara, como num árduo cálculo de xadrez onde só compreendemos a necessidade de alguma posição absurda na resolução final da partida (Gadamer, 2011, p. 283).

Gadamer está sendo muito claro ao afirmar que a tradição não é uma força absoluta, e, que, apesar do indivíduo não conseguir se afastar dela, em sua interação com ela ele pode transformá-la. Não seria cabível, portanto, a crítica de Habermas de que a tradição seria a base para justificar preconceitos. Em resposta a esta crítica,

Gadamer (2011, p. 285) acrescenta ainda que Habermas se equivoca ao defender que seria possível metodologicamente, retirar da autoridade atribuída à tradição aquilo que era mera dominação, pois sendo fruto de dominação, já não seria autoridade, uma vez que esta decorre é do reconhecimento e não da imposição.

É importante ressaltar, contudo, que ainda que não reconheça na hermenêutica filosófica o poder que, para Habermas, deveria possibilitar uma ruptura com as ideologias ocultas na tradição, Gadamer entende que através da reflexão se pode superar as amarras dogmáticas de determinadas interpretações, acerca disso ele considera:

> A reflexão de uma determinada compreensão prévia coloca diante de mim algo que antes se dava às minhas costas [...]. É só com esta reflexão que posso superar a falta de liberdade que me prendia a mim mesmo e posso sentir-me livre diante do direito ou não de minha compreensão prévia – mesmo que seja apenas no modo em que aprendo a alcançar uma nova compreensão de coisas que eu via guiado por preconceitos. Mas isso implica que os preconceitos que guiavam minha compreensão prévia sempre estão em jogo também – até serem abandonados, o que pode significar, também, até serem reformulados. A força incansável da experiência consiste em formar sempre uma nova compreensão prévia em toda instrução (Gadamer, 2011, p. 288).

Ainda no *Verdade e método I*, há uma passagem na qual Gadamer usa o exemplo da obra de arte para explicar sua compreensão do papel da tradição, esta passagem, apesar de breve, não deixa qualquer dúvida sobre a abertura existente na hermenêutica filosófica para a insurgência do novo, o que mostra que a acusação de Habermas foi decorrente de algum equívoco:

> A tradição criada por um grande ator, regente, ou músico, na medida em que seu modelo continua atuante, não representa necessariamente um obstáculo para a livre criação, mas se terá fundido de tal maneira com a própria obra que o confronto com esse modelo estimula a recriação criativa posterior de todo artista tanto quanto a própria obra (Gadamer, 2015, p. 175).

Ao analisar aspectos do debate entre Gadamer e Habermas, Jean Grondin (2012, p. 90) conclui que:

> Em um contexto político tão pesado, Gadamer só podia aparecer como o "conservador" (que ele jamais quis, ou pretendeu ser), enquanto Habermas, evocando a força emancipadora da crítica marxista das ideologias e da psicanálise, outorgava-se o belo papel de progressista. A ironia, gritante quando se pensa nisso, era a seguinte: aquele que defendia com mais ardor o ponto de vista da crítica das ideologias talvez fosse aquele cujo discurso era o mais evidentemente ideologizado. Como Gadamer murmurou bem mais tarde, o que talvez faltasse à crítica das ideologias fosse uma pequena dose de crítica das ideologias, começando pelas próprias.

Grondin (2012, p. 91) lembra ainda que após o debate com Gadamer, Habermas foi renunciando cada vez mais à crítica das ideologias e à ideia de uma psicanálise aplicada à ordem social, ele passaria a se dedicar a uma ética do discurso fundada na capacidade da linguagem de transcender a si mesma, o que culminaria com a publicação de sua *Teoria do agir comunicativo* em 1981. Para Grondin (*id.*), o último Habermas acaba por se reaproximar de Gadamer quando deixa de fundamentar as normas do agir comunicativo na crítica das ideologias e passa a fundamentá-las no uso pragmático da linguagem.

6. DE QUE MODO AS TESES DE GADAMER SOBRE A COMPREENSÃO AFETAM A INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DO DIREITO

Neste último capítulo, será realizada uma análise do modo com o qual a hermenêutica filosófica afeta a interpretação jurídica (Salgado, 2018, p. 13-16), para isso foram adotadas duas perspectivas: a primeira é a noção da interpretação/aplicação do Direito como ato de compreensão que pode ser legítimo ou ilegítimo, havendo deste modo a possibilidade de se falar em verdade, ou respostas corretas (Dworkin, 2010, p 429-446; Streck, 2017, p. 251-268); o segundo diz respeito ao papel da tradição, e é deste aspecto que advém a seguinte pergunta: se a tradição funciona como um limitador de sentidos em uma dada situação hermenêutica, tal limitação seria uma barreira à insurgência de novos sentidos?

A resposta para esta questão pode ser extraída das considerações feitas por Gadamer em resposta às críticas formuladas por Habermas. O próprio ordenamento deve ser entendido como tradição, como o chão no qual os sentidos se encontram assentados. O ordenamento, como conjunto de práticas sociais, seria, deste modo, o todo hermenêutico em relação ao qual uma decisão proferida para um dado caso concreto deveria estar coerente. Sendo de tal modo, pode-se questionar qual deve ser o papel do intérprete diante de situação em que a tradição tenha se tornado injusta ou ilegítima?

Gadamer não propõe que o intérprete possa romper com a tradição quando ele achar conveniente, para ele tal ruptura sequer seria possível (Silva, Souza, 2024, p. 79). Isso, no entanto, não impede que do interior da própria tradição, ou, no caso do Direito, do interior do próprio ordenamento e da própria prática jurídica possam surgir os sentidos que apontem uma resposta correta que não seja fruto da arbitrariedade, mas, de uma noção de coerência e de integridade (Streck, 2017, p. 33-36).

A situação precisa ser analisada com um cuidado a mais quando se trata de normas constitucionais, cuja rigidez deve ser maior que a de

uma norma infraconstitucional, contudo, os sentidos da Constituição também não estão imunes ao tempo, como bem lembrou Dworkin no texto *As leis* (2014, p. 419), eles também são constituídos a partir de interpretações historicamente situadas, e, tal como em qualquer outro caso, aqui também não é possível congelar sentidos no tempo acreditando que isso seria capaz de produzir verdade.

A questão sobre se há um conservadorismo ou abertura da hermenêutica gadameriana à insurgência do novo está relacionada a diversos debates sobre a atuação das cortes constitucionais, em especial aqueles que tratam de temas como ativismo judicial, judicialização da política e garantia/expansão de direitos fundamentais em respostas às lutas por reconhecimento. É pertinente, portanto, que possa inquerir se há possibilidade de verdade, mesmo diante do reconhecimento de que sentidos mudam no tempo e de que tradições não são absolutas.

No caso da hermenêutica constitucional, o embate entre a tradição e o novo, ou mesmo entre uma concepção conservadora e uma progressista, estará sempre envolto por interesses contrapostos, e a função do intérprete não é a de, agindo conforme a sua consciência, abraçar um destes interesses enquanto afasta os demais. A opção entre o sentido sedimentado e o novo entendimento não pode ser uma simples questão de voluntarismo. O novo emerge do interior da própria tradição, como consequência de suas próprias contradições. O novo deve, no caso em questão, surgir do interior do próprio ordenamento.

Há uma resposta correta que pode e deve ser buscada. Gadamer não renuncia à possibilidade de verdade. E a verdade não está na resposta que afasta a tradição porque o magistrado entende que há um direito novo a ser assegurado, também não está na norma nova que anula a anterior de forma autoritária. A verdade está no tempo, e se manifesta tanto no entendimento que deixa de ser quanto no que passa a ser, pois é necessário que haja uma coerência entre eles, algo na situação hermenêutica nova que justifique a adoção de um sentido igualmente novo e que, apesar de novo, mantenha coerência com o anterior.

Pode-se compreender o papel de uma corte constitucional, diante do exposto, como um esforço hermenêutico que possui o dever de levar em consideração a tradição, tomando-a como ponto de partida e como limitador para a construção de sentidos, mas sem perder de vista os horizontes novos que podem ser abertos pelo ineditismo de cada acontecer e que são capazes não de negar a tradição, mas de conferir significados novos a ela.

Por fim, é válido ressaltar que hermenêutica constitucional não é o espaço adequado para revoluções sociais, transformações[9] ou para a busca de rupturas como sentidos oriundos da tradição, em uma democracia constitucional o espaço para tal é o legislativo e não o judiciário. Há, no entanto, conforme o já pontuado, situações em que os sentidos da tradição se mostram equivocados ou se tornam injustos, neste caso a hermenêutica pode extrair, do interior da própria tradição, e não de fora dela, a solução adequada, a resposta correta.

7. CONCLUSÃO

A partir da análise dos textos integrantes do referencial teórico, foi possível compreender o teor das críticas feitas por Habermas à hermenêutica filosófica, bem como, avaliar os argumentos apresentados por Gadamer em respostas aos ataques recebidos. Apesar do debate ter acontecido em um período histórico específico, seu conteúdo permanece relevante, em especial para o recorte de que trata este trabalho, o da hermenêutica constitucional.

9 Gadamer (2015, p. 166) apresenta uma distinção entre modificação e transformação: "Categoricamente, toda modificação (*alloiosis*) pertence ao âmbito da qualidade, isto é, de um acidente da substância. A transformação, ao contrário, significa que algo se torna outra coisa, de uma só vez, e como um todo, de maneira que essa outra coisa em que se transformou passa a constituir seu verdadeiro ser, em face do qual seu ser anterior é nulo". Tanto a modificação quanto a transformação se iniciam no estado anterior da coisa, aquele que será apenas modificado ou transformado por completo, anulado. Em ambos os casos, a condição anterior é o ponto de partida. No caso da hermenêutica constitucional é mais plausível se falar em modificações de sentido e não em transformação.

O que Gadamer defende com suas respostas às críticas de Habermas é que não é necessária uma ruptura, ou algum tipo de revolução que ponha tudo abaixo e recomece do zero, para que uma dada tradição possa ser modificada. O novo não surge de um espaço etéreo intocado pela tradição, mas do interior desta mesma tradição.

Como se pôde observar, o papel da tradição na hermenêutica filosófica consegue ser ao mesmo tempo o de um limitador dos sentidos atribuíveis e um remédio contra o dogmatismo que teima em congelar sentidos no tempo e vê com desconfiança toda possibilidade de irrompimento do novo. Sem precisar deixar de lado a noção de verdade, Gadamer mostra como é possível abrir caminho hermenêutico para o novo, sem que seja necessário recorrer ao solipsismo ou à arbitrariedade.

A hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, como já se pode demonstrar, não tem como proposta camuflar as ideologias que constituem uma dada tradição, ou de assumir toda tradição como fim em si mesma e não como ponto de partida, por isso não se pode argumentar que as teses defendidas por ele são conservadoras por serem avessas ao novo. Também não se pode argumentar que elas abram margem para rupturas com a tradição, uma vez que toda transformação e até mesmo uma revolução social nascem é do interior de uma dada tradição.

REFERÊNCIAS

DILTHEY, Wilhelm. **Introdução às ciências humanas**: tentativa de uma fundamentação para o estudo da sociedade e da história. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Sâo Paulo: Martins Fontes - Selo Martins Fontes, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índice. Trad. Ênio Paulo Giachini; rev. trad. Márcia Sá Cavalcanti-Schubach. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011.

GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Trad. Marcos Marcionillo. São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Fausto Castilho. Campinas: Editora da Unicamp; Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **Hermenêutica filosófica e aplicação do Direito**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E.. **Hermenêutica e crítica**: Volume 1. Trad. Aloísio Ruedell. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2005.

SCHMIDT, Lawrence K.. **Hermenêutica**. Trad. Fábio Ribeiro. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

SILVA, José Bruno Aparecido; SOUZA, Isaac Maynart Carvalho Moyses. **A Natureza e a Função da Tradição na Hermenêutica Filosófica de Gadamer**. Revista Foz. São Mateus, v.6 n.2, p. 71-81, 2023. Disponível em: <https://revista.ivc.br/index.php/revistafoz/article/view/280/141>. Acesso em 30. Mar. 2024.

SOUZA, Isaac Maynart Carvalho Moyses; SALGADO, Ricardo H. C.; RODRIGUES, Raphael S.. Gadamer contra a ciência e o método: notas sobre um pseudo conflito. In: SALGADO, Ricardo H. C.; MIRANDA, Daniel C.; RODRIGUES, Raphael S. **A formação do pensamento hermenêutico**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2022. p. 131-145.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre "Ser e tempo"**. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

WU, Roberto. O abismo sob a ponte: os limites da controvérsia entre Gadamer e Habermas. *In*: FELDHAUS, Charles; DUTRA, Delamar José Volpato (org.). **Habermas e interlocuções**. São Paulo: DWW Editorial, 2012. p. 223-243.

A MORALIDADE DEVE SUBMETER-SE À TÉCNICA? UMA PERSPECTIVA KANTIANA DA QUESTÃO

SHOULD MORALITY SUBMIT TO TECHNIQUE? A KANTIAN PERSPECTIVE ON THE ISSUE

Gabriel Afonso Campos[1]

RESUMO | O desenvolvimento das técnicas transformou a produção e a eficiência nos critérios últimos de avaliação da ação humana, tornando o ser humano em um recurso a ser gerido conforme leis de mercado, e os fins do Estado deixando de serem a concretização de direitos fundamentais, mas a produção de efeitos econômicos que violam direitos sociais e adquiridos. À luz da filosofia kantiana, argumenta-se que a moral contém um princípio absoluto não condicionado pela experiência ou por circunstâncias particulares. Uma vez que tal regra é uma lei prática universal que regula qualquer ação humana e que todos os outros princípios dela derivam, a conjuntura anterior torna-se injustificada. Conclui-se ser necessário que a ação política se dê de acordo com máximas morais, e não técnicas ou de prudência, e que um Estado legítimo é aquele no qual a moralidade, positivada no direito, é causa e fim de sua ação.

PALAVRAS-CHAVE | Filosofia moral, Filosofia da técnica, Kant.

ABSTRACT | *The development of techniques transformed production and efficiency into the ultimate criteria for evaluating human action, turning the human being into a resource to be managed according to market laws, and the purposes of the State no longer being the realization of fundamental rights, but the production of economic effects that violate social and acquired rights. In light of Kantian philosophy, it is argued that morality contains an absolute principle not conditioned by experience or*

1 Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil, sob orientação da Prof[a]. Dr[a]. Karine Salgado. Mestre em Direito e Bacharel em Ciências do Estado pela mesma instituição. ORCID: http://orcid.org/0000-0002-9699-4411. Contato: gabriel-afonso@ufmg.br.

particular circumstances. Since such a rule is a universal practical law that regulates any human action and that all other principles derive from it, the previous situation becomes unjustified. It is concluded that it is necessary for political action to take place in accordance with moral maxims, and not technical or prudential ones, and that a legitimate State is one in which morality, inscribed in positive law, is cause and finality of its action.

KEYWORDS | *Moral philosophy, Philosophy of technology, Kant.*

1. INTRODUÇÃO: A TÉCNICA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO

A história do Estado divide-se em dois grandes momentos até o advento dos fatos revolucionários do século XVIII. No primeiro deles, o poder político justifica-se tendo em vista sua finalidade ética. Trata-se aqui de um *Estado para*, que não é fim em si mesmo, cujo destino é o bem do sujeito inserido na comunidade. Platão, Aristóteles, Agostinho e Tomás de Aquino são representantes dessa forma de se pensar o poder, que se estende da Antiguidade clássica ao fim da Idade Média. Num segundo momento, perde o Estado sua função finalística. Maquiavel e Hobbes exemplificam essa justificativa simplesmente técnica do poder político, que se torna um fim em si mesmo. Sua conquista e conservação o legitimam, e não mais seu fundamento (SALGADO, 1998, p. 5-8).

Quando, em 1789, a *Declaração dos direitos do homem e do cidadão* preconizou que "os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos" e que "o objetivo de toda associação política é a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem", fez-se necessária uma nova forma de se pensar o exercício do poder. Sua legitimidade repousará em sua finalidade alinhada à técnica de seu exercício. Depurada da fé, a filosofia agora toma a razão imanente como critério de organização da vida. É nesse sentido que o poder político justificado é o que possui origem na vontade do povo – e não em um ser transcendente – que o exerce por meio de técnicas – voto, princípio

majoritário, respeito à minoria *etc*. – e cuja finalidade é a declaração e a concretização dos direitos fundamentais – isto é, uma finalidade ética. Justificado é o Estado que tem origem no poder do povo segundo um princípio ontológico de que ele é soberano; cujo poder é exercido por meio de uma estrutura de legalidade que funciona como um princípio lógico de organização formal do poder; e cuja finalidade é ética, isto é, a efetivação da justiça por meio de direitos fundamentais, que são o princípio axiológico do Estado. A técnica é aqui suprassumida na medida em torna possível a mediação entre o princípio ontológico e o axiológico (SALGADO, 1998, p. 9-10)[2].

Ocorre que o imenso desenvolvimento das técnicas ocorridos nos últimos séculos tornou frequente o argumento segundo o qual o progresso científico e técnico pode tornar mais agradável a vida humana. No entanto, somente é livre quem é capaz de dar as razões de sua própria liberdade. A razão científica, "forma mais audaciosa, universal e eficaz das razões", parece ser impotente para nos conceder tal fundamento. Se a ciência nos oferta milhares de opções, comodidades e modos de vida, não é capaz, por outro lado, de nos explicar nossas aspirações fundamentais e a própria natureza do progresso técnico e científico (VAZ, 1993, p. 277-278). Mesmo assim, fetichizamos a técnica e a consideramos o critério último para a avaliação da conduta humana. Se ela possui razão de ser na medida em que contribui para a efetivação de valores éticos, tendemos hoje a considerá-la como um fim em si mesma ou simplesmente não refletimos sobre os fins de seu uso. De uma perspectiva extrema, isso nos leva ao cientismo e à adesão a uma visão de mundo segundo a qual a história ou a natureza já restringiram o campo de ação da vontade humana. Negamos a liberdade: o indivíduo é determinado ou por suas condições histórico-sociais, ou por seus caracteres biológicos, ou por sua *psiquê*. A postura cientista crê que a descoberta de relações de causa

2 A legitimação do Estado implica, assim, seu comprometimento com o direito. À sua finalidade ética - cuja origem remonta a um processo social de consenso que também é ético - junta-se um método para atingi-lo: "o Direito, bem como toda a técnica jurídica, constitui o caminho mais adequado para a consecução do ideal ético consubstanciado no Estado de Direito" (HORTA, 2011, p. 36).

e efeito pela ciência leva a um melhoramento da realidade existente, desde seus aspectos técnicos até o mundo moral. A valoração entre o que é melhor e pior, por sua vez, é extraída da própria natureza das coisas e das leis naturais ou históricas que regem o mundo. À ciência cabe o papel de nos fazer conhecer tais leis e valores. Dessa forma, "a ciência, ou o que é percebido como tal, deixa de ser um simples conhecimento do mundo existente e torna-se geradora de valores à maneira de uma religião; ela pode, pois, orientar a ação política e a moral" (TODOROV, 2005, p. 30-31[3].

Uma lei jurídica, assim, somente adquiriria sentido se inserida em um sistema de regras superior a ela e que não necessariamente se confunde com o sistema jurídico ou com algum valor moral. Em uma civilização que centralizou a ciência em seu sistema de valores, o Direito vai se esforçar por repelir para fora de si toda consideração sobre valores humanísticos externos às normas em questão.

> A 'ciência do Direito' reconhecer-se-ia, pois, pelo fato de impedir o interrogar-se quanto às razões (e sem razões) do Direito. O argumento é tão convincente como o do tecnólogo, que afirmasse que a ciência dos objetos técnicos impede que se interrogue para que servem esses objetos e para que fins foram fabricados (SUPIOT, 2005, p. 95-96).

Se a lei positiva pode ser explicada por meio de sua inserção em um sistema de regras descoberto cientificamente, então o homem deixa de ser visto como sujeito de direito e se torna partícula – histórica, social, biológica... A ideia de justiça dissolve-se. A ciência do direito

3 Esse expediente é precisamente o oposto do que o que tornou possível o surgimento da ética como ciência a partir de Aristóteles. Para o Estagirita, a justificação de um código moral exige o estabelecimento de uma analogia entre as leis naturais e as morais. Nesse sentido, da mesma forma que fenômenos naturais seriam necessários conforme sua lei, uma ação ética também seria necessária conforme a representação de uma lei moral pelo sujeito. Não se trata de submeter as leis morais às leis naturais, mas de estabelecer, *mutatis mutandis*, uma homologia entre ambas. Nesse sentido, ver VAZ, 1993, p. 11-12.

se torna uma "ciência sem consciência [...] própria para justificar as ações mais criminosas" (SUPIOT, 2005, p. 95-99).

Onde poderíamos, então, situar a ideia de justiça? Nas leis das ciências de uma forma geral. As leis universais da história, do mercado e da biologia se impõem sobre o direito positivo e sobre qualquer outra autoridade. São, afinal, científicas. Em um tal contexto, o homem se torna um recurso a ser gerido, em algo cujo custo de funcionamento deve ser sempre menor. A finalidade do Estado deixa de ser, então, a realização dos direitos fundamentais, mas sim a produção de efeitos econômicos. Direitos sociais deixam de ser concretizados, direitos adquiridos são violados, e a insegurança jurídica torna-se comum. O poder se torna seu próprio fim, "pois que é sua tarefa primeira manter-se no poder e preservá-lo, e ao mesmo tempo como meio para realizar o objetivo técnico-financeiro de uma facção da sociedade civil. Não é mais o político que toma decisões fundamentais". Nesse sentido, órgãos estatais econômicos – ou mesmo não estatais - deliberam politicamente, o que implica uma usurpação do poder, pois a tomada de decisão ocorre por vias que não a representativa ou a direta. Prevalecem os critérios supostamente técnicos em detrimento de uma crítica da própria técnica a partir das dimensões da origem popular do poder e de sua finalidade ética. Instaura-se uma lógica perversa: disfarçado em meios a critérios científicos e neutros – dados, números, previsões, estatísticas, opiniões de especialistas *etc*. – argumenta-se, *ad terrorem*, que direitos devem ser mitigados e que o sistema democrático e a constituição necessitam de reparos (SALGADO, 1998, p. 13-14).

Em termos gerais, e não apenas jurídicos, essa questão diz respeito à possibilidade de se submeter as ciências a uma instância ética – e, consequentemente, jurídica - que não seja ela mesma científica, isto é, sobre a possibilidade do estabelecimento de uma ética metacientífica, questão que se complica ao nos darmos conta de que nenhum sistema ético foi capaz de articular de fato e universalmente todas as práticas científicas. É certo que essas práticas parecem gozar de uma universalidade – mesmo que provisória -, uma vez que são aceitas pela comunidade científica de forma unânime. Nesse sentido, a

ciência teria uma universalidade *de facto* e *de jure*. A moral, por sua vez, uma universalidade *de jure*, mas não *de facto*. De toda forma, a decisão quanto ao estabelecimento de uma ética científica extrínseca à ciência ou mesmo de uma ética derivada dela cabe à filosofia, ultrapassando os limites conceituais e metodológicos das próprias ciências (VAZ, 1993, p. 205-207). É precisamente nesse ponto que o criticismo de Kant se faz atual: ela nos recorda a supremacia da moralidade sobre a técnica e mesmo sobre aspirações, frequentemente individualistas e materialistas, de busca da felicidade.

2. A FILOSOFIA MORAL DE KANT COMO CRÍTICA À TÉCNICA

Uma vez estabelecido que a razão teórica pode tão-somente conhecer os objetos que aparecem aos sentidos do sujeito, Kant logo se dá conta de que essa mesma razão, insistentemente, deseja produzir alguma forma de conhecimento que não seja derivada de dados empíricos. Nesse esforço, pretende conhecer a liberdade, a alma imortal e Deus. Essas três ideias, contudo, não possuem nenhum uso imanente, uma vez que não constituem objetos da experiência. Ora, a razão teórica não pode prescindir das causas naturais que explicam os fenômenos e da experiência para formar seu conhecimento. Nesse sentido, liberdade, alma imortal e Deus não interessam à especulação da razão, são inúteis para a ampliação do conhecimento. Entretanto, recorrentemente a razão quer alcançá-las. Somente o pode, assim, através de seu uso prático (*KrV* B 825-828).

Se, no uso teórico da razão, a natureza é a fonte de todo conhecimento, e as ideias, fonte de ilusões em sua aspiração pelo incondicionado; no uso prático, por outro lado, a ideia possui uma dimensão positiva: é o princípio de ação do sujeito.

> Não sem razão, portanto, a filosofia de Platão é assumida por Kant como um modelo e ponto de partida para sua ética, já que o mundo sensível nesse domínio é irreal e o inteligível, o real. Eis porque a

> ideia criada pela razão, que não se dirige ao sensível, considerada por isso mesmo como vazia no plano teórico, assume a primeira posição na filosofia prática de Kant (salgado, 1986, P. 145).

Afinal, aquelas três ideias sobre as quais a razão almeja produzir algum conhecimento nos revelam precisamente a dimensão moral do homem: se minha vontade é livre, se há uma vida futura e se Deus existe, então como devo agir?[4]

A ação ética não se confunde com a satisfação das necessidades materiais que poderiam nos levar à felicidade[5]. A felicidade é a satisfação de todas as nossas inclinações, quanto a sua multiplicidade, grau e duração. Uma lei pragmática, isto é, uma regra de prudência, é uma lei prática – diz respeito, portanto, à ação - que nos indica como ser feliz. Ela é fundada, contudo, em princípios empíricos, já que não se pode saber sem a experiência quais são nossas inclinações a serem satisfeitas. Por outro lado, uma lei moral, isto é, uma lei dos costumes, não nos prescreve a felicidade, mas sim como sermos dignos dessa felicidade. Para tanto, necessita abstrair todas as inclinações da natureza e considerar apenas a liberdade como critério de distribuição da felicidade. Tal lei pode ser fundada em ideias da razão pura, isto é, naqueles conceitos pensados aprioristicamente pelo sujeito. Sintetiza Kant:

4 "Como isto diz respeito à nossa conduta relativamente ao fim supremo, o fim último da natureza sábia e providente na constituição da nossa razão consiste somente no que é moral". O fim último da razão relaciona-se ao interesse comum da humanidade e que, como se vera adiante, não se subordina a nenhum outro, isto é, à conduta moral (*KrV* B 828-829).

5 Entre os epicuristas, por outro lado, o prazer é o fundamento da ética. Se a herança intelectual de Sócrates estabelecia que a ação deve ser pautada pela realização da essência do ser humano, isto é, pela realização de sua *areté*, seu bem, o que o torna feliz; Epicuro, contrariamente, ao estabelecer que a realidade é apenas um agregado de átomos, conclui que o bem específico do homem é sua realização material, seu prazer. "Portanto, princípio e fim do agir humano deve ser o prazer, porque esse é o verdadeiro bem natural; é aquilo que, quando possuído, o torna feliz" (REALE, 2017, p. 204).

> admito que há, realmente, leis morais puras que determinam completamente *a priori* o fazer e o não fazer (sem ter em conta os móbiles empíricos, isto é, a felicidade), ou seja, o uso da liberdade de um ser racional em geral e que estas leis comandam *de uma maneira absoluta* (não meramente hipotética, com o pressuposto de outros fins empíricos) e portanto são, todos os títulos, absolutas (*KrV* B 835).

Uma vez que a resposta à pergunta sobre como devo agir conduz à investigação das ideias, é necessário que a razão prática seja também pura. Se não fosse, seus princípios do agir humano não seriam *a priori*, mas empíricos e condicionados. Essa investigação, portanto, deve pressupor a liberdade de quem age moralmente. Nesse sentido, a questão moral diz respeito ao fundamento racional ou não da ação, e não ao que motiva a tomada de decisão moral – que é a liberdade, no caso da ação moralmente correta (SALGADO, 1986, p. 152-153).

No processo de demonstração dessa metafísica dos costumes, Kant se esforça por assentar a ética em princípios *a priori*, o que nenhuma teoria moral até então havia feito, uma vez que todas se fundam em princípios externos a elas mesmas. Por conseguinte, Kant combate toda forma de ética empírica e eudemonista por meio da razão - herança da ilustração - e da noção de dever - herança do pietismo. A razão purifica a ética da empiria e lhe confere universalidade, e o dever retira da ação moral todo interesse - mesmo a felicidade - que não seja ele mesmo. Embora se destine para a moral, a razão cria uma série de códigos e normas de conduta que se contradizem. Nesse sentido, para que a própria ação moral seja justificada pela razão, se faz necessária também essa crítica da razão prática (SALGADO, 1986, p. 146-148).

Kant busca, assim, o princípio absoluto da moralidade, isto é, aquela regra que seja o fundamento último do agir humano. O ser moral age segundo a representação dessa lei – ao contrário do animal, que age conforme a lei de sua espécie, seu instinto. O princípio prático absoluto – que informa uma ação e é fundado na razão –– é objetivo

e universal, pois vale para todos os seres racionais. Não decorrendo de nenhum dado sensível, é *a priori*, formal e incondicionado, não se fundamentando em nenhum fim subjetivo ou empírico (SALGADO, 1986, p. 200-201). Nesse sentido,

> uma ação praticada por dever tem o seu valor moral, não no propósito que com ela se quer atingir, mas na máxima[6] que a determina; não depende portanto da realidade do objeto da ação, mas somente do princípio do querer segundo o qual a ação, abstraindo de todos os objetos da faculdade de desejar, foi praticada (*Grundlegung* BA 13).

Um suposto mundo moral - no qual todas as coisas são como devem ser, isto é, de acordo com a vontade livre do sujeito - é inteligível. Assim o é, pois deve abstrair todas as inclinações sensíveis da natureza humana que obstaculizam a realização da lei ética. Essa ideia de mundo moral, de fato, possui uma realidade objetiva, não no sentido de ser um objeto de uma hipotética intuição, mas no de que o mundo sensível deve se adequar a ela o tanto quanto possível e no de que o livre arbítrio do sujeito possui uma unidade consigo mesmo e com todos os demais, formando uma unidade sistemática sob leis morais (*KrV* B 836).

Em um tal sistema, a liberdade, movida e limitada pelas leis morais, seria verdadeiramente a causa da felicidade de todos, de forma que os indivíduos far-se-iam a si mesmos e a todos felizes. Entretanto, o mundo moral é tão-somente uma ideia cuja realização depende de cada um fazer o que deve. Isso somente seria possível se todas as ações de todos os seres tivessem origem numa vontade suprema capaz de subordinar todos os arbítrios particulares. Como cada qual age da forma como bem entende, o que implica a possibilidade de ação

6 Quando o sujeito elege a lei moral como fundamento de sua ação, ou seja, quando a lei prática se torna um princípio subjetivo de ação, lhe damos o nome de máxima. "A *apreciação* da moralidade na sua pureza e suas consequências faz-se em conformidade com *ideias*, a observância das suas leis, de acordo com *máximas*" (*KrV* B 840).

contra a lei moral, logo não se pode afirmar que se deve esperar a felicidade se se age moralmente: mesmo que eu aja moralmente, o outro poderá não agir. Assim, "o laço necessário, acabado de apontar entre a esperança de ser feliz e o esforço incessante de se tornar digno da felicidade, não pode ser conhecido pela razão, se tomarmos a natureza simplesmente por fundamento". Por isso, Kant pressupõe a existência de uma inteligência moralmente perfeita que é a causa da felicidade de todo o mundo, pois subordina os arbítrios individuais de forma que a liberdade de cada um seja a causa da felicidade de todos – em outros termos, pressupõe a existência de Deus. Somente assim é possível uma relação entre agir moralmente e ser feliz (*KrV* B 837-839).

O bem perfeito, nesse sentido, não é somente o cumprimento do dever moral ou a felicidade isoladamente. Ele é constituído pelo merecimento da felicidade e pela esperança de nela participar. E é a disposição moral que torna possível a participação na felicidade. Do contrário - isto é, caso a perspectiva da felicidade tornasse possível a disposição moral -, a disposição moral não seria propriamente moral, mas apenas a satisfação de inclinações da natureza. Nesse sentido, o limite da felicidade é a conduta imoral (*KrV* B 841-842).

Em síntese, a Filosofia prática trata das leis objetivas do livre arbítrio, da necessidade objetiva de uma ação livre ou por dever. Essas regras são mandamentos, pois obrigam a vontade, criando uma necessidade objetiva de ação, e se expressam por meio de imperativos. Há três tipos de regra/imperativo: de habilidade, de prudência e de moralidade (KANT, 2018, p. 88-89).

Os imperativos de habilidade, ou problemáticos, expressam uma necessidade da vontade tendo em vista um fim. Trata-se do meio para se atingir uma finalidade. Em todas as ciências práticas, existem tais imperativos, que "ordem apenas hipoteticamente, pois a necessidade do uso do meio é sempre condicionada, a saber, sob a condição do fim". Segundo Kant, a filosofia prática não contém imperativos de habilidade, mas apenas de moralidade e de prudência. O imperativo de prudência, por sua vez, expressa o meio para se atingir o fim universal do ser humano, isto é, a felicidade. Essa finalidade já está determinada,

é uma condição "necessária assertórica universal, que está em todos os seres humanos". Não é uma intenção incerta ou meramente possível, mas certa e necessária para todo ser humano. Ora, diverge-se sobre o que é a felicidade e como obtê-la, mas não quanto ao fato de todos a desejarem. O fim desse imperativo, a felicidade, é uma condição subjetiva necessária. O imperativo cujo fim a ser realizado é uma condição objetiva necessária é denominado moral. A finalidade, na verdade, não é determinada, pois a ordem desse imperativo é incondicional, isto é, o meio – a ação moral, o comando do imperativo - é avaliado em si mesmo, possuindo uma bondade que independente desse fim. Quem mantém sua palavra e nunca mente, por exemplo, possível um valor absoluto interno imediato, independentemente dos fins a que essa ação o pode levar (KANT, 2018, p. 88-92).

O princípio da moralidade, diferentemente dos demais, é incondicionado e vale universal e incondicionalmente, não sendo influenciados pelos desejos do agente. Nesse sentido, é uma ideia da razão e regra da conduta humana. "Demais, os princípios técnicos devem submeter-se aos princípios da prudência, que procuram realizar a felicidade humana e os da prudência devem submeter-se ao princípio da moralidade. Só este é, pois, incondicionado". Nesse sentido, "aqueles princípios (técnicos [de habilidade] e da prudência) são, portanto, duas vezes condicionados: porque se sujeitam, na sua aplicação, aos desejos e aos fins que querem realizar e porque se sujeitam a uma lei absoluta e incondicionada, ou seja, ao supremo princípio da moralidade" (SALGADO, 1986, p. 201).

Ora, se o princípio objetivo da moral não é determinado por nada, senão pela razão mesma, incondicionalmente, e se, por esse motivo, serve de regra de ação para todos os seres racionais, ele então é uma lei prática universal. Seu fundamento é o próprio fato de a natureza racional existir como um fim em si mesma. Todos os outros princípios devem, então, dele derivar (*Grundlegung* AB 66). Transformada em mandamento, comando, imperativo, tal princípio se formula do seguinte modo: "age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal"

(*Grundlegung* AB 52). Uma vez que a lei moral é determinada pela razão pura prática e é universal, torno-me, então, legislador naquele mundo moral inteligível, reino dos fins onde me torno eu próprio um fim em si mesmo (*Grundlegung* AB 77).

Transformada minha vontade em lei universal, não posso mais ser gerido como coisa pela burotecnocracia, adquiro dignidade e meus direitos não podemser violados[7]. Um Estado poiético torna-se injustificado. Dentre tantos outros[8], temos aqui um dos elementos da filosofia crítica que se mantém atual. Ora, uma vez que moral e política se imbricam, isto é, uma vez que a existência política é uma elevação do indivíduo empírico ao plano universal de uma vida regida por normas racionais que contêm imperativos morais de dever ser (VAZ, 1993, p. 143), é necessário que os homens públicos ajam de acordo com máximas morais, e não técnicas ou de prudência. Um Estado ético é aquele no qual a moralidade, positivada no Direito[9], é o fundamento e fim de toda ação. A técnica – o atendimento a supostas leis econômicas ou biológicas – ou a prudência – a satisfação dos interesses materiais em busca da felicidade – podem até existir em tal Estado, mas apenas subordinadas ao princípio objetivo moral de ação[10].

7 É justamente na época de Kant que dignidade humana e direitos subjetivos se relacionam. É o século XVIII que concebe o homem como um ser dotado de direitos que lhe são intrínsecos, que derivam de sua natureza, isto é, de sua dignidade como ser moral – contribuição esta feita pela filosofia crítica de Kant. Na verdade, "a dignidade humana, ideia que representa este valor absoluto que o homem expressa, se tornará medida para toda a filosofia kantiana, e prescreverá a necessidade de um direito, de um Estado e de um mundo – sempre por um empenho em se pensar a humanidade, o universal – que dê efetivamente reconhecimento e realidade a ela. A história e a ideia de progresso, temas encampados pela Ilustração, surgem aqui como pontos inevitáveis na saga da humanidade rumo à efetivação plena da dignidade. Só ela interessa à Ilustração. Só ela interessa a Kant, o que o faz afirmar em sua obra *A metafísica dos costumes*, que, enquanto houver um ser humano tratado como meio, não como fim, toda a humanidade está rebaixada e ferida na sua condição de dignidade" (SALGADO, 2017, p. 38).

8 Semelhante conclusão poderia ser extraída, além de outros textos kantianos menores, do estudo de *A metafísica dos costumes* e de *À paz perpétua*.

9 Nesse sentido, ver SALGADO, 2007.

10 Não à toa, Kant recorda que a inviabilidade empírica da ideia – e especificamente, em nosso caso, da lei moral - não a torna inútil ou inválida, citando a *República*,

3. UM BREVE ESTUDO DE CASO COMO CONCLUSÃO

Ilustrativas de uma lógica poiética são as polêmicas nas quais o governador do Estado de Minas Gerais se envolveu quando da criação do *Consórcio de integração Sul e Sudeste* (COSUD). Trata-se de um protocolo de intenções - subscrito, via lei, pelos governadores dos Estados das duas regiões - cujo objetivo é "promover a integração dos entes consorciados e a consecução de interesses comuns, valendo-se, para tal, de todos os meios e instrumentos em direito autorizados" (Lei do Estado de São Paulo nº 17.799, de 6 outubro de 2023, cláusula 8ª, *caput*). Ocorre que, em entrevista ao jornal *O Estado de São Paulo*, publicada em 5 de agosto de 2023, o governador afirmou que o que motivaria a criação do Consórcio é evitar que, em matérias de competência da União[11], "o Brasil pare de avançar no sentido que avançou nos últimos anos – que é necessário, mas tem um limite – de só julgar que o Sul e o Sudeste são ricos e só eles têm que contribuir sem poder receber nada". Ora, continua ele, "isso não pode ser intensificado, ano a ano, década a década. Se não você vai cair naquela história, do produtor rural que começa só a dar um tratamento bom para as vaquinhas que produzem pouco e deixa de lado as que estão produzindo muito".

---

de Platão, como exemplo. Um Estado deve garantir a máxima liberdade humana, de forma que a liberdade de um coexista com a de outrem. Essa ideia serve de fundamento à constituição do Estado e de suas leis. Os obstáculos, tanto da natureza humana quanto de legística, devem ser superados. A experiência empírica contrária a tal ideia não é, assim, suficiente para invalidá-la. Na verdade, tal experiência existe precisamente porque a ideia não é aplicada: "quanto mais conformes com esta ideia fossem a legislação e o governo, tanto mais raras seriam, com certeza, as penas; pelo que é perfeitamente razoável (como Platão afirma) que, numa perfeita ordenação entre legislação e governo, nenhuma pena seria necessária. Embora tal não possa nunca realizar-se, é todavia perfeitamente justa a ideia que apresenta este *maximum* como um arquétipo para, em vista dele, a constituição legal dos homens se aproximar cada vez mais da maior perfeição possível. Pois qual seja o grau mais elevado em que a humanidade deverá parar e a grandeza do intervalo que necessariamente separa a ideia da sua realização, é o que ninguém pode nem deve determinar, precisamente porque se trata de liberdade e esta pode exceder todo o limite que se queira atribuir" (KrV B 373-374).

11 À época da entrevista, a Câmara dos Deputados discutia a Proposta de Emenda à Constituição nº 45, de 2019, conhecida nas mídias como Reforma Tributária.

A criação do COSUD em nada contradiz a finalidade ética do Estado brasileiro, o qual, segundo a Constituição Federal, é formado por união indissolúvel de Estados e Municípios, possuindo ambos autonomia política para se organizarem (artigos 1º, 25 e 29). Isso, no entanto, não autoriza os governadores dos Estados a fazerem um uso servil de sua razão. Esse uso poiético é determinado tão somente pela realidade: razão instrumental que se preocupa com o como fazer algo, e não com o porquê de se estar fazendo algo (SALGADO, 1998, p. 4). Isso quer dizer que ponderações de ordem exclusivamente empírica – especialmente econômica – não devem obscurecer a finalidade ética por sobre a qual se constitui o Estado brasileiro e que se concretiza por meio da ação de seus agentes públicos. Dentre os inúmeros dispositivos constitucionais que preveem uma ação desigual – porém equânime – da União em relação aos Estados, encontra-se a previsão de que ela poderá "articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais" (art. 43), o que pode mesmo incluir incentivos regionais que compreendam "isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas" (§ 2, III). O tratamento diferenciado a entes federados desiguais, nesse sentido, não é questão a ser analisada unicamente sob a ótica econômica, embora ela se faça presente aqui. O fundamento dessa diferenciação, nesse sentido, reside justamente no imperativo ético a que o Estado se submete, a saber, concretizar, de forma equânime e para todos, os direitos previstos no texto constitucional, especialmente os direitos sociais e econômicos cuja efetivação depende de uma ação positiva dos Estados federados, o que somente será garantido se houver a mitigação das desigualdades socioeconômicas entre eles.

Não se pretende, evidentemente, que a leitura da *Fundamentação da metafísica dos costumes* seja compulsória para os governadores. Obrigação inescusável de convencê-los, todavia, cabe aos que saíram da menoridade e que são capazes de reformar as mentalidades e as ações de outros homens por meio de seu pensamento livre (*WA* A 483-484). A atualidade da filosofia crítica, nesse sentido, não reside apenas

na recuperação de seus elementos práticos mais essenciais, mas também em sua exigência por uma formação ética de todos através da liberdade do pensar.

REFERÊNCIAS

HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KANT, Immanuel. **Lições de ética**. Tradução de Bruno Leonardo Cunha e Charles Feldhaus. São Paulo: Unesp, 2018.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: o que é o iluminismo? *In*: KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos.** Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002.

REALE, Giovanni. **História da filosofia grega e romana, vol. V: filosofias helenísticas e epicurismo**. Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2017.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de Justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como *máximum* ético**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado ético e o Estado poiético. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 27, n. 2, 1998.

SALGADO, Karine. Ilustração e dignidade humana. *In*: HORTA, José Luiz Borges; SALGADO, Karine. **História, Estado e Idealismo alemão**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2017.

SUPIOT, Alain. ***Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito**. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

TODOROV, Tzvetan. **O Jardim Imperfeito: o pensamento humanista da França**. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Escritos de Filosofia II: ética e cultura**. São Paulo: Edições Loyola, 1993.

PRAGMATISMO JURÍDICO POSNERIANO E INTEGRIDADE: A LEGALIDADE, A IGUALDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA DESAFIADAS PELA CONVENIÊNCIA POLÍTICA

POSNERIAN LEGAL PRAGMATISM AND INTEGRITY: LEGALITY, EQUALITY, AND LEGAL SECURITY CHALLENGED BY POLITICAL CONVENIENCE

Renan Coimbra Borges[1]

RESUMO | O artigo tem como tema o pragmatismo jurídico posneriano e a sua relação de conveniência com o valor de legalidade. Insere-se no segundo debate entre Richard Posner e Ronald Dworkin. O problema, por sua vez, está na maneira como juízes, especificamente ministros de Supremas Cortes, flexibilizam ou afastam a legalidade a fim de realizar objetivos políticos, como a defesa da democracia e o combate à corrupção. Nessa visão pragmática, objetivos e políticas, a partir de um critério de razoabilidade, de modo empírico, podem sobrepujar precedentes, princípios e regras jurídicas, principalmente quando recorrem ao argumento de excepcionalidade. Entretanto, busco demonstrar que a legalidade é a substância valorativa que regula, restringe ou possibilita todas as práticas jurídicas numa jurisdição, ela é a medida que habilita a ação institucional. A legalidade e a integridade exigem restrições à atuação da autoridade, especialmente em momentos de crise. Rejeito, assim, o pragmatismo posneriano como teoria prática do direito.

PALAVRAS-CHAVE | pragmatismo jurídico; legalidade; argumento de excepcionalidade; integridade.

ABSTRACT | *The paper has as subject the posnerian legal pragmatism and its relation of convenience with the value of legality. Inserts in the second debate between Richard Posner and Ronald Dworkin. The problem is*

1 Graduado em direito pela Universidade Federal de Lavras. Advogado - 227190/MG. Associado da Associação Serras de Minas. Endereço eletrônico: renan_cxb@hotmail.com.

in the manner judges, especially members of Supreme Courts, bend and push away legality to fulfill political goals, as the defence of democracy and the fight against corruption. In this pragmatic view, goals and politics, from a criterion of reasonableness, in an empirical mode, can overcome precedents, principles and legal rules, mainly when using the excepcionality argument. However, my aim is to demonstrate that legality is a substantive value that regulates, restricts and allows all legal practices in a jurisdiction, it is the measure that enables the institutional action. Legality and integrity both require restrictions to the authority's action, especially in moments of crises. I reject, therefore, the posnerian pragmatism as a practical theory of law.

KEYWORDS **|** *legal pragmatism; legality; excepcionality argument; integrity.*

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema o pragmatismo jurídico posneriano e a sua relação de conveniência com o valor de legalidade. Insere-se no segundo debate entre Richard Posner e Ronald Dworkin (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 225 a 241). O problema, por sua vez, está na maneira como juízes, em específico ministros de Supremas Cortes, flexibilizam ou afastam a legalidade a fim de realizar objetivos políticos, como a defesa da democracia e o combate à corrupção.

Em específico, pretendo responder à questão: os objetivos democráticos, principalmente aqueles genuinamente democráticos, justificam e oferecem legitimidade suficiente à autoridade pública, como juízes e em particular ministros de Supremas Cortes, para afastar a fundamentação jurídica desses objetivos democráticos, sobretudo em momentos de crise institucional? Apresentarei duas respostas, uma de acordo com o pragmatismo posneriano e outra de acordo com a integridade.

Essa pergunta fundamental, preciso esclarecer, é de extrema relevância para o atual cenário político e jurídico brasileiro. Diante da crescente atuação das Cortes Superiores, da natureza das decisões

envolvidas e dos argumentos em defesa dessas decisões, ofereço uma reflexão que pode contribuir para a discussão sobre crises institucionais e emergenciais no Estado de direito. Em síntese, estabeleço qual caminho não devemos escolher e qual caminho é mais consistente. Nesse sentido, o debate entre Posner e Dworkin se apresenta como um referencial teórico poderoso para fazer essa escolha.

A metodologia usada consiste no chamado método argumentativo (LOPES, 2006, p. 58 e 59). Procurei estabelecer uma inquietação, a princípio confusa, e transformá-la em uma hipótese normativa, isto é, numa interpretação da ação ou do estado de coisas (interpretação da realidade a partir da lente do dever e do direito). Isso consiste, portanto, numa sugestão concreta "suscetível de ser declarada verdadeira ou falsa." (GUSTIN; DIAS; NICÁCIO, 2020, 114 p.). O estilo adotado é de enfretamento analítico característico do mundo anglo-saxão (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 34).

Desse modo, a *segunda seção* busca oferecer: (i) uma compreensão crítica dos principais elementos que constituem o pragmatismo de Posner e (ii) responder pragmaticamente à pergunta central contida nessa introdução. A *terceira seção* foca no argumento de excepcionalidade, especificando como ele vem sendo utilizado no contexto brasileiro por meio de dois exemplos, a saber, a possibilidade do cumprimento de pena após a condenação em segunda instância e o combate às fake news. Na *quarta seção* apresento uma resposta que respeita e leva a sério a legalidade, rejeitando taxativamente o pragmatismo de Posner como uma teoria prática do direito. Reitero, por fim, que o pragmatismo posneriano é perigoso ao Estado de direito e apresenta ferramentas capazes de proporcionar medidas autoritárias e inconstitucionais.

2. O PARECER PRAGMÁTICO DE POSNER

O pragmatismo jurídico pretender ser uma teórica prática do direito, sem abstrações, fundamentada no critério último

de razoabilidade.[2] Atrela-se esse critério à capacidade do juiz, proveniente de sua orientação empírica, de obter conhecimento sobre determinado caso e julgá-lo a partir desse conhecimento. Há, portanto, uma limitação natural sobre essa decisão, haja vista que o juiz não pode saber tudo e está sujeito ao desenvolvimento do processo, especificamente aos autos desse processo.[3]

> A orientação empírica e as suspeições de abstração implicam que o pragmatismo jurídico é politicamente orientado (*policy oriented*). Quando exercer a discricionariedade, a qual o pragmático acredita ser um inescapável e frequente dever judicial, o juiz está engajado em fazer julgamentos políticos em vez de deduzir decisões de regrais jurídicas. O direito não é um mistério ou um braço da teoria moral; ele é uma ciência política. (POSNER, 2004, p. 60, tradução livre)[4]

A orientação política proposta por Posner pode sobrepujar precedentes e regras jurídicas, não de maneira completamente arbitrária, mas por exigência dessa "razoabilidade". O direito, assim, pode ser usado como instrumento para afastar direitos e princípios, seja com fundamentos republicanos ou meramente convicções pessoais de magistrados. Aliado à retórica de concepção aristotélica

2 "The ultimate criterion of pragmatic adjudication is reasonableness". POSNER, Richard. **Law, Pragmatism, and Democracy**. Cambridge, MA: Oxford University Press, 2003. 60 p.

3 "The pragmatic judge tends to favor narrow over broad grounds of decision in the early stages of the evolution of a legal doctrine. This is a corollary of such a judge's empiricist orientation: the broader the ground of decision, the more empirical knowledge the judge requires, and that knowledge is difficult to acquire at the outset of development of a legal doctrine." POSNER, Richard A. Legal Pragmatism. **Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishing LTD**. Vol. 35, Nos. ½, 2004a. p. 152. As referências completas estão na seção de referências.

4 Ele afirma que os precedentes, em última instância, servem ao pragmático como uma "(...) tool rather than a master (...)." Ibid., p. 152.

(POSNER, 2003, 60 p.), como um modo de raciocínio persuasivo estruturado no senso comum, esse pragmatismo jurídico representa um desafio contundente à prática jurídica, à legalidade e ao direito como integridade. Não tanto do ponto de vista teórico, mas do ponto de vista *prático*.

Essa reivindicação de praticidade do pragmatismo é atraente às pessoas e aos juristas em uma jurisdição. Não é o único motivo: (i) ele possui um apelo de simplicidade, de modo a torná-lo de fácil compreensão. Não é necessário uma teoria complexa, basta alguns preceitos para ilustrar o seu propósito;[5] (ii) o pragmatismo jurídico é consequencialista,[6] ele "olha para o futuro (*forward-looking*), considerando a adesão à decisão passada como uma (qualificada) necessidade em vez de um dever ético (*ethical duty*)." (POSNER, 2003, p. 60). Isso significa oferecer aos indivíduos um teste de razoável possibilidade diante dos problemas concretos de uma sociedade, pretendendo ser imparcial, impedindo decisões visivelmente arbitrárias e estabelecendo critérios bastante claros; e (iii) apela, em última instância, ao senso comum e à opinião pública para reivindicar sua legitimidade. A falta de legalidade nas decisões pragmáticas representa, posição a qual defendo com veemência, uma derrota

5 Ibid., 59 e 60 p. Inclusive, afirma que a teoria jurídica de Dworkin, por exemplo, embora tenha mérito, é "(..) too abstratct for a case-based legal system." POSNER, Richard. Conceptions of Legal "The-ory": A Response to Ronald Dworkin. **Arizona State Law Journal 377**. University of Chicago Law School, 1997. p. 387. Entretanto, Posner confunde uma teoria demandante com uma teoria impraticável. O direito como integridade é uma teoria que foi construída a partir da prática e voltada para esta, por isso Dworkin apresenta, dentre outras, a noção de prioridade local (casos concretos).

6 Posner rebate as críticas feitas por Dworkin e não aceita os rótulos de relativista e utilitaristas. "I am neither." Ibid., p. 387. Ele explica que o "foward-looking" é usado "to contrast an approach, the pragmatic, that aspires to make things better for the present and the future and cares about the past only insofar as the past provides guidance to the present and the future, with an approach that values the past for its own sake [...]." Ibid., p. 385. Concordo, porém, com a análise feita por Richard Epstein, "[...] anyone who is interest in pragmatism should be some form of consequentialist, that is, somone who thinks tha goodness or badness of legal rules or individual actions should be evaluated in terms of their consequences." EPSTEIN, Richard A. The Perils of Posnerian Pragmatism. **University of Chicago Law Review**. Vol. 71, No. 2. 2004, p. 649.

argumentativa e prática do direito. Para o pragmatismo, o direito se dobra à política, mas a política em um sentido muito particular de convenção, intuicionismo e consensos momentâneos no debate público.[7]

Posner provavelmente concordaria com os dois primeiros motivos, praticidade e simplicidade; discordaria do segundo, consequencialismo, embora tentasse defender de alguma forma uma versão menos interessante e compromissada com essa corrente filosófica; e concordaria em partes com o terceiro, não um apelo ao senso comum, no sentido pejorativo, mas na verdade como um suporte prático, empírico da realidade.[8] Esse último ponto merece ser melhor explorado.

2.1. ABORDAGEM PRAGMÁTICA

Dworkin enfrenta o que ele chama de abordagem pragmática (*pragmatic approach*), de caráter experimental, não no sentido de teoria experimental, mas de substituir uma teoria propriamente dita pelo experimentalismo. Segundo o autor, o pragmático aconselha que:

> Advogados e juízes deveriam tentar diferentes soluções para ver qual delas resolve o problema (*which work*), sem se preocupar com qual é recomendada ou endossada por alguma grande teoria (*grand theory*). Eles devem se concentrar nos problemas práticos

7 "A court, as Epstein fails to understand, cannot get too far ahead of public opinion." POSNER, Richard. Legal Pragmatism Defended. **Chicago Unboun**. University of Chicago Law Review 683. Vol. 71, No. 2. 2004b. p. 689.

8 "Emphasizing the practical, the forward-looking, and the consequential, the pragmatist, or at least my kind of pragmatist (for we shall see that pragmatism comes in an anti-empirical, antiscientific version), is empirical. The pragmatist is interested in "the facts," and thus wants to be well infor-med about the operation, properties, and probable effects of alternative courses of action. At the same time he is skeptical about claims that we can have justified confidence in having arrived at the final truth about anything." POSNER, Richard A. **Overcoming Law**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995. 5 p.

> diante deles, antes de se perguntarem qual as soluções possíveis na verdade proporcionariam as melhores coisas. (DWORKIN, 2006, p. 63, tradução livre).

A princípio, isso pode ajudar em algumas situações simples, como tentar todo o possível para fazer um carro estragado funcionar. Pode, inclusive, ajudar um cosmólogo (*cosmologist*) em sua tese sobre a idade do universo. Em ambos os casos, não se deve ter qualquer preocupação com as premissas ou fundamentos aos quais constituíram essas situações. Não interessa como o carro funciona ou por meio de qual forma o universo é hoje o que é. Interessa o valor prático, a ação. O carro funciona; o cosmólogo tem a sua tese sobre o universo (DWORKIN, 2006, 62 e 63 p.).

Entretanto, Dworkin usa outros dois exemplos a fim de ilustrar o quanto esse conselho é inútil (*useless*). O primeiro deles é se um juiz deveria responsabilizar as empresas farmacêuticas (*drug companies*) por danos causados a um paciente pela ingestão de pílulas produzidas por elas. O segundo exemplo, e aquele cujo foco gostaria de analisar em detalhes, é sobre como um juiz decidiria sobre a controvérsia do *aborto*. Controvérsia esta que demonstra a dimensão de moralidade política da prática jurídica de maneira escancarada. Todos os motivos que elenquei no começo dessa seção para constatar o quanto o pragmatismo é atraente, não funcionam como reivindicações externas de legitimidade para justificar a sua decisão.[9] O exemplo do abordo afasta categoricamente o viés puramente prático da decisão, sendo inócuo para sustentar *qualquer* posição que a autoridade pública venha a tomar. Nesse sentido, o pragmatismo não oferece razões de inteligibilidade à decisão, ou se as oferece, oferece de maneira *conveniente*, às vezes contraditória, seja ela qual for. O argumento de

9 Não encontram porque: "(...) compreender uma prática argumentativa sobre um conceito interpretativo envolve a compreensão do sentido que os agentes emprestam aos valores e aos argumentos que estão envolvidos nessas práticas e, portanto, à própria interpretação "interna" (interior à prática) realizada pelos agentes." MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto**. Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013. 208 p.

experimentação, de tentativa ou erro, de ver qual solução "resolve o problema" fracassa por não ter consistência teórica e perde seu apelo prático por não apresentar uma resposta contundente à comunidade política.

Posner, por óbvio, rejeita essas críticas feitas por Dworkin. Afirma que a Suprema Corte errou ao decidir "prematuramente" a questão do direito ao aborto nos Estados Unidos.

> Se a Corte tivesse evitado completamente o problema ou decidido com base em uma área estreita [...], os estados estariam livre para experimentar com diferentes abordagens a questão do aborto e eventualmente uma resposta poderia emergir para ser elogiada para a Corte, e para a nação, como ambos prático e íntegro. É a esta possibilidade, com seu indubitável elemento de tentativa e erro, que o antipragmatismo de Dworkin é cego; e a sua cegueira empobrece sua teoria. (POSNER, 1997, p. 386, tradução livre).

O método posneriano é bastante simples ao rebater esses apontamentos negativos à sua compreensão de direto: a investigação empírica, a partir de evidências comprováveis (de base científicas), oferecem instrumentos para resolver os problemas práticos, ou seja, é somente por meio das circunstâncias (do ponto de vista funcional) que se tem um critério para criticar "códigos morais". Olha-se para o que funciona como padrão de correção da prática. Se não existe "o que funciona", usa-se um critério cético e relativista de experimentação/adequação local.[10] Além disso, afirma em vários momentos que seus argumentos foram interpretados de maneira equivocada.

10 "When moral claims are founded on testable empirical hypotheses - when, in other words, they are defended as functional - a space is created for moral criticism based on empirical investigation. In that situation we can employ the moral premises of the culture whose morality is at issue, and reasoning from common premises reach a conclusion that our local interlocutor may be forced as a matter of logic to accept

2.2. A LEGITIMIDADE FROUXA E OS OBJETIVOS POLÍTICOS

Um dos maiores desafios a esta teoria do direito é a defesa de sua legitimidade. Na esteira dos elementos que fazem o pragmatismo atraente aos juristas, funcionando também como fontes de legitimidade, há outros elementos que merecem ser mencionados. Sucintamente, legalidade produz legitimidade. Porém, na ausência da primeira, a segunda precisa se apoiar em outros valores, a que chamo de externos ao direito, como (i) maioria das pessoas em uma comunidade política; (ii) da própria posição de autoridade daquele que decide com vistas a objetivos a serem alcançados;[11] (iii) ou de grupos cujos interesses ou valores se alinham aos objetivos da autoridade pública;[12] (iv) ou de grupos midiáticos os quais buscam respaldar objetivos comuns; (v) ou por meio de, nas palavras de Posner, "tornar o judiciário razoavelmente mais representativo da comunidade nacional." (POSNER, 2004a, p. 156).

O ponto fundamental aqui é compreender que o pragmatismo posneriano olha para todas as opções disponíveis à autoridade e, "*all things considered*", decide de acordo com a conveniência das partes envolvidas, de terceiros interessados e da compreensão daquele que toma as decisões: é um juízo puro de balanceamento e razoabilidade. Ele se apropria de regras e precedentes para se perguntar: como posso usá-los para os fins que persigo e julgo valioso? O pragmático afasta e atrai esses elementos como julga pertinente. Por isso, o pragmático

(if he is logical)." POSNER, Richard. The Problematics of Moral and Legal Theory. **Harvard Law Review**. Vol. 111, N° 7. 1998. p. 1652.

11 "The pragmatista thinks judges should always do the best they can for the future, in the circums-tances, unchecked by any need to respect or secure consistency in principle with what other officials have done or will do." DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambrigde, MA: Harvard University Press, 1986. 161 p.

12 "The United States contains such a diversity of moral and political thinking that the judiciary, if it is to retain its effectiveness, its legitimacy, has to be heterogeneous; and the members of a hetero-geneous judicial community are not going to subscribe to a common set of moral and polical premises that would make their decisions determinate and formalism thus a feasible judicial strategy." POSNER, Richard. Legal Pragmatism. **Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishing LTD**. Vol. 35, Nos. ½, 2004ª, p. 155.

enxerga com olhares bastante céticos sobre valores como direitos, legalidade, coerência, integridade, igualdade e justiça. O importante é apresentar uma resposta "prática", aquilo que "funciona".[13] Ele busca em todos os lugares disponíveis fontes de legitimidade da decisão, inclusive, mas de modo conveniente, no direito.

Diante de todo o exposto, posso agora responder como um pragmático posneriano responderia à pergunta fundamental a qual deu ensejo a esse artigo: sim, os objetivos políticos, em especial os democráticos, por gozarem de maior prestígio na sociedade, se o momento político assim favorecer, prevalecem e afastam os deveres de legalidade e integridade exigidos pelo direito. Afastam, principalmente, em momentos de grave crise institucional, estabelecendo poderes contundentes à autoridade para tomar as medidas necessárias para restaurar a "normalidade" dessa comunidade. Quanto maior a crise, maior será o nível "legítimo" de interferência. Deve-se, assim, procurar realizar uma equação entre valores de iguais peso, como segurança nacional e liberdade.

> Nenhum interesse deve gozar de prioridade sobre outro no processo de balanceamento. Ambos são importantes, mas a sua importância relativa difere de tempos em tempos e de situação em situação, e assim o direito deve ser flexível. Quanto mais segura a nação se sente, maior será o peso que os juízes darão e deverão dar à liberdade. Quanto maior o perigo que alguma atividade oferece à segurança nacional, mais forte parece ser – e deverá ser – os motivos para buscar reprimir essa atividade ao custo de alguma liberdade, e então a balança irá pender para o outro lado. (POSNER, 2004, p. 296, tradução livre).

13 "But that's not a theory of law, or even something that approaches such a theory, and it offers nothing constructive that might be of use to jurisprudential theory. At its best, giving it a lot of lee-way, it is a collection of common-places." POSTEMA, Gerald. **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**. New York: Springer, 2011. 211 p.

Posner proporciona uma resposta tipicamente construída para ser usada pela autoridade pública. Não há qualquer esforço para criar restrições ou critérios contundentes a fim de limitar o poder do Estado. A razoabilidade e o balanceamento são, nessa perspectiva, o método que transforma o direito numa *estrutura consequencialista de conveniências*. Dito isso, devemos agora analisar um argumento tipicamente pragmático e que vem sendo utilizado para justificar decisões injustificáveis.

3. O ARGUMENTO DE EXCEPCIONALIDADE

O argumento funciona da seguinte maneira: a decisão judicial se sustenta na *excepcionalidade* do problema prático, na imprescindibilidade de medidas as quais normalmente não se tomaria, haja vista o grave e iminente dano à comunidade política (corrupção/golpe de estado/manipulação do debate público), irreparável e extraordinário, cujos instrumentos institucionais – leis, precedentes, princípios, doutrinas – não são capazes ou suficientemente eficientes para impedir esse dano ou oferecer uma resposta vigorosa e dura o bastante para satisfazer a expectativa dessa própria comunidade. É essencial, portanto, apresentar e aplicar novas respostas sem o lastro de legalidade, ou de modo parcial/razoável, uma vez que esse valor, ou não serve às novas questões, ou nos impede de realizar as decisões que nós (autoridades públicas), julgamos ser necessárias. Assim, a legalidade é um recurso argumentativo, meramente retórico e conveniente, ou um empecilho prático. Após esse estado de excepcionalidade, volta-se à normalidade.[14]

À vista desse argumento, implicitamente, há um elemento que os sociólogos Lee Clarke e Caron Chess chamaram de "*elite panic*"[15]: em

14 Posner faz uma defesa de uma versão desse argumento. Veja em: POSNER, Richard. Law, **Pragmatism, and Democracy**. Cambridge, MA: Oxford University Press, 2003, 292 a 321 p.

15 Os autores defendem três formas relacionais entre a elite e o pânico: (i) as elites às vezes temem o pânico da população; (ii) as elites podem causam o pânico; e (iii) que as

determinada circunstância, há o surgimento de uma crise ou problema institucional que demanda a resposta por parte da autoridade. Porém, devido à gravidade da situação, essa elite administrativa entra em "pânico" e age para resolver o problema da ameaça o mais rapidamente possível.[16]

> Em razão das posições que ocupam comandarem o poder de movimentar recursos, o pânico da elite tem mais consequências do que o pânico público. Além disso, empregar o "pânico" em um papel explicativo na contabilização pelo comportamento das pessoas em posições de autoridade, em vez das pessoas em geral, *destaca a discricionaridade das autoridades ao invés das restrições de suas posições*. Isso não é dizer que elas escolheram o pânico. Ninguém escolhe entrar em pânico. É dizer que quando pessoas em posições de autoridade entram em pânico suas respostas influenciam ações organizacionais, o que, em um desastre, pode significar a diferença entre respostas eficazes e ineficazes. (CLARKE, CHESS, 2008, p. 1006, tradução livre – grifos meus).

Os autores buscam demonstrar o fenômeno do pânico como sendo possível a todos numa comunidade, inclusive às suas autoridades. Eles criticam a ideia de uma elite intelectualizada e racionalista. São pessoas comuns em posições de poder capazes de

elites podem entrar em pânico. É nesse último tópico que concentrarei a construção do meu argumento. CLARKE, Lee; CHESS, Caron. Elites and Panic: More to Fear than Fear Itself. **Social Forces**. Vol. 87, No. 2. Publicado pela Oxford Journals: Oxford University Press, 2008.

16 "We propose that panic is a breakdown in social order, a breaking of social bonds, as a result of some fear, which itself creates more danger. (...) The threat may range from potential threats to life to destruction of a decision maker's reputation. When the perception of the magnitude of threat is heightened by a sense that time is running out, "the decision maker is likely to search frantically for a solution, persevere in... thinking about a limited number of alternatives, and then latch onto a hastily contrived solution that seems to offer immediate relief." The immediate relief is injudicious." Ibid., p. 998 e 999.

movimentar recursos e cujas decisões afetam milhares de outras pessoas igualmente comuns. Na ânsia de apresentar uma solução à crise, com o intuito de proteger ou impulsionar a sua *reputação*, dependendo da natureza dessa crise e da pressão política que sofrem, elas tomam medidas que podem ou não ser corretas, eficientes ou coerentes.

Trago, agora, esse conceito para o contexto do pragmatismo jurídico: juízes impedidos de tomar as decisões que julgam ser necessárias em um caso concreto, por uma restrição imposta pela legalidade, aqui compreendida como conjunto de regras e precedentes, se veem obrigados ou seduzidos a afastá-la em razão da ameaça dessa crise e de pressões, às vezes, provenientes da própria sociedade civil. Ao fazê-lo, em razão da exigência de justificação a qual deve constar na sua decisão, utiliza-se do argumento de excepcionalidade para reivindicar a legitimidade de suas ações perante essa comunidade política. É nesse momento que a *retroalimentação de legitimidade*, fenômeno bastante observável no Brasil, entra como fator decisivo.

3.1 CONTEXTO BRASILEIRO

Essa retroalimentação significa um apoio mútuo de instituições e interesses com vistas a objetivos comuns, por meio de quaisquer canais públicos disponíveis, com o propósito de justificar as decisões tomadas pela autoridade, sejam elas quais forem. É um alinhamento de justificativas, argumentos e narrativas para fazer com que a comunidade *aceite essa decisão*. Um exemplo ajudará a ilustrar o meu ponto: imaginemos que determinada demanda chegue ao Tribunal X, essa demanda possui um tema de particular relevância à Emissora Y, que por sua vez estão alinhados aos desejos do Tribunal X. O problema é a impossibilidade da decisão que favorece a ambos em razão das exigências de legalidade ou de justiça provenientes da prática jurídica. Assim, a decisão correta e justa é *contrária* aos interesses do Tribunal X e da Emissora Y. Porém, esse Tribunal afasta, com o apoio da Emissora,

a legalidade e os elementos de justiça para favorecer seus objetivos comuns. A decisão do Tribunal, por fim, será de maneira favorável aos interesses de ambos. A Emissora, por sua vez, irá transmitir aos seus telespectadores, às vezes por meio de especialistas jurídicos convidados, o quanto essa decisão proferida é correta, adequada e legalmente coerente.[17]

A legalidade, nesse contexto, é um obstáculo, motivo pelo qual deve ser afastada para que objetivos políticos sejam concretizados. É afastada também em razão da dificuldade que impõe ao jurista diante de pretensões jurisdicionadas: é mais fácil e cômodo decidir por meio de conveniências políticas. Os argumentos de defesa da democracia e combate à corrupção, por exemplo, enquadram-se nesse ponto. Eles são na melhor das hipóteses explicações genéricas e, na pior, um sofismo retórico usado para reivindicar a legitimidade de decisões inconstitucionais e juridicamente frágeis.

Nos dois exemplos abaixo, usados para mostrar o ponto da excepcionalidade na prática, existem semelhanças e diferenças processuais e materiais substantivas. Não pretendo, por óbvio, igualá-los de modo acrítico e automático. Definitivamente não são. Entretanto, os dois casos partilham de uma controvérsia categórica em comum: possuem um forte teor pragmático e um fundo bastante claro de apelo à excepcionalidade para fundamentar suas teses jurídicas. Considero-as como equivocadas à luz da Constituição e a partir da compreensão de legalidade enquanto integridade. Acredito que tenham sido decididas de modo inconscientemente pragmático, mas com vistas a objetivos e valores políticos bastante claros. Devo ressaltar de que as análises a seguir não têm propriedades exaustivas, o que iria fugir do escopo do artigo, mas primordialmente argumentativas.

17 Por razões epistemológicas e metodológicas, optei por fazer um recorte extremamente simples do fenômeno. Existem diversos fatores capazes de influenciar a decisão judicial de maneira substancial. Seria difícil e complexo de explicar, e adequar, todos esses fatores para demonstrar o argumento da retroalimentação nesse artigo. Apenas dois atores institucionais genéricos, o tribunal e a mídia, são suficientes para os propósitos desejados.

Em primeiro lugar, de modo geral, refiro-me à Operação Lava-Jato como um todo, mas em específico, cito a mudança muito conveniente de jurisprudência ocorrida no Supremo Tribunal Federal, no ano de 2016, para confirmar a possibilidade de execução da prisão provisória após a condenação em segunda instância, mesmo diante de recursos cabíveis a tribunais superiores (BRASIL, 2016, p. 1 a 103)[18]. O voto que melhor defende essa posição é do ministro Luís Roberto Barroso. Em síntese, os motivos elencados como capazes de afastar o princípio da presunção de inocência são a "exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário." (Ibid., p. 81).

A perspectiva reputacional, de credibilidade das instituições, da "quebra do paradigma da impunidade" e o combate à corrupção são os verdadeiros fundamentos para uma decisão colegiada extremamente equivocada. O populismo penal, bastante evidente no voto do ministro Barroso,[19] só se iguala à sua crença na capacidade do princípio ou juízo de proporcionalidade de oferecer respostas a juristas de modo consistente e coerente.[20] Sacrifica-se o princípio da inocência pelo suposto ganho em proteção da efetividade e da *credibilidade* da justiça. Barroso não compreende, ou não quer propositalmente compreender, algo que só será apontado no voto do ministro Celso de Mello: a presunção de inocência é um direito fundamental, que decorre e é exigida pelo princípio da dignidade (Ibid., p. 81). A constituição expressamente proíbe a execução provisória de pena após a condenação em segunda instância.[21]

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 126.292/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Posteriormente, o próprio tribunal desfez esse entendimento nas Ações Diretas de Constitucionalidade n° 43, 44 e 54.

19 "Não se trata de nivelar por baixo, mas de fazer justiça para todos." Ibid., p. 52.

20 Tenho em mente nessa passagem apontar para um problema estrutural do direito de modo geral. No Brasil, com maior precisão o Supremo Tribunal Federal, o pragmatismo jurídico parece se estabelecer harmonicamente à maneira como se compreende a solução de conflitos entre direitos fundamentais, a saber, pelo teste de proporcionalidade ou juízo de balanceamento (*balancing*).

21 Artigo 5°, inciso LVII, da Constituição: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." BRASIL. [Constituição (1988)].

Barroso cita, para os aplausos de Posner, o pragmatismo jurídico como seu aliado. Segundo ele, há duas características merecedoras de destaque nessa teoria: o *contextualismo*, isto é, a realidade se impõe e tem peso na solução adequada, e o *consequencialismo*, o resultado prático deve ser considerado pelo intérprete. E "dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, *cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo*." (BRASIL, 2016, p. 50 – grifos meus). E as melhores consequências, naquele momento, eram aquelas de combate fervoroso à corrupção. Portanto, é imprescindível que nós, juízes e ministros, nesse momento único e excepcional da história brasileira, afastemos direitos e princípios para buscar realizar os objetivos que a sociedade brasileira clama, que nós julgamos adequada e que tem apoio em setores da sociedade. Entretanto, o acórdão deveria ter se pautado pela interpretação que melhor justifica e se adequa à prática e responde coerentemente à demanda do caso concreto. Em outras palavras, qual é a *decisão correta*, e não por qual objetivo político faria a sociedade um melhor lugar para se viver. A mídia brasileira, por sua vez, apoiou fartamente essa decisão e o lavajatismo de modo geral (MARTINS; NEVES; DEMORI, 2021).

Em segundo lugar, refiro-me à relação entre os ministros do STF, incluindo a própria corte, e o seu autoproclamado combate às fake news, atuando na "defesa da democracia"[22] e na higidez das instituições. Especificamente, tratarei do caso envolvendo o político e economista Marcos Cintra (BRASIL, 2022, p. 1 a 3)[23]. Pouco após as eleições gerais de 2022, no antigo Twitter, atual "X", Cintra fez postagens questionando

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016].

22 Cito como maior exemplo o Inquérito 4.781, conhecido como inquérito das fake news, sob relatoria do ministro Alexandre de Moraes.

23 Decisão proferida em sede do Inquérito 4.874, conhecido como inquérito das milícias digitais antidemocráticas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4.874**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 6 de novembro de 2022. Quase três meses após a abertura, o ministro relator arquivou a investigação.

o Tribunal Superior Eleitoral, sobre o porquê do então presidente Bolsonaro "ter zero votos em centenas de urnas" e, se na ausência de justificativas por parte da instituição para esse fato, ele seria obrigado "a reconhecer a validade dos pleitos por voto em papel". Encerra afirmando que suas manifestações são "dúvidas legítimas" (Ibid., p. 1 e 2). A resposta institucional foi imediata. Alexandre de Moraes, presidente do TSE à época, determinou que Cintra se abstenha na "publicação, promoção, replicação e compartilhamento dos ataques e notícias fraudulentas (fake news)" (Ibid., p. 3)[24], além de que ele seria interrogado pela Polícia Federal no prazo máximo de 48 horas e teria seu perfil na rede social bloqueado por tempo indeterminado.

Esse episódio é muito esclarecedor de como o ministro relator é suscetível ao pânico e sensível à sua reputação e à reputação das instituições que integra. Cintra não fez uma série de fake news, ele fez questionamentos e cobranças sobre o processo eleitoral brasileiro e o resultado das urnas. O conteúdo das postagens nem sequer chega no mérito de se qualificar como desinformação.[25] Não posso aprofundar a análise sobre a liberdade de expressão envolvida e seus limites, o que fugiria do escopo, mas afirmo que o propósito da decisão era censurar o conteúdo das mensagens.[26]

Todas as circunstâncias apontadas nesse segundo exemplo reforçam consistentemente os elementos de excepcionalidade do momento político que demandam uma atuação emergencial da autoridade pública. Atuação que precisa preservar e proteger a democracia a todo custo, inclusive ao custo de direitos e garantias fundamentais. Em tempos de normalidade, essa atuação e essas

24 Essa decisão foi tomada já sob vigência da resolução do TSE de combate às fake news.

25 Mesmo que se qualificasse como fake news, será mesmo que devemos proibi-las? Não tenho como responder aqui, mas é um questionamento que precisa ser feito. Se reguladas, de que maneira?

26 Para uma investigação bastante completa sobre o tema, inclusive sobre censura prévia e posterior: BARENDT, Eric. **Freedom of Speech**. 2° ed. Oxford University Press, 2007. Veja também: DWORKIN, Ronald. Why Speech Must Be Free?. In: DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution. Cambridge (Mass): Oxford University Press, 1996, p. 195 a 213.

decisões jamais poderiam ser defendidas. Porém, o momento atual permite ao Poder Judiciário esse nível de interferência, poder e discricionariedade. Novamente, parte considerável da mídia brasileira ficou do lado da Corte e não teceu nenhuma crítica mais contundente à medida quando veio a público. Ela inclusive apoiou e legitimou com forte veemência praticamente todas as ações tomadas no "combate às fake news" e na suposta "defesa da democracia". Entretanto, o cenário começa a mudar e a aliança do momento parece não mais tão sólida (TEIXEIRA; CHAIB, 2024).

Dessa forma, em ambos os exemplos há um argumento final utilizado para deixar essas ações institucionais mais palatáveis, e aqui fecha-se o ciclo: após essa situação excepcional e emergencial, de suspenção ou flexibilização de direitos e garantias, *tudo voltará ao normal*. A legalidade será restaurada e o Estado de direito, anteriormente desrespeitado ou pontualmente afastado, retorna ao seu lugar de pertencimento. Posner acredita nessa tese, a qual chama de "likelihood of repetition" (POSNER, 2003, 296 p.), assim como muitos juristas. Com todo o respeito, discordo profundamente, pois ela é, no fundo, uma *aposta*, e como toda aposta há chances de se perder. Não devemos apostar a vida de pessoas e de comunidades políticas. Isso não correto, justo ou permitido por uma compreensão correta de legalidade.

4. UMA QUESTÃO DE LEGALIDADE

Como contraponto ao pragmatismo jurídico posneriano, usarei a concepção de legalidade defendida por Dworkin. A resposta central, agora a partir de uma perspectiva de integridade, é oposta à de Posner. E é uma resposta negativa: não, os objetivos democráticos, por maior apoio que tenham na sociedade e na opinião pública, não podem justificar por si só, seja do ponto de vista jurídico ou moral, a possibilidade de afastar completamente a legalidade. É imprescindível compreender a necessidade de limites e de respeito institucional aos

indivíduos e à comunidade, *especialmente* em circunstâncias de crise política e de emergência social. São nesses momentos que a Constituição e o Estado de direito devem prevalecer.[27] Essa compreensão é uma exigência de justiça e integridade. Entretanto, "uma construção bem-sucedida de qualquer valor precisa ser capaz de ser vista como uma construção desse valor como ele existe e funciona nos esquemas de valor que compartilhamos." (DWORKIN, 2006, p. 178).

Isso significa demonstrar o valor de legalidade à prática, suas razões e significados normativos. A tese do direito como integridade, tendo a legalidade como papel fundamental e sensível à atividade jurídica, concatenada com os valores, princípios e regras coerentemente ordenados, caros à nossa formação enquanto cidadãos, representa uma teoria do direito melhor e uma resposta superior ao pragmatismo jurídico. É essa construção de legalidade a qual defendo. Legalidade não somente como estrita legalidade, mas constituída substantivamente num empreendimento interpretativo, de moralidade política e capaz de produzir legitimidade interna ao direito, isto é, a legitimidade da decisão existe porque essa decisão respeitou e seguiu o direito, ela não se amparou em fatores externos, mas foi decida pelo intérprete de acordo com o direito e conforme o direito, tanto a resposta jurídica quanto a fundamentação dessa resposta.

Para que isso ocorra, em primeiro lugar, deve-se ter fidelidade ao direito. Esse princípio não apenas significa que diante de situações políticas graves, deve-se ter uma *disposição* de acreditar na prática jurídica como capaz de proporcionar balizas e ferramentas à solução de crises e problemas de modo institucionalmente correto, mas

27 Não busco aqui apresentar quais são esses limites ou qual o seu escopo, seja um parâmetro mínimo ou mais substancial de restrição à atuação estatal. Defendo, agora sim, de que essas restrições e limites existem, independentemente da gravidade da crise ou objetivos políticos que supostamente farão a sociedade um lugar melhor para se viver. "Law insists that force not be use or withheld, no matter how useful that would be to ends in view, no matter how beneficial or noble these ends, except as licensed or required by individual rights and responsabilities flowing from past political decisions about when collective force is justified." DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambrigde, USA: Harvard University Press, 1986. 93 p.

significa, acima de tudo, responsabilizar uns aos outros, autoridades e cidadãos, pelas decisões tomadas sob o Estado de direito (POSTEMA, 2022, 66 p.). Nesse sentido, a fidelidade demanda que a autoridade de modo geral não apenas cumpra as regras divulgadas e verbalizadas, "mas também que respeite as expectativas justificadas criadas pelo seu tratamento das situações não controladas pelas regras explicitamente anunciadas." (FULLER, 1969, 234 p.).

Em segundo lugar, é preciso compreender que a linguagem estatal, ou seja, a forma como o Estado se manifesta, que em uma democracia liberal é por meio do direito, implica necessariamente uma *linguagem coercitiva*.[28] Essa perspectiva, inclusive metodológica, acrescenta uma consequência à prática jurídica: é fundamental impor limites à atuação da autoridade, mas sobretudo regular a sua ação institucional.[29] Por isso, a fidelidade ao direito implica responsabilidade mútua e não apenas uma licença para a discricionariedade ou afastamento, pontual ou geral, da legalidade.

O pragmatismo posneriano fracassa nesses dois pontos. A sua fidelidade está com a política, comprometido com o Poder. Daí a necessidade de a todo momento reclamar um viés "prático" e recorrer a qualquer elemento externo ao direito. Ele tampouco tem preocupações realmente verdadeiras com a possibilidade de injustiças provenientes das decisões proferidas. A coerção é sempre vista como residual, nunca como uma preocupação séria. A legitimidade interna, única capaz de sustentar uma sentença ou acórdão, não é apenas posta de lado, é completamente desacreditada. Não podemos aceitar esse ceticismo e relativismo. É necessário, se formos juristas genuinamente responsáveis, abraçar uma postura de integridade.

28 Existe vasta literatura sobre o tema, mas gostaria de citar a contribuição do recém-falecido Frederick Schauer para a recentralização da dimensão coercitiva do direito. Ver: SCHAUER, Frederick. **The Force of Law**. Cambridge (Mass): Harvard University Press, 2015. 165 p.

29 "Rule-of-law defenders take this injunction to heart. We say that *the rule of law aims to temper, or discipline, the exercise of power*. It seeks to do so by creating legal and other institutional structres, and by enabling and nurturing informal networks of accountability in civil society". POSTEMA, Gerald. **Law's Rule: The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law**. Oxford University Press, 2022. 46 p. – grifos meus.

4.1. DEVER DE INTEGRIDADE E INTEGRAÇÃO ÉTICA

A legalidade não é um objetivo em si mesma, ou um bem a ser alcançado. Seria estranho, por exemplo, alguém dizer que "o propósito da sua decisão é ser legal ou juridicamente de acordo com as regras". A legalidade é um pressuposto, uma premissa: *é a substância valorativa que regula, restringe ou possibilita todas as práticas jurídicas numa jurisdição, inclusive aquelas provenientes de instituições e do próprio governo, seja nas pretensões jurisdicionalmente protegidas, seja no exercício de direitos fundamentais. Ela é a medida que habilita a ação institucion*al. A legitimidade produzida pela legalidade não apenas proporciona igualdade entre os membros da comunidade ou oferece razões de obediência, reclamando e impondo autoridade (DWORKIN, 1986, 176 a 224 p.), mas também produz decisões que são difíceis de serem afastadas, pois foram decididas a partir do direito e conforme o direito. Dworkin, porém, faz uma observação importante, a

> (...) integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo. (DWORKIN, 2014, p. 264).

Há, nessa observação, um duplo elemento, de respeito e coerência com as regras e decisões passadas, mas conjuntamente submetidas com o comprometimento de fidelidade aos princípios constitutivos mais fundamentais da prática jurídica, como presunção de inocência e liberdade de expressão. O direito como integridade, de modo geral, pode ser entendido como um acordo entre as decisões do passado e os princípios de justiça, num empreendimento coletivo,

cuja propósito consiste numa atitude interpretativa, autorreflexiva, coerente e holística, buscando uma resposta correta a partir dos juízos de adequação (*fit*) e justificação (*justification*) que melhor justifiquem o uso coercitivo do Estado (DWORKIN, 1986, 176 a 275 e 413 p.).

A integridade estabelece que a autoridade precisa, necessariamente, justificar o uso da coerção e essa justificativa, imprescindivelmente, precisa passar pela legalidade. Isso proporciona *segurança jurídica* ao sistema como um todo, pois as decisões, uma vez tomadas de acordo com esse dever de integridade, são difíceis de serem mudadas e, se forem mudadas, serão em razão de interpretações melhores que se adequam e justificam à prática em questão. Assegura-se às pessoas, portanto, a estabilidade e a previsibilidade necessárias para viverem a vida que julgam ser valiosa. Dito de outra maneira: a legalidade fomenta e integra uma *perspectiva ética*.

Por outro lado, o pragmatismo, cuja legitimidade da sanção imposta não está relacionada a um valor de coerência que um sistema legal proporciona ou deve proporcionar, mas a uma visão exclusivamente voltada para o futuro, em especial quando se utiliza do argumento de excepcionalidade, por tudo já explicado, nos oferece nada mais do que uma profunda insegurança jurídica, que desrespeita a igualdade e é um obstáculo a pretensões éticas,[30] pois as decisões podem mudar constantemente e estão sujeitas à conveniência da autoridade. A teoria de Posner não é substancialmente problemática, ela é perigosa por não oferecer mecanismos, baseados em critérios sérios ou justificados, de limite ao poder do Estado.

30 "But with pragmatism, all I can do is throw up my hands in despair. It reminds me of the old joke about the deconstructionist whom you can't refuse because, unlike the Mafioso, he makes you an offer that you cannot understand. There are so many degrees of freedom in the pragmatic way of thought that by standing for everything, it ultimately stands for nothing." EPSTEIN, Richard A. The Perils of Posnerian Pragmatism. **University of Chicago Law Review**. Vol. 71, No. 2. 2004. p. 651.

5. CONCLUSÃO

O pragmatismo posneriano deve ser rejeitado enquanto teoria prática do direito. Ele não é possui as condições de oferecer respostas qualificadas e coerentes à comunidade política e não apresenta nenhum mecanismo de restrição capaz de coibir o arbítrio do Estado. Oferece, isso sim, possibilidades contundentes à autoridade para o abuso de poder. Transforma-se o direito, à vista disso, numa estrutura consequencialista de conveniências. Nesse sentido, o argumento de excepcionalidade e a retroalimentação de legitimidade devem ser igualmente rejeitados por uma compreensão correta de legalidade, inclusive rejeitando aquelas decisões proferidas pelo STF e TSE com esse teor.

A decisão jurídica correta, por outro lado, passa necessariamente pela legalidade, medida que habilita a ação institucional e produz legitimidade interna ao direito. A legalidade enquanto integridade constitui essa legitimidade, não apenas proporcionando igualdade entre os membros da comunidade e oferecendo razões de obediência, reclamando e impondo autoridade, mas proporcionando a segurança jurídica necessária para fomentar a perspectiva ética de cada cidadão. O direito como integridade, concluo, é uma teoria superior e um método de decidibilidade melhor por estabelecer exigências de justificativas coerentes à autoridade, principalmente em circunstâncias de crises.

REFERÊNCIAS

BARENDT, Eric. **Freedom of Speech**. 2° ed. Oxford University Press, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm.>. Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 126.292/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 5 de outubro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4.874**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 6 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/marcos-cintra-suspenso-twitter.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023

CLARKE, Lee; CHESS, Caron. Elites and Panic: More to Fear than Fear Itself. **Social Forces**. Vol. 87, No. 2. Oxford Journals: Oxford University Press, 2008. Disponível em: <https://mutualaiddisasterrelief.org/wp-content/uploads/2020/12/Elites-and-Panic-More-toFear-than-Fear-Itself.pdf>. Acesso em: 11 Fev. 2024.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambrigde, MA: Harvard University Press, 1986.

_____. **O Império do Direito**. 3° ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. Why Speech Must Be Free?. In: DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge (Mass): Oxford University Press, 1996.

_____. **Justice in Robes**. Cambrigde, MA: Harvard University Press, 2006.

EPSTEIN, Richard A. The Perils of Posnerian Pragmatism. **University of Chicago Law Review**. Vol. 71, No. 2. 2004. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6183&context=journal_articles>. Acesso em: 25 Out 2023.

FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. Revised Edition. New Haven and London: Yale University Press, 1969.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 5° ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Regla y Compás: O Metodología para un Trabajo Jurídico Sensato. In: COURTIS, Christian (org.). **Observar la Ley: Ensayos sobre Metolodogía de la Investigación Jurídica**. Madrid: Trotta, 2006.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Posner e a Análise Econômica do Direito: Da Rigidez Neoclássica ao Pragmatismo Frouxo. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaios de Teoria do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013. cap. 9, p. 225 a 241.

_____. Teoria, Filosofia e Dogmática Jurídica: Rigor e Método. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (org.). **Teoria do Direito Contemporânea: Autores e Temas**. Curitiba: Juruá, 2017.

MARTINS, Rafael M.; NEVES, Rafael; e DEMORI, Leandro. Um Transatlântico: O namoro entre a Lava Jato e a Rede Globo. **The Intercept Brasil**, 9 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.

intercept.com.br/2021/02/09/namoro-lava-jato-rede-globo/>. Acesso em: 08 Mai 2024.

POSNER, Richard A. **Overcoming Law**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995.

_____. Conceptions of Legal "Theory": A Response to Ronald Dworkin. **Arizona State Law Journal 377**. University of Chicago Law School. 1997. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=5749&context=journal_articles>. Acesso em: 15 jan. 2023.

_____. The Problematics of Moral and Legal Theory. **Harvard Law Review**. Vol. 111, N. 7. 1998.

_____. **Law, Pragmatism, and Democracy**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.

_____. Legal Pragmatism. **Metaphilosophy LLC and BlackwellPublishingLTD**. Vol. 35, Nos. ½, 2004a. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-9973.2004.00310.x>. Acesso em: 20 out. 2023.

_____. Legal Pragmatism Defended. **Chicago Unboun**. University of Chicago Law Review 683. Vol. 71, No. 2. 2004b. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5939&context=journal_articles>. Acesso em: 18 out. 2023.

POSTEMA, Gerald. **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**. New York: Springer, 2011.

_____. **Law's Rule: The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law**. Oxford University Press, 2022.

SCHAUER, Frederick. **The Force of Law**. Cambridge (Mass): Harvard University Press, 2015.

TEIXEIRA, Matheus; CHAIB, Julia. Contestação a Moraes aumenta, e políticos, STF e governo querem nova postura. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 20 de abr. de 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2024/04/contestacao-a-moraes-aumenta-e-politicos-stf-e-governo-querem-nova-postura.shtml>. Acesso em: 20 abr. 2024.

A IDEIA DE JUSTIÇA CONTEMPORÂNEA[1]

THE IDEA OF CONTEMPORARY JUSTICE

Saulo de Tarso Fernandes Dias [2]

RESUMO | o presente artigo apresenta qual é a ideia de justiça contemporânea para Rainer Forst. Para Forst, a justiça possui relação com aquilo que se busca ou espera em termos de justiça política e social. Quanto ao conceito de justiça para Fosrt, será demonstrado que a justiça está relacionada com uma estrutura básica da sociedade, e não com aquilo que se refere a uma justiça da aplicação do direito. Por fim, verificar-se-á quais são as dificuldades da caracterização da justiça para Forst, a partir da análise de duas "imagens" da justiça, bem como o apoio em exemplos literários e da análise do seu oposto – a injustiça.

PALAVRAS-CHAVE | justiça. justiça social. direito. Rainer Forst.

ABSTRACT | *This article will present the idea of contemporary justice for Rainer Forst. For Forst, justice is related to what is sought or expected in terms of political and social justice. As for the concept of justice for Fosrt, it will be demonstrated that justice is related to a basic structure of society, and not to what refers to justice in the application of law. Finally, we will verify the difficulties in characterizing justice for Forst, based on the analysis of two "images" of justice, as well as the support of literary examples and the analysis of its opposite – injustice.*

KEYWORDS | *justice. social justice. law. Rainer Forst.*

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001. O conteúdo do presente artigo possui aderência ao projeto de pesquisa do autor e está vinculado às pesquisas do grupo de pesquisa credenciado pelo CNPq denominado "Direito e Razão Prática", coordenado pelos professores Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e Dr. Júlio Aguiar de Oliveira, ambos da PUC Minas.

2 2 Mestre em Filosofia pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia (FAJE), Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil; Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil; Professor do Instituto de Desenvolvimento Tecnológico, no âmbito da Fundação Getulio Vargas (IDT-FGV); profsaulodias@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Ao utilizar a palavra "justiça" atualmente, estamos nos referindo a um conceito, uma ideia, uma virtude, um valor ou um efeito da aplicação da norma jurídica? No presente trabalho será definido qual a ideia de justiça para Rainer Forst. Será demonstrado que, para Rainer Forst, a justiça possui relação com o que se busca ou espera em termos de justiça política e social (Forst, 2010). Quanto ao conceito de justiça, termo também utilizado por Forst, está relacionado com uma estrutura básica da sociedade, e não com aquilo que se refere a uma "justiça da aplicação do direito". Forst destaca quais são as dificuldades de sua caracterização a partir da análise de duas "imagens" da justiça, bem como o apoio em exemplos literários e da análise do seu oposto – a injustiça (Forst, 2018).

A ideia de justiça é um tema perseguido desde os filósofos clássicos até os contemporâneos. Podemos destacar Platão no mundo grego, Tomás de Aquino na Idade Média, Kant no mundo moderno e o contemporâneo Hegel[3]. Para exemplificar a importância do tema no pensamento filosófico moderno e contemporâneo, pode-se destacar a busca da ideia de justiça em filósofos como Kant e Hegel[4].

Também pode-se encontrar investigações contemporâneas sobre a ideia de justiça presentes na importante e discutida *teoria da justiça como equidade* de John Rawls e na obra *A ideia de justiça* de Amartya Sen. Até o momento, não há trabalhos acadêmicos no Brasil que visassem uma pesquisa sobre a ideia de justiça contemporânea na teoria crítica de Rainer Forst. Possivelmente, devido ao fato de que suas

3 O professor Salgado destaca três momentos que considera mais significativos nos quais diferentes projetos de ordenação social justa dialeticamente se realizaram: a) o período clássico, da Metafísica do Objeto (de Thales de Mileto a Santo Tomás de Aquino); b) o moderno, da Filosofia do sujeito (de Descartes a Kant); e c) o contemporâneo, da Metafísica Especulativa (de Hegel em diante). Cf. SALGADO, *A Ideia de Justiça no Mundo Contemporâneo,* p. 1-2.

4 Pode-se citar as pesquisas do professor Joaquim Carlos Salgado: *A ideia de justiça em Kant*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2012 e *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

publicações serem bem mais recentes do que as dos demais autores da Teoria Crítica, tais como as de seu professor Jürgen Habermas.

Conforme será demonstrado no presente artigo, pode se afirmar que, para Forst, a justiça é uma ideia, que se refere a um ideal de justiça social, de uma sociedade justa (justificada, nos termos de Forst)[5]. E tal afirmação podemos verificar nas palavras do próprio autor:

> A tese de que todos os princípios da justiça possuem um vínculo com o contexto deve ser, portanto, relacionada com a diversidade dos contextos - de tipo ético-substantivo até moral-universalista - nos quais as pessoas são membros (de modo normativamente substantivo) de comunidades, mas de comunidades muito diferentes. E a partir dessa constituição múltipla de mundos normativos seguem-se modos diversos de reconhecimento recíproco e de justificação normativa. Esse novo modo de redesenhar o mapa da teoria da justiça aqui proposto exige a vinculação dessas dimensões em uma estrutura básica da sociedade justificada. Nisso consiste o **ideal** de uma sociedade justa (Forst, 2010, p. 276, grifo próprio).

A ideia de justiça na teoria crítica contemporânea possui o foco na crítica social, considerando que cada crítica tem como ponto de partida o diagnóstico de uma realidade que não devia existir (Pinzani, 2012). Segundo Alessandro Pinzani, "o termo teoria crítica não se refere a uma escola de pensamento específica, mas a uma maneira de fazer filosofia, que é inclusive mais, antiga que a própria Escola de Frankfurt" (Pinzani, 2012, p. 90). É preciso identificar e compreender os elementos que apontem para uma ideia de justiça contemporânea, para que possamos buscar elementos que ajudem a superar os desafios e lacunas da teoria do direito e da justiça.

5 Forst utiliza a palavra justificada como sinônimo de justa em: "A estrutura básica da sociedade pode ser considerada justa (ou justificada) à medida que é 'justa' para as pessoas e em todas essas dimensões" (Forst, 2010, p. 13).

2. A IDEIA DE JUSTIÇA

No primeiro parágrafo do prefácio de sua tese de doutorado, escrita sob orientação de Jürgen Habermas, a qual foi publicada posteriormente no livro *Contextos da Justiça* (*2004*), Forst afirma que a "justiça é a mais alta **virtude** político-moral" (Forst, 2010, p.7, grifo próprio). Em uma primeira leitura, parece que a justiça é uma virtude para Forst. Ocorre que logo em seguida, o autor afirma que se lançarmos um olhar mais preciso surgirão dúvidas sobre "essa apresentação da **ideia** de justiça" (Forst, 2010, p.7, grifo próprio).

Neste tópico, focaremos na compreensão da justiça como ideia. Quando Forst se referiu a "essa apresentação" da ideia de justiça no trecho citado acima, estava se referindo a "justiça" simbolizada pela *Justitia* de olhos vendados, com uma balança numa das mãos e uma espada na outra. Sobre tal apresentação, Forst lança os seguintes questionamentos:

> Em que está fundamentada sua autoridade normativa, uma vez que a lei divina ou natural perdeu sua validade? A 'justiça' não significa sempre alguma coisa diferente, dependendo do que em cada época e cultura se considera como justo? (Forst, 2010, p.7).

Forst explica que, para Platão, a Justiça é uma ideia que só pode ser superada pela ideia maior de Bem. Para Platão, a Justiça é uma ideia eterna e imutável. Todas as demais configurações são cópias, sombras das ideias, que jamais alcançam sua pureza. Essa concepção de ideia platônica foi confrontada pelo ceticismo aristotélico, pois as concepções de bem e da justiça sempre se referiram as comunidades nas quais a vida boa de membros é realizada de diferentes modos (Fosrt, 2010). Platão a justiça é uma ideia. Já para Aristóteles a justiça é uma virtude.

Na história da filosofia moral o termo "ideia" foi empregado por filósofos e deram origem a diferentes tradições filosóficas que

estão presentes nas investigações de Forst, destacando-se os filósofos clássicos Platão e Aristóteles, e o moderno Immanuel Kant. Dentre os diversos significados que o termo *ideia* pode receber, pode-se destacar dois significados fundamentais: a) aquele empregado por Platão e Aristóteles, pelos escolásticos e por Kant, no qual a *ideia* aparece como espécie única intuível numa multiplicidade de objetos; e b) o sentido empregado por Descartes, pelos empiristas e por parte dos filósofos modernos, como um objeto qualquer do pensamento humano, ou seja, como uma representação em geral (Abbagnano, 2012).

A teoria da justiça de Forst foi elaborada sobre forte influência kantiana, como pretende-se demonstrar nesta tese. Por essa razão, nos interessa mais o primeiro significado, no qual *ideia* aparece como espécie única intuível numa multiplicidade de objetos. Em outras palavras, a ideia é considerada um ideal ou modelo para multiplicidade de objetos, particularmente sob o ponto de vista de Platão.

Na primeira seção do livro primeiro da dialética transcendental de sua *Crítica da Razão Pura (Kritik der reinen Vernunft, 1781),* Kant abordou sobre as ideias em geral, partindo de uma análise deste termo utilizada por Platão. Para Platão, as ideias "são arquétipos das próprias coisas e não como as categorias meramente chaves para experiências possíveis" (Kant, 1999, p. 241), e que a razão humana pode, com esforço, reevocar, mediante a recordação (uso da Filosofia) das antigas ideias emanadas pela razão suprema. Segundo Kant, Platão encontrou suas ideias predominantemente em tudo o que é *prático*, ou seja, em tudo aquilo que tem fundamento na liberdade (Kant, 1999). E para Kant, a liberdade faz parte de conhecimentos que são produtos de uma razão peculiar, a chamada *razão prática*.

Ainda na *Crítica da Razão Pura (1781),* Kant afirma que não teve a intenção de adentrar em uma investigação literária da expressão "ideia" utilizada por Platão. Porém, pode-se destacar uma crítica importante de Kant à *ideia* de Platão, no que diz respeito a sua relação com os princípios da moralidade e da legislação, os quais se relacionam diretamente com nossa investigação sobre a ideia de justiça. Nos campos da moralidade, legislação e religião, as ideias tornam a

experiência (um bem) determinado possível pela primeira vez. Ocorre que, no que diz respeito às leis morais, a experiência é, "infelizmente", a mãe da ilusão, e "é sumamente reprovável tirar as leis sobre o que *devo fazer* daquilo que é *feito* ou querer limitar a primeira coisa pela segunda" (Kant, 1999, p. 243).

Para Kant, a *ideia* é uma perfeição não real que supera a possibilidade da experiência, em outras palavras, as ideias "são conceitos da razão, aos quais não pode ser dado adequadamente nenhum objeto na experiência" (Kant, 2006, p. 98). Seguindo o sentido dado por Kant ao termo ideia, podemos dizer, quando se trata da *ideia de justiça*, que um indivíduo pode "saber" o que seria justo, mesmo sem ter "experimentado" tal justiça. Isso porque, para Kant:

> as ideias não são nem intuições (como espaço e tempo), nem sentimentos (como os busca a doutrina da felicidade), pois que ambos obedecem à sensibilidade, mas conceitos de perfeições que sempre se pode aproximar, mas nunca alcançar completamente (Kant, 2006, p. 98).

Se pensarmos a ideia no sentido kantiano, em que a ideia é um conceito racional do qual é possível aproximar-se, mas sem alcançar completamente, temos que a ideia de justiça possui relação com aquilo que se busca em termos de justiça, e não com definir o que é justo ou não. Nestes termos, surge o nosso questionamento inicial: a teoria da justiça desenvolvida por Rainer Forst, sobretudo em *Contextos da Justiça (2004)*, guarda relação com a "busca" de uma sociedade considerada justa ou com a definição do que seria uma sociedade justa?

A investigação filosófica kantiana teve foco na questão da liberdade, enquanto exigência racional para a questão da eticidade do homem. Para Kant, o primeiro bem que deve ser reconhecido para cada um é a liberdade e, ao lado dela, a igualdade. Sendo assim, em Kant é possível identificar a seguinte formulação teórica:

> A ideia de justiça como liberdade e igualdade e que, como ideia, não se realiza totalmente no momento histórico em que se ofereceram as condições concretas de seu aparecimento, mas fixa um projeto de realização futura, ainda que essa mesma realização seja problemática por força das novas condições concretas de vida que surgirão (Salgado, 2012, p. 3).

Do trecho acima citado, destaca-se a ideia de justiça kantiana como um projeto de realização futura. Kant ao centralizar seu conceito de justiça num elemento puramente ético, que foi a liberdade ao lado da igualdade, não se referiu a justiça social ou a um projeto de sociedade. Naquele tempo, a ideia de justiça ainda estava relacionada aos ideais da Revolução Francesa de igualdade, liberdade e fraternidade, que se desenvolveram como a finalidade social do Estado de direito[6].

Ocorre que a ideia de justiça kantiana ainda não estava relacionada a ideia de justiça social das sociedades contemporâneas. A ideia de justiça social, que é o foco da investigação de Forst, não fazia parte da ideia de justiça kantiana à época, nem guardava relação direta com a paz perpétua, uma vez que "a justiça social é a ideia norteadora da consciência política dos povos civilizados contemporâneos, nascida sobre condições históricas mais complexas" (Salgado, 2012, p. 4).

A ideia de justiça kantiana como liberdade pode ser considerada tanto no momento da elaboração do direito positivo, ou seja, da elaboração da lei (justiça legislativa) quanto no momento da aplicação dela (justiça judicial). Mas é considerando o momento da elaboração, que podemos pensar em uma paz perpétua entre os homens dentro de um conceito moderno de justiça social (Salgado, 2012).

6 Nesse sentido é que Salgado buscou "explicitar a ideia de justiça em Kant, procurando demonstrar, a partir da *Crítica da Razão Pura*, a sua significativa contribuição teórica para a formulação da nova ideia de justiça fundada na ideia de liberdade e de igualdade, que constituíram o grande suporte do maior movimento político da época: a Revolução Francesa" (Salgado, 2012, p. 6).

Se a hipótese de que a teoria da justiça de Rainer Forst é procedimental e construtivista for correta[7], assim como a teoria habermasiana[8], poderemos afirmar que a teoria de justiça de Forst refere-se a uma ideia de justiça, no sentido da ideia de justiça para Kant. Por outro lado, há a hipótese de que Forst tenha elaborado uma teoria da justiça em que o princípio de justificação recíproca e universal[9] constitui um procedimento capaz de promover a justiça social, devendo estar associado a um procedimento de reconhecimento (Axel Honneth). Se essa hipótese estiver correta, faz-se necessário investigar a ideia de justiça em Hegel, uma vez que as bases da teoria do reconhecimento de Axel Honneth são hegelianas.

Para Hegel, o conhecer de Kant é limitado ao sensível, marcado por um dualismo da razão que não permite alcançar o saber absoluto[10]. A filosofia de Hegel deve buscar um saber na totalidade, em um nível mais alto da abstração, um saber enciclopédico[11]. O idealismo alemão de Hegel pretende pensar seus termos de justificação o *logos* da liberdade na história. Tal como em Kant, a liberdade é o princípio de racionalidade que justifica a história: ela é quem "mostra que o homem caminha para o mais ético, o mais livre, com o eliminar do irracional, da violência, na busca de uma sociedade de consenso" (Salgado, 1996, p. 27).

7 Ver *Crítica e justificação em Rainer Forst* (Melo, 2013) e *Justiça: direito à justificação* (Mario; Arnaut, 2013).

8 Ver *Reconstrução e emancipação: método e política em Jürgen Habermas* (Repa, 2021) e *Habermas e a reconstrução: sobre a categoria central da Teoria Crítica habermasiana* (Nobre; Repa, 2012).

9 Ver *O princípio de justificação: de Immanuel Kant a Rainer Forst* (Dias, 2024, no prelo).

10 Sobre o dualismo da razão, Salgado afirma que "é exatamente esse problema maior do kantismo, do dualismo entre lei e liberdade resolvido abstratamente na esfera do *a priori* moral, que Hegel quer vencer definitivamente, na superação dos dualismos: sujeito-objeto, necessidade-liberdade e, pelo Estado Social, liberdade-ordem social" (Salgado, 1996, p. 26).

11 "A Filosofia é para Hegel um conhecimento enciclopédico no sentido rigoroso da palavra, ou seja, um conhecimento que percorre todo conhecimento da realidade, produzido pelas várias ciências analíticas. [...] Esse saber enciclopédico da filosofia não é, portanto, um somatório de todos os saberes. É um saber circular que percorre todos os saberes para justificá-los em termos de unidade racional num plano superior de abstração ou de universalidade desse conhecimento" (Salgado, 1996, p. 22).

A *ideia* para Hegel coincide com a dialética, com o próprio processo, o próprio movimento do pensar. Essa atividade pura do pensar é nominada *razão*, a dialética da razão, um movimento absolutamente livre. Para Hegel, a verdade absoluta está definida justamente no processo de aparecer, refletir e conceber até a sua forma de desdobramento, que é a *ideia*[12]. A ideia absoluta é para Hegel o *saber da liberdade*, uma liberdade *necessária*, porque é o próprio movimento da razão (Salgado, 1996).

A ideia é a noção central da filosofia hegeliana, é "o processo logico, do pensar e do pensável, é o sistema" (Salgado, 1996, p. 177). Tendo visitado a finalidade da filosofia e o que é a ideia para Hegel, podemos agora apresentar a sua ideia de justiça. Para Hegel, a justiça é o próprio direito que se efetiva na história. Dialética e a ideia de justiça estão diretamente relacionados, como pode se ver:

> Logo de início a idéia de justiça já aparece na sua imediatidade como inteligibilidade do direito. Já se sabe (e aí começa o processo de negação da definição) que a idéia do direito é a dialética de uma realidade. Essa realidade encontra-se na vida do espírito na história. Já se sabe que a idéia de justiça é a inteligibilidade do real que na sua determinação se denomina direito (Salgado, 1996, p. 243).

Hegel prossegue com o pensamento kantiano, no qual o direito é o lugar da liberdade. Só que em Hegel o direito como única forma de existência da liberdade, tendo a razão como seu critério de validade, passa a relacionar dialeticamente tais conceitos (direito e liberdade), introduzindo a historicidade do direito e da sociedade em que o direito se desenvolve. É preciso destacar que em Hegel a história e ação dialética está relacionada com uma necessidade, um

12 "A idéia é o conceito que está no começo como pressuposto do filosofar ou fim do processo (racionalidade necessária) e que está no fim desse processo (final) como verdade, não mais parcial, antes de terminar seu curso, mas verdade definitiva" (Salgado, 1996, p. 160).

desejo, uma luta por reconhecimento. O homem busca com essa luta e com seu trabalho, não somente uma sobrevivência material, mas principalmente, ser *reconhecido* como *ser livre*, merecedor da confirmação de sua humanidade (Salgado, 1996).

Considerando a hipótese de que Forst tenha elaborado uma teoria da justiça em que o princípio de justificação recíproca e universal[13] constitui um procedimento capaz de promover a justiça social, devendo estar associado a um procedimento de reconhecimento proposto por Axel Honneth, torna-se necessário também uma breve revisão da ideia de justiça no pensamento de Axel Honneth. Para tanto, é preciso considerar, principalmente[14], sua obra *Luta por reconhecimento* (*Kampf um Anerkennung, 1992*), na qual apresenta seus estudos sobre os padrões de reconhecimento subjetivos: o amor (que gera autoconfiança), o direito (autorespeito) e a solidariedade (autoestima).

Em seus estudos críticos, Honneth pretende seguir um caminho teórico diferente dos autores contemporâneos, ou seja, "Honneth pretende evitar; a dupla Rawls e Habermas em especial" (Nobre, 2013, p. 33). Não se trata de abandonar a postura crítica, mas de mudar a compreensão, a partir de uma reconstrução do modelo hegeliano segundo uma gramática do reconhecimento:

> Dessa forma, Honneth avalia, por exemplo, que 'enquanto Habermas, em Facticidade e validade, desenvolve uma concepção normativa segundo a qual a legitimidade da ordem jurídica do Estado resulta da garantia das condições de formação democrática da vontade, Hegel parte da autorrealização individual com a finalidade de derivar de suas condições a tarefa de uma ordem jurídica moderna (Nobre, 2013, p. 33).

13 Ver *O princípio de justificação: de Immanuel Kant a Rainer Forst* (Dias, 2024, no prelo).

14 Axel Honneth desenvolve também a temática em *O direito da liberdade* (2011), obra na qual apresentou um abrangente diagnóstico do tempo presente a partir de uma "reconstrução normativa" da eticidade democrática.

Importante destacar que, para Honneth, a questão da justiça social é basilar para se discutir autonomia e igualdade de participação, tendo sido tratada por outros filósofos em termos de redistribuição econômica de bens. Ele não pretende descartar as teorias da justiça anteriores, mas pretende atualizar a ideia de que o conceito de justiça deve se manter fixado no paradigma da (re)distribuição de bens, do ponto de vista puramente material. Nesse sentido,

> A defesa de Honneth não é de um intervencionismo estatal em todas as esferas da vida, mas da ampliação da **compreensão da justiça** como um fenômeno no mundo social e não como um experimento mental de critérios de (re)distribuição de bens pelo Estado. Se a (in)justiça está nas relações sociais, não pode a **filosofia política e social** limitar o debate ao âmbito econômico, político e jurídico. Elas permeiam muito antes as relações estabelecidas segundo normas cristalizadas nas instituições sociais existentes, no sentido mais abrangente (Simim, 2017, p. 402, grifo próprio).

A proposta de Honneth, ao se contrapor a concepção "normativa/política" de pessoa de Rawls, caracterizando-se com uma teoria normativa da *estrutura básica de reconhecimento* de uma sociedade, exige a reconceitualização da natureza da justiça. Opera-se uma mudança em que os princípios de distribuição justa são substituídos pelos "princípios que governam o modo pelo qual as instituições da sociedade garantem as condições sociais para o reconhecimento recíproco" (Anderson; Honneth, 2011, p. 108). Segundo o próprio Honneth, "essa é uma forma profundamente diferente – e largamente inexplorada – de pensar sobre justiça social" (Anderson; Honneth, 2011, p. 108).

No capítulo 5 de *Contextos da Justiça*, Forst realiza uma síntese de sua tese teoria dos "contextos da justiça", Forst alinha sua tese com a teoria do reconhecimento de Axel Honneth, na qual os

quatros "contextos" normativos da comunidade (ético, jurídico, político e moral) precisam ser justificados em quatro "contextos" de reconhecimento recíproco (pessoa ética, pessoa do direito, cidadão (ã) com direitos plenos e pessoa moral).

Pensando em termos de justiça social e utilizando-se de procedimentos discursivos e de princípios morais universais por meio de um conceito de razão prática comunicativa, Forst acredita que é possível se obter o reconhecimento de normas e a justificação normativa em diferentes contextos normativos. Os princípios da justiça serão aqueles que podem ser justificados de modo universal e imparcial, na medida que atendam os interesses, necessidades e valores concretos de uma comunidade (Forst, 2010).

Com base nessa concepção de justiça, pode se afirmar que para Forst a justiça é uma ideia, que se refere a um ideal de justiça social, de uma sociedade justa (justificada, nos termos de Forst[15]). E tal afirmação podemos verificar nas palavras do próprio autor:

> A tese de que todos os princípios da justiça possuem um vínculo com o contexto deve ser, portanto, relacionada com a diversidade dos contextos - de tipo ético-substantivo até moral-universalista - nos quais as pessoas são membros (de modo normativamente substantivo) de comunidades, mas de comunidades muito diferentes. E a partir dessa constituição múltipla de mundos normativos seguem-se modos diversos de reconhecimento recíproco e de justificação normativa. Esse novo modo de redesenhar o mapa da teoria da justiça aqui proposto exige a vinculação dessas dimensões em uma estrutura básica da sociedade justificada. Nisso consiste o **ideal** de uma sociedade justa (Forst, 2010, p. 276, grifo próprio).

15 Forst utiliza a palavra justificada como sinônimo de justa em: "A estrutura básica da sociedade pode ser considerada justa (ou justificada) à medida que é 'justa' para as pessoas e em todas essas dimensões" (Forst, 2010, p. 13).

Em *Justificação e crítica (Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse. Perspektiven einer kritischen Theorie der Politik, 2011)*, Forst atribuiu à sua introdução o nome de "Sobre a ideia de uma crítica das relações de justificação". Ao se referir aos seus trabalhos recentes de tentativa de desenvolver uma teoria da justiça a partir da explicação de conceitos da filosofia política e da análise de suas implicações para uma teoria crítica da política com vistas a uma justiça discursiva, ressalta novamente o termo ideia de justiça (ou ideia de justificação):

> Está na hora de voltarmos a lembrar os elementos políticos da filosofia política e conceber a questão filosófica da fundamentação como uma questão prática, isto é, radicalizar e, ao mesmo tempo, contextualizar a **ideia de justificação**. Pois a questão da justificação não se coloca em abstrato, mas sim concretamente: é formulada por agentes históricos que não mais se dão por satisfeitos com a justificação da ordem normativa a que estão subordinados (Forst, 2018, p. 14, grifo próprio).

Seguindo esta breve revisão sobre a ideia de justiça, é preciso retomar a questão inicial da primeira citação deste tópico, na qual Forst questiona "em que está fundamentada sua autoridade normativa da justiça, uma vez que a lei divina ou natural teria perdido sua validade?" (Forst, 2010, p. 7). Nota-se que Forst está se referindo a uma ideia moderna de justiça, pois seu questionamento está situado após a transição da filosofia medieval para filosofia moderna, momento em que a fundamentação normativa da justiça com bases em fundamentos divinos foi substituída por uma fundamentação racional. Tratarei da temática da justiça na modernidade no próximo tópico, explorando a outra forma de tratar o termo justiça, como um conceito.

3. O CONCEITO DE JUSTIÇA

No tópico anterior discutimos a utilização do termo justiça como *ideia*, partindo da tradição filosófica inaugurada por Platão. Agora é preciso verificar que a justiça pode ser compreendida como um conceito. Para responder a pergunta *O que é justiça?,* pode-se dizer que "todos nós ou intuímos ou sentimos, quando uma conduta ou ação é justa ou injusta. Pelo menos, opinamos" (Salgado, 2011, p. 245).

A justiça pode ser conceituada como "a ordem das relações humanas ou a conduta de quem se ajusta a essa ordem" (Abbagnano, 2012, p. 682). Deste conceito é possível extrair dois significados de justiça: a) como conformidade da conduta a uma norma (empregado para julgar o comportamento humano); e b) como eficiência de uma norma (empregado para julgar as normas que regulam o comportamento). No primeiro caso, pode-se dizer que direito e justiça são a mesma coisa, pois "se nós tomarmos o direito positivo como critério de decisão justa não erramos, pois a objetividade do direito empresta à decisão universalidade no âmbito de sua vigência" (Salgado, 2011, p. 245).

Considerando as formas de conceituar a justiça anteriormente expostas, é evidente a ligação entre a justiça, normas e comportamento humano. Em outras, palavras, a justiça está diretamente relacionada com o direito, seja na fundamentação, seja na aplicação das normas jurídicas. Ocorre que, para além da relação jurídica, o conceito de justiça foi descrito por filósofos em relação *aos fins* da justiça, tais como: a) felicidade, p. ex. por Aristóteles e Tomás de Aquino; b) utilidade, p. ex. por Carnéades, Hume e Grócio; c) liberdade, p. ex. por Kant; e d) paz, p. ex. por Hobbes e Kelsen (Abbagnano, 2012).

Na obra *Justiça – O que é fazer a coisa certa (Justice, 2009)*, Michel Sandel destaca outras três abordagens contemporâneas da justiça: a) utilitarista, aquela que define a justiça considerando o que maximizará o bem-estar ou a felicidade da sociedade como um todo; b) a libertária, que associa justiça a liberdade, na qual a distribuição justa de renda e riqueza tem origem na livre troca de bens e serviço em um mercado

sem restrições; e c) a distributiva, na qual a justiça é dar às pessoas o que elas merecem, distribuindo os bens para recompensar e promover a equidade (Sandel, 2012).

A justiça também pode ser conceituada como "um fim social, da mesma forma que a igualdade ou a liberdade ou a democracia ou o bem-estar" (Oppenheim, 2016, p. 660). A justiça é um conceito normativo, diferentemente da igualdade, liberdade e outros citados que são termos descritivos. Assim, pode-se dizer, por exemplo, que "tal lei é igualitária" a partir da confrontação do termo abstrato e teórico "igualdade" com alguma evidência empírica. Por outro lado, a Justiça é um conceito normativo, que se apoia, por exemplo, em práticas ou atitudes morais e não em uma prova empírica (Oppenheim, 2016).

Além de ser compreendida como um fim social, a justiça pode ser compreendida em termos de justiça política. Nesse sentido, a justiça política "quer dizer o ponto de vista moral em face do direito e do Estado" (Höffe, 2005, p. 26). Não se trata de definir um conceito normativo como critério para o justo e o injusto, uma vez que há uma divergência constante nas opiniões sobre o que é justo e injusto. A justiça política está relacionada com uma ética do direito e do Estado, com uma filosofia crítica que busca encontrar os princípios para uma justiça política que supere as dificuldades dos procedimentos discursivos e, principalmente, a tradicional alternativa: ou liberalismo econômico ou socialismo (Höffe, 2005).

A Filosofia do Direito tem como um dos principais objetivos teóricos auxiliar na tarefa prática de realizar uma constante reflexão crítica no sentido de fazer o direito cada vez mais justo, submetendo-o constantemente ao tribunal da razão. E essa tarefa de justificação pode ser realizada de maneiras distintas, tais como a realizada pela busca de princípios metajurídicos (jusnaturalistas), pela questão do surgimento do direito (historicismo), da validade do direito (positivismo), da eficácia do direito (realismo) e pela busca do fundamento do direito (idealismo) (Salgado, 1996).

Exemplificando a tentativa de fazer o direito ser cada vez mais justo com o realismo jurídico, tem-se que a "ciência do direito tem

como finalidade fundamental que a sociedade seja justa, com a justiça real e concreta que consiste em respeitar cada homem e dar-lhe seu direito, aquilo que é seu" (Hervada, 2006, p. XVIII). Para o realismo, a justiça possui relação com o direito natural, na qual a insuficiência e a injustiça de uma lei são medidas pela adequação ao direito natural, pois a justiça segue o direito. A justiça, para o realismo jurídico, não é originária da lei e da política, mas relaciona-se com esses da seguinte forma:

> A justiça não é *originariamente* um efeito da norma, não nasce da lei, e, por isso, não é uma dimensão originária - nascida - da política. À política e, portanto, à lei, é *dada* a justiça. E é dada pelo direito (as coisas justas). Não é algo *disposto* originariamente pela lei e pela política. Por isso, fazer todo direito derivar da lei impede entender a justiça. Porque a justiça depende do direito e, portanto, apenas quando se admite algum direito preexistente à lei e à arte da política, pode-se introduzir a justiça na lei e na política (Hervada, 2006, p. 21).

Não é meu objetivo neste artigo descrever toda história da tentativa de justificação do direito pelos filósofos, mas sim de destacar os conceitos e pontos mais relevantes acerca do conceito de justiça, a fim de permitir a análise crítica da justiça entendida como primeiro requisito das instituições sociais. Considerando o objetivo de realizar uma crítica sobre a ideia de justiça presente na teoria crítica contemporânea de Rainer Forst, temos como ponto de partida a obra *Uma teoria da justiça (A theory of Justice, 1971),* na qual John Rawls aprofundou o entendimento de justiça como justiça social de modo original da modernidade.

A justiça é algo que muitos de nós esperamos, visando eliminar as possibilidades de injustiça. A injustiça, por outro lado, é algo fácil de ser percebido ou sentido, diferentemente da justiça. É possível a identificação de injustiças que são corrigíveis, porém o

grande desafio é o de saber o que é justiça (Sen, 2011). As teorias da justiça predominantes na filosofia moral e política contemporânea concentraram-se na identificação de arranjos sociais perfeitamente justos, com foco na caracterização de "instituições justas", como por exemplo, a abordagem contratualista de John Rawls em sua *Uma teoria da justiça* (Sen, 2011).

Rainer Forst realizou uma parte considerável da sua investigação sobre justiça em *Contextos da Justiça (2004)*, a partir do debate surgido entre a teoria liberal da justiça de Rawls, na qual a justiça é uma regra formal e procedimental que preside à distribuição das vantagens sociais, e a perspectiva comunitária de Alasdair MacIntyre em sua obra *Depois da Virtude (1981)*, na qual a justiça é uma propriedade ética do sujeito agente. Além de MacIntyre do lado comunitarista, Forst analisa Michael Walzer com sua obra *Esferas da Justiça* (1983), na qual defende que existe uma multiplicidade de princípios que orientam a justiça distributiva, de acordo com os bens que precisam ser distribuídos[16].

Em *Justificação e crítica (2011)*,Forst deixa claro que suas observações dizem respeito ao tema da justiça política e social, no sentido da qualidade da "estrutura básica" de um sistema de cooperação social, utilizando-se de uma nomenclatura definida por Rawls em sua *Uma teoria da justiça (1971)*. Forst também esclarece que suas investigações não possuem foco na jurisprudência, ou seja, na justiça da aplicação do direito.

O que Forst realiza é uma discussão sobre duas formas de entender o conceito de justiça e, para tanto, considera as duas noções concorrentes de justiça que ele chama de "imagens", no sentido de Wittgenstein, pois "nelas se combina uma riqueza de imagens e representações concretas, e mais precisamente não só da justiça, como

16 Ao lado de Alasdair MacIntyre e Michael Walzer no rol de críticos contemporâneos do liberalismo contemporâneo tem-se Charles Taylor e Michael Sandel, também citados por Rainer Forst. Cabe destacar que Sandel sente um "mal-estar" ao ser rotulado como comunitarista pela crítica, tomando como base a perspectiva desenvolvida na sua obra *O liberalismo e os limites da justiça (1982)*, como se vê: "O debate entre comunitaristas e liberais que deflagrou nos últimos anos na filosofia política conhece uma grande amplitude, e eu nem sempre me encontro do lado dos comunitaristas" (Sandel, 2005, p. 9).

também e principalmente a injustiça" (Forst, 2018, p. 36). Essas duas imagens, ou seja, esses dois modos que Forst julga decisivos para se pensar sobre a justiça na discussão contemporânea são os seguintes:

> Um que está orientado aos bens e as aos destinatários e, desse modo, está interessado em quem deve receber quais bens e por quais razões para compensar a arbitrariedade natural. O outro interpreta a proibição da arbitrariedade em termos políticos e está concentrado nas relações e na dominação. Ele pergunta primeiramente quem decide sobre as estruturas nas quais se define quem deve obter o que a partir de suas razões. Uma vez que se esclarece a questão da dominação justa, a questão da produção e da distribuição dos bens também pode ser resolvida – de maneira justificada em termos discursivos (2018, p. 29).

Para Forst, o pensamento sobre a justiça social (ou distributiva) ficou por muito tempo aprisionado na imagem (primeira imagem) expressada pelo antigo princípio do "a cada um o seu" (*suum cuique*), o que o impediu de chegar ao fundamento da questão. O ponto fundamental da questão não está em pontos de vistas *orientados ao receptor*, focados nos bens e na distribuição. Para Forst, existem quatro aspectos essenciais da justiça[17] que precisam ser examinados: a) a questão de como os bens a serem distribuídos surgem no mundo; b) a questão do poder; c) as reivindicações justas por bens só podem ser produzidas discursivamente nos respectivos processos de justificação em que todos *participam* como livres e iguais; e d) a questão da injustiça, diferenciando ato de solidariedade moral de ato de justiça (Forst, 2018).

Quanto a segunda imagem que a justiça deve se orientar, Forst acredita que as raízes das relações injustas só podem ser atingidas por

17 Para o acesso a discussão detalhada destes quatro aspectos essenciais da justiça ver Forst, 2018, p. 40-67.

uma análise que vise as estruturas e relações intersubjetivas, e não somente os estados subjetivos ou supostamente objetivos de provisão de bens.Se para John Rawls a justiça deve ser entendida como primeiro requisito das instituições sociais, para Forst a primeira questão da justiça "é a distribuição do 'poder de justificação' em uma sociedade – ciente de que não é um 'bem' que possa ser facilmente distribuído" (Forst, 2018, p. 29).

Ainda em *Justificação e crítica (2011)*,Forst coloca em questão os limites da justiça e sobre o "para além" da justiça a partir de contos literários do dramaturgo Henrik Ibsen, analisados por críticos da justiça Theodor W. Adorno e Stanley Cavell. Segundo Forst, a literatura tem uma força imaginativa que possui maior empatia com os destinos individuais que a força conceitual da filosofia, que, por vezes, corta essa dimensão do humano. Forst pretende destacar a "injustiça da justiça", que frequentemente é posta nos termos das seguintes queixas (2018, p. 241):

> Que a justiça tem algo de desumano, ou talvez, nem sequer seja da própria essência humana, é uma queixa antiga e sempre retomada. A justiça é dura e irreconciliável, impessoal e abstrata, subordina o individual ao universal, cultiva o não idêntico no mesmo solo da identidade. Assim, nada mais é do que o rancor - conforme o gosto - dos espíritos ressentidos, fracos e invejosos, ou dos fortes impiedosos ou dos fanáticos convictos (ou o que estiver disponível no inventário dos espíritos estupidamente obstinados).

Segundo Forst, o conceito de justiça pode ser considerado aporético, pois "ele não consegue de fato realizar aquilo que visa, a saber, ser 'justo' com o indivíduo, com todo e qualquer indivíduo, mas essa imperfeição é ela mesma medida pela ideia de uma 'injustiça infinita'" (2018, p. 243). A justiça precisa das formas imperfeitas da

injustiça para se tornar visível. Forst apresenta sua noção geral de justiça nos seguintes termos:

> Em geral, o conceito é usado nas relações humanas que estão "em ordem", ou seja, não somente ordenadas, mas ordenadas de modo legítimo. Em termos negativos, são as relações nas quais ninguém é dominado ou prejudicado de modo arbitrário ou injusto; em termos positivos, são as relações nas quais as ações dos indivíduos podem ser justificadas reciprocamente de modo tal que caibam em uma ordem que pode ser aceita pelos seres humanos, isto é, uma *ordem de justificação*. E vice-versa: aquelas ações dos seres humanos que podem ser bem fundamentadas devem poder encontrar seu lugar em uma ordem justa (Forst, 2018, p. 244).

Cavell realiza sua crítica da justiça a partir do conto *Casa de bonecas,* no qual pretendeu tratar da inserção das ações humanas em uma ordem justa, apresentando o que ele chama de "crítica 'perfeccionista' da teoria rawlsiana" (2018, p. 243). Cavel acredita que Rawls desconsiderou a dimensão *existencial* da justiça. A ordem de justificação utilizada no caso é a da justiça social dominante, que acabou por desconsiderar outras ordens de justificação como, por exemplo, a do amor e da compaixão.

Em seu conto *Casa de bonecas,* a personagem Nora consegue dinheiro emprestado com documentos falsos para ajudar seu marido Torvard que estava passando por dificuldades de saúde e financeiras. Nora contou uma mentira para o marido, mas assumiu trabalhos extras para pagar a dívida contraída. A atitude de Nora foi reprovada pelo marido, que entendeu sua postura como uma farsa ameaçadora à sua reputação, como se vê:

> Com isso, no final, por um oceano de delitos e farsas, defrontam-se *duas ordens normativas*: por um lado, a

> ordem de Nora, que considera seu ato plenamente justificado, pois tem sua origem no amor, e ninguém foi realmente prejudicado por ele. É por isso que também acredita poder recorrer ao direito. [...] a outra ordem normativa, a do direito, da justiça oficial, dos costumes da honra, da decência, enfim, da hipocrisia moral, para julgar Nora e acusá-la de ter perturbado essa ordem (Forst, 2018, p. 247).

A crítica da justiça expressa na *Casa de bonecas* não diz respeito somente a questão da justiça, mas também às questões da honra, respeito e representação das mulheres na sociedade. Forst destaca que a peça de Ibsen resgata a questão humana da justiça e "reivindica uma justiça melhor, mais receptiva, que vai ao encontro dos indivíduos, que combina com as reivindicações *universais* por liberdade e por igualdade com suas necessidades particulares" (2018, p. 243). A justiça que se afasta das questões existenciais é falsa e ruim, podendo "levar a uma *dialética normativa* da conversão da justiça em hipocrisia moral em injustiça" (Forst, 2018, p. 251).

Já em *O pato selvagem*, Adorno destaca como o impulso à autenticidade e à justiça levou a ruína de Werle, personagem que leva uma vida envolta de mentiras. Neste conto, "não é unicamente a insípida ordem de justificação da hipocrisia burguesa, paternalista e capitalista que é rompida pela verdade, pelo impulso e pela justiça, mas é o *próprio* impulso que é apresentado em sua ambivalência" (Forst, 2018, p. 252). Forst compara os dois contos nos seguintes termos:

> Agora se mostra uma dialética normativa da justiça completamente diferente: *Casa de bonecas* apresenta essa dialética em torno de uma ordem de dominação reacionária, em *O pato selvagem*, ela se mostra na fúria da virtude daquele que agora realmente está "no direito", mas que, não obstante, tem a presunção arrogante: uma mistura de Helmer e Nora, por assim dizer (2018, p. 253).

Em *O pato selvagem,* Adorno tem a pretensão de tratar a dialética normativa da inversão da justiça em injustiça. Uma rígida vontade de resistir em nome da justiça poder reverter-se em desumanidade e em injustiça. Fica evidenciado que ter razão e agir corretamente são coisas distintas. Na análise da crítica de Adorno em *O pato selvagem,* Forst utiliza-se expressamente do termo *ideia de justiça,* trabalhada no tópico anterior, como se verifica em:

> Mas, ainda assim, a ideia de justiça de uma forma de justiça superior, melhor e ainda mais "humana", o que Adorno chama de "a liberdade social como um todo" (A, p.262), continua a ser o fio condutor. E, assim, também se mostra aqui que a crítica da desumanidade da justiça é prioritariamente uma crítica da ausência da justiça em nome da justiça. A justiça parece ser tanto inevitável como inalcançável (2018, p. 257).

Para Forst, as obras literárias que Cavell e Adorno utilizaram para discutir a inversão da dialética da justiça são capazes de mostrar a dimensão mais "humana" (bem como o lado "desumano" do reverso da justiça) da justiça de maneira mais clara e completa do que o discurso filosófico. Tanto na *Casa de bonecas* quanto em *O pato selvagem,* são denunciadas a *hipocrisia moral* narcisista, que aparecem como o supremo vício. Por outro lado, também demonstram que ao lado da ordem da justiça, existe a ordem do amor (Forst, 2018).

4. CONCLUSÃO

A obra *Uma teoria da justiça (A theory of Justice, 1971)*, de John Rawls pode ser considerada um marco na discussão contemporânea sobre a justiça. Pode-se destacar a crítica inaugurada por Jürgen Habermas a teoria da justiça no âmbito da Teoria Crítica. O debate mais acalorado está situado entre os liberais que vieram na esteira de

Rawls e os comunitaristas, liderado por Alasdair MacIntyre, ao lado de Michael Sandel, Charles Taylor, Michael Walzer e outros. Neste trabalho buscou-se delimitar a ideia e o conceito de justiça para Rainer Forst, aluno de Habermas e atual representante da Teoria Crítica contemporânea, justamente por ter realizado suas pesquisas com foco no debate entre liberais e os comunitaristas.

O debate sobre a ideia de justiça é atual e relevante, tanto para compreensão dos fenômenos sociais quanto para busca arranjos teóricos que possam dar suporte aos novos desafios práticos das democracias globais cada vez marcadas pela diversidade cultural e pelo avanço tecnológico. Pesquisar e compreender a relação entre a justiça, ética, moral e direito pode ser a chave para solução de questões relacionadas a bioética, política interna e externa, relações diplomáticas etc.

Evidenciou-se neste artigo que a justiça pode ser compreendida como uma ideia, uma virtude ou um conceito. A compreensão dos diferentes termos revela conhecimentos e arranjos teóricos que contribuem de maneira significativa para pesquisa filosófica e jurídica, seja ela teórica ou mesmo empírica.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad.: Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ANDERSON, Joel; HONNETH, Axel. Autonomia, Vulnerabilidade,

Reconhecimento e Justiça. **Cadernos de Filosofia Alemã**, São Paulo, nº 17, 2011, p. 81-112.

DIAS, Saulo de Tarso Fernandes. **O princípio de justificação: de Immanuel Kant a Rainer Forst** (no prelo).

FORST, Rainer. **Contextos da justiça: filosofia política para além do liberalismo e comunitarismo**. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.

FORST, Rainer. **Justificação e crítica: perspectivas de uma teoria crítica da política**. Trad. Denilson Luis Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

HERVADA, Javier. **O que é o direito?: a moderna resposta do realismo jurídico – uma introdução ao direito**. Trad. Sandra Martha Dolinsky. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado**. Trad. Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

KANT, Immanuel. **Antropologia de um ponto de vista pragmático**. Trad. Clélia Aparecida Martins. São Paulo: Iluminuras, 2006.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: EDUSC, 2001.

MARIO, C. G. de; ARNAUT, D. Justiça: direito à justificação. FORST, Rainer. The Right to Justification: elements of a constructivist Theory of Justice. New York: Columbia University Press, 2012. **Ideias**, *[S. l.]*, v. 4, n. 1, p. 245–252, 2013. DOI: 10.20396/ideias.v4i1.8649405. Disponível em: https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ideias/article/view/8649405. Acesso em: 26 nov. 2023.

MELO, R. Crítica e Justificação em Rainer Forst. **Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade**, *[S. l.]*, n. 22, p. 11-30, 2013. DOI: 10.11606/issn.2318-9800.v0i22p11-30. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/72163. Acesso em: 25 nov. 2023.

NOBRE, Marcos. Reconstrução em dois níveis. *In*: RÚRION, Melo (coord.). **A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça**. São Paulo: Saraiva, 2013.

NOBRE, Marcos; REPA, Luiz (orgs.). **Habermas e a reconstrução: sobre a categoria central da Teoria Crítica habermasiana**. Campinas, SP: Papirus, 2012.

OPPENHEIM, Feliz E. Justiça. *In*: **Dicionário de política**. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

PINZANI, Alessandro. Teoria crítica e justiça social. **Civitas**. Porta Alegre, v. 12, n. 1, 2012, p. 88-106.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. Trad. Álvaro Vita. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

REPA, Luiz. **Reconstrução e emancipação: método e política em Jürgen Habermas**. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Hegel**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SALGADO, Joaquim Carlos. Justiça. *In*: **Dicionário de teoria e filosofia do direito**. Coord. Alexandre Travessoni. São Paulo: LTr, 2011.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa?** Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANDEL, Michael J. **O liberalismo e os limites da justiça**. Trad. Carlos E. Pacheco do Amaral. 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bootmann, Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SIMIM, Thiago Aguiar. Entre comunitaristas e liberais: a teoria da justiça de Axel Honneth. **Rev. Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 08, n.1, 2017, p. 386-412.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.