

Jurisdição constitucional como arena de realização da liberdade social Honnethiana?

Constitutional jurisdiction as an arena for the realization of Honnethian social freedom?

Clivia Marcolongo Pereira Guzansky(1); Bruno José Calmon du Pin Tristão Guzansky(2); Elda Coelho de Azevedo Bussinguer(3)

1 Mestra em Direito Processual (UFES). Assessora Jurídica no Ministério Público no Estado do Espírito Santo.

E-mail: clviamp@gmail.com | ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5770-811X>

2 Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Mestre em Relações Privadas e Constituição (UNIFLU). Advogado.

E-mail: bruno@calmonmachado.com.br | ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2463-6137>

3 Pós doutora em Saúde Coletiva (UFRJ). Doutora em Bioética (UNB). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Coordenadora e Professora do PPGD em Direito (FDV). Editora Chefe da Revista “Direitos e Garantias Fundamentais” (Qualis A1).

E-mail: elda.cab@gmail.com. | ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4303-4211>

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 19, n. 1, e4815, janeiro-abril, 2023 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: fevereiro 23, 2023; Accepted/Aceito: agosto 24, 2023;

Publicado/Published: novembro 30, 2023]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2023.v19i1.4815>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

Resumo

Procura-se a partir deste estudo analisar a possibilidade de realização da liberdade social na esfera do Direito, apesar das críticas de Axel Honneth às teorias da justiça erigidas a partir desse paradigma. Parte-se de um exame da crise do Estado democrático constitucional sob a perspectiva de um suposto sequestro da vontade-pública nas novas esferas comunicativas, especialmente a partir do advento das plataformas de redes sociais, para, num segundo momento, analisar o papel do constitucionalismo e as possibilidades institucionais de realização da liberdade social honnethiana no espaço político da jurisdição constitucional e o seu papel para o reconhecimento de grupos minoritários.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional; Liberdade social; Honneth; Estado democrático; Crise; Captura.

Abstract

The aim of this study is to analyze the possibility of realizing social freedom in the sphere of Law, despite Axel Honneth's criticisms of theories of justice built from this paradigm. It starts with an examination of the crisis of the constitutional democratic State from the perspective of a supposed kidnapping of the public will in the new communicative spheres, especially from the advent of social network platforms, to, in a second moment, analyze the role of constitutionalism and the institutional possibilities of realizing Honneth's social freedom in the political space of constitutional jurisdiction and its role in the recognition of minority groups.

Keywords: Constitutional jurisdiction; Social freedom; Honneth; Democratic state; Crisis; Capture.

1 Introdução

Por meio deste artigo propõe-se analisar se e como a jurisdição constitucional de Cortes Supremas poderia ser admitida como uma esfera de realização da liberdade social à luz da teoria honnethiana.

Honneth fornece uma reconstrução dos sentidos atribuídos à liberdade e conclui que há três conceitos subjacentes a esse termo, sendo eles a liberdade negativa, pela qual o agir do homem é limitado por fatores externos; a liberdade positiva, pela qual o homem limita-se a si mesmo, pelo exercício da racionalidade prática (ambos a partir de Isaiah Berlin, predominantemente); e uma liberdade social, cuja construção ele atribui a Hegel.

O conceito de liberdade negativa, que Honneth extrai da obra Isaiah Berlin, é, em sua avaliação, deficitário porque é isento de conteúdo acerca do “agir” e, também, porque “como ação pensada como autodeterminada, contrapõe-se a uma realidade objetiva que, por sua vez, deve em si ser compreendida como completamente heterônoma” (2015a, p. 83). Por sua vez, “a carência decisiva da liberdade reflexiva ou positiva [tanto na perspectiva da autonomia moral, como na do procedimento para a autorrealização] está no fato de a liberdade ampliada para o interior não se estender para fora, para a esfera da objetividade” (2015a, p. 83), precisando não apenas transcender o indivíduo solitário e autorreferente, baseado num “eu” monológico, para alcançar o “nós” dialógico, como indicar as condições sociais e institucionais que possibilitariam o exercício da liberdade, de modo que, por não fazê-lo, a liberdade reflexiva olvida-se da inexorável realidade de que na esfera objetiva o indivíduo só é capaz de se realizar como sujeito livre se ele for capaz de acomodar a sua liberdade na liberdade do outro e que essa livre acomodação depende de condições sociais e de bens disponíveis na realidade social para garantir a completa integração da comunidade política.

Diante dessas carências, o diagnóstico de Honneth é de que a ideia de liberdade deve ser entendida dentro da esfera social, do reconhecimento recíproco, sendo a chave de sua compreensão tanto a formulação hegeliana do “estar consigo mesmo no outro” (2015a, p. 85) como a admissão de que a garantia de entendimento recíproco – ou de acomodação da sua liberdade na liberdade do outro – é proporcionada pelas instituições de reconhecimento, que são o conjunto de práticas harmonizadas e consolidadas que “[...] fazem que os sujeitos compartilhados possam se reconhecer reciprocamente como outros de si mesmos. E somente essa forma de reconhecimento é a que possibilita ao indivíduo implementar e realizar seus fins obtidos reflexivamente” (2015a, p. 87). O papel das teorias da justiça, nesse cenário, é conferir o aporte teórico das possibilidades de realização da liberdade, como seu valor fundante.

O desafio advém das críticas do autor ao fato de as teorias de justiça contemporâneas serem orientadas pelo paradigma do direito, pois, para ele, estas teorias acabam neutralizando o papel da luta social que precede a posituação das

liberdades pela lei e ocultam o papel central do reconhecimento recíproco e o da socialização – o ser em si mesmo no outro – no processo democrático de formação da vontade pública.

Honneth anuncia que o “direito” e a “moral” conferem ao indivíduo uma possibilidade de fuga arbitrária (saída) ou de justificação (voz) das obrigações dos papéis existentes no plano intersubjetivo, e, assim, guardam o potencial patológico de fazê-lo crer nesses escapes como verdadeira realização de sua liberdade, enquanto elas proveem os sujeitos com uma liberdade meramente parcial (2017, p. 213).¹

A plena realização da liberdade social depende da conciliação dos sistemas de ação das relações pessoais e da economia de mercado com o sistema de ação democrático fundado na esfera política de deliberação e de formação da vontade pública compartilhada, o que para Honneth só pode ser alcançado em plenitude com a formação de uma cultura política capaz de fomentar uma solidariedade cidadã a partir de instituições sociais de formação espontânea na sociedade.

O problema que motiva este texto tem a ver com a percepção de que o alijamento da esfera do direito para o desenvolvimento de uma cultura política – conquanto esta pareça preferível àquela sob o ponto de vista da estabilidade do resultado para a realização da liberdade social –, deixa a realidade objetiva desguarnecida de mecanismos de garantia que assegurem o respeito a grupos minoritários e insulares enquanto estes lutam por seu reconhecimento. O problema ganha ainda mais evidência quando observado que os avanços ocorridos nas esferas comunicativas da agora digital, especialmente a partir do advento e da ampla popularização das plataformas de redes sociais, mais colaboram para a polarização da vontade coletiva, do que para o desenvolvimento de consensos razoáveis. Essa polarização, quando conjugada com o fato da majoritariedade – que é o critério democrático por excelência – e sob a influência algorítmica, facilita a manipulação das massas, favorece à captura das arenas políticas de debate público, encapsulando as possibilidades de realização da liberdade social fora dos grupos eleitorais prevalentes.

Entretanto, argumenta-se neste estudo que arranjos institucionais na esfera do Direito, qualificados por Mauro Cappelletti e por Alexander Bickel como “virtudes passivas” do ramo judicial – o primeiro, tendo por ponto de vista uma perspectiva interna, endo- processual; o segundo, uma perspectiva externa, macro-política –, quando conjugados à ferramentas modernas como a positivação de valores fundamentais como cláusulas abertas e fatores processuais como o acesso à justiça e a abertura da jurisdição constitucional a atores extra-processuais, possibilitando a

1 Honneth apresenta um exemplo para seu argumento: ele sinaliza que Tocqueville, há mais de duzentos anos, já havia observado que nos Estados Unidos, as lutas sociais são em grande parte conduzidas sob a forma de processos judiciais (2017, p. 215). E essa estratégia seria uma ilusão de liberdade, gerada justamente em razão da forma de pensar do direito, assinalando que a esfera ética não alimenta essas ilusões porque seus participantes reconhecem-se dependentes uns dos outros, admitindo realisticamente que não logriam realizar sua liberdade através de ações puramente individuais.

participação da sociedade civil, guardam o potencial de transformar esse espaço em *locus* adequado ao exercício da razão pública, hábil à participação emancipada de grupos insulares excluídos das arenas políticas ao permitir-lhes não somente o acesso, mas também a promessa de que, nas trocas comunicativas mediadas pelos tribunais, que estão sujeitos ao imperativo da justificação e a constante controle e revisão de suas racionalidades, suas ideias sobre a vontade-pública possam alcançar efetividade ao ponto de serem implementadas na realidade social ou ao menos fomentar o debate-público a partir de uma perspectiva subordinada à razão.

Não se ignora que esse ramo da estrutura política de um Estado, à semelhança do que ocorre nos ramos eleitorais, também apresenta fragilidades, especialmente concernentes ao exercício do controle de constitucionalidade para a revisão ou implementação de políticas públicas. De um modo geral, é possível questionar a legitimidade dessa tarefa atribuída a órgão não sindicável pela via eleitoral², que poderia mesmo resultar em uma possível violação às liberdades políticas cidadãs, afinal, as ações políticas dos representantes eleitos passam a ser controladas e vinculadas pela decisão de um órgão composto sem a observação do princípio do autogoverno, na conhecida tensão contra-majoritária de Alexander Bickel ([1962] 1986).

No entanto, a constatação, já anunciada por Honneth em “Direito de liberdade” de ruptura da reflexividade democrática dos órgãos representativos, associados aos novos padrões comunicativos do espaço-político, parecem, a partir de uma visão jurídica da questão, validar o uso da jurisdição constitucional não apenas como freio aos avanços de uma política corporativa ou de sequestros democráticos, como instrumento mesmo de concretização de liberdades imprescindíveis à luta social para a formação da vontade pública democrática, ainda que essa possibilidade seja rejeitada pelo autor em referência.

Para o propósito desta investigação, procura-se compreender a crise do Estado democrático constitucional sob a perspectiva do sequestro da vontade-pública nas esferas comunicativas das mídias sociais digitais, para, num segundo momento, analisar o papel do constitucionalismo e sua relação com o exercício da liberdade social a partir da teoria de Axel Honneth, visando estabelecer as possibilidades institucionais de realização dessa liberdade no espaço político da jurisdição constitucional.

2 A crise do Estado democrático, a razão pública nas mídias sociais digitais e os embaraços à realização da liberdade social

Na avaliação de Ferrajoli (2015), Sandel (2020), Levitsky e Ziblatt (2018), a crise do Estado Constitucional seria resultado da política neoliberal com predomínio transnacional desde o último quarto do século XX, que reduziu o papel do Estado, promoveu a competição entre pessoas numa economia de livre-mercado desregulada,

2 A esse respeito, recomenda-se a leitura de Waldron (2006) e Gargarella (1997).

ao passo em que excluiu, por completa negação, a existência de uma justiça social, recusando o reconhecimento de qualquer dever moral de distribuição dos bens públicos³⁻⁴.

Dessa concepção, permeada pela racionalidade neoliberal, se erigiu uma verdadeira ética meritocrática que celebra a “liberdade” de escolha individual na participação produtiva por meio do trabalho e o merecimento como o resultado inexorável do grau de comprometimento da pessoa com o trabalho de sua “escolha”, de modo que o sucesso, nesse cenário, transformou-se em sinal de virtude (SANDEL, 2020, cap. 3).

A soma de uma política orientada pela filosofia neoliberal e de uma ética guiada pela meritocracia parecem contribuir largamente com a presente percepção de ruptura democrática⁵.

A crise financeira global de 2008 serviu para desnudar características não virtuosas dos arranjos políticos orientados por essa combinação ideológica, revelando uma ampla desigualdade social e a pequenez, a inexpressividade da voz popular frente à das grandes corporações – privadas e públicas. Nesse período, enquanto as pessoas em várias partes do globo amargavam as políticas de austeridade, recursos públicos foram injetados em empresas privadas (especialmente instituições financeiras) para a preservação do sistema econômico, fazendo ruir as máximas neoliberais de espontaneidade e autorregulação do mercado.

Conforme exortação de Castells, tanto a força quanto a estabilidade das instituições dependem de sua vigência na mente das pessoas, ou seja, no vínculo subjetivo pelo qual os cidadãos creem que suas aspirações são consideradas pelas ações daqueles a que elegem, encerrando-se uma crise de legitimidade política quando introjetado “o sentimento majoritário de que os atores do sistema político não nos representam” (2020, p. 12).

Afora a flagrante autonomia decisória dos atores políticos, outros fatores para a acentuação e a aceleração. Ainda segundo Castells, as atuais lutas pelo poder, que aliam o abuso dos recursos de mídia (política midiática), os escândalos políticos (política do escândalo) e a autonomia comunicativa dos cidadãos, inspiram a desconfiança e a reprovação moral da política e dos políticos. Como resultado, mundo afora foram eleitos *outsiders*, personagens apolíticos⁶ e populistas⁷, todos com discursos veementes de retorno aos padrões pré-globalização, recheados de argumentos nacionalistas, alguns antisemitas, de combate ao crime (terrorismo político) e à corrupção. Mas o

3 Nesse sentido, é proeminente a obra “Direito, legislação e liberdade” (HAYEK, 1985). Para uma ilustração dos resultados dessa filosofia, sugere-se “The tyranny of merit” (SANDEL, 2020).

4 Ferrajoli (2015, p. 136) pondera que o fator constitutivo da atual crise da democracia é, justamente, a crise econômica provocada pela desregulação e pela redução do papel distributivo do governo.

5 Sobre o impacto desses fatores na democracia, a transformação da política em tecnocracia, recomenda-se, novamente, FERRAJOLI (2015, p. 139).

6 Para listar alguns, Donald Trump (Estados Unidos da América) e Emmanuel Macron (França).

7 Como no caso de Hungria, Itália, Filipinas, Suíça e Dinamarca (KOKAY, 2018).

que esses “líderes” fizeram foi tão-somente reafirmar o neoliberalismo econômico, priorizando reformas trabalhistas que precarizam as relações de emprego ao assumirem a “[...] cantilena dos meios empresariais imediatistas para assegurar o crescimento econômico, sem que a evidência empírica demonstre isso” (2020, p. 58)⁸, marginalizando o pobre, num fenômeno de criminalização da pobreza que Loic Wacquant cunhou de “prisonfare”⁹, que relega ao povo todo o ônus do progresso econômico.

A questão presente neste tópico, identificada como crise do Estado democrático, concerne à captura do próprio espaço político tradicional, cujo sequestro é escamoteado pela “vontade da maioria”, construída a partir de instrumentos de manipulação da vontade pública.

A apatia política, ou a neutralidade estimulada pela *práxis* do capital, ambas assinaladas por Honneth (2015 [2011], p. 536-538), parece já não se impor na realidade presente, afinal, na última década, com a consolidação das plataformas de redes sociais, assuntos políticos passaram a ocupar a pauta do dia dos encontros sociais e familiares, estando especialmente presentes nos grupos de Whatsapp e outras plataformas análogas. A infovia digital não apenas está, hoje, congestionada de assuntos de ordem política, como vem ditando a pauta do dia, estabelecendo o que tem e o que não tem importância e prioridade.

Não obstante, em muitos lugares – e o Brasil certamente é um exemplo – esse aumento de participação na política não parece estar sendo acompanhado por avanços

-
- 8 A generalização do argumento foi decisão parafrástica dos coautores deste artigo. O autor do texto citado se refere ao exemplo da França sob o “macronismo”, porém justifica-se a decisão pela generalização do argumento em vista da observação de uma identidade do exemplo francês ao que se vê no Brasil com o “bolsonarismo”. Jair Bolsonaro, embora político de carreira, elegeu-se primordialmente em razão do discurso populista e de anticorrupção em um momento histórico marcado pelos escândalos envolvendo o governo, então chefiado pelo Partido dos Trabalhadores, e a Petrobrás, no esquema cunhado “petrolão”. Entretanto, uma vez eleito, não implementou qualquer ação concreta apta a romper com o paradigma da política capturada pelo mercado; antes, priorizou a reforma trabalhista com a precarização do trabalho, o pacote anticrime que resulta na marginalização do pobre, especialmente dos negros, escamoteou as políticas de proteção ambientais, favorecendo a destruição do meio ambiente em níveis alarmantes etc.
- 9 O argumento desse sociólogo é de que a hegemonia neoliberal, ao passo em que ampliou a defesa das liberdades, promoveu a erosão de instituições sociais como a família patriarcal, as relações de autoridade baseadas em gênero e idade, a progressiva precarização do trabalho e o aumento da competição por melhores empregos, alterando o estado de bem-estar social para um modelo de “workfare” no qual prevalecem os mais preparados (“survival of the fittest”) numa ideologia neo-darwiniana que venera os vencedores, por seu “vigor” e “inteligência”, e vitupera os perdedores na luta pela vida econômica como se sua “derrota” fosse fruto de uma falha de caráter e deficiência comportamental. Esse arranjo reduziu o Estado ao papel de garantidor da segurança pública, numa posição que de um lado é fomentado pelos discursos de terrorismo criminal e combate às drogas e, de outro, pela canonização do direito à segurança, resultando na ampliação das políticas punitivas como ferramenta para a aquisição de capital político (WACQANT, 2009, p. 22-24; 29-35).

na cidadania democrática. A todo momento surgem na agenda política pautas que sinalizam verdadeiro retrocesso quanto a conquistas democráticas, ao repúdio à ciência¹⁰, à educação¹¹, aos direitos humanos¹² e outros instrumentos históricos de emancipação política dos povos¹³.

Como equacionar a realidade de maior participação política do povo, com a constatação, cada vez mais presente, de retrocesso democrático?

A internet, como mencionado, começou na última década a evidenciar o seu potencial nocivo para a formação da vontade pública. As experiências nesse período demonstraram que a formação de grupos estimulada por redes sociais, como o Whatsapp, Facebook, Instagram, TikTok e congêneres, consubstancia uma forma de prática comunicativa “feudalizada”, que se baseia em relações de proximidade, afinidade e/ou confiança, e, de sua vez, bloqueiam os desconhecidos ou os que se atrevem a perturbar a harmonia do feudo com suas opiniões contrárias (GALLEGO *apud* MORAIS, LOBO, 2019, p. 470).

-
- 10 Como rememora Sandra Caponi (2020, p. 210), a campanha política de Jair Bolsonaro em 2018 foi marcada pelo negacionismo científico e pela desconsideração de argumentos racionais, evidenciado por “[...] seu desprezo pelas universidades, pela pesquisa científica, pelos direitos das populações vulneráveis, pelas comunidades indígenas, LGBT, populações de rua, mulheres em situação de violência etc.”, e com advento da pandemia por Covid-19 demonstrou sua faceta mais perniciosa, porque ao minimizar a gravidade da doença, estimular o uso de medicamentos sem comprovação científica, sabotar as medidas sanitárias preventivas, atrasar a compra de vacinas quando estas já estavam disponíveis no mundo e, por outro lado, ao estimular o chamado “isolamento vertical” – ou “imunização de rebanho”, contribui para o descontrole da epidemia e o funesto resultado de mais de meio milhão de mortos em pouco mais de um ano depois da primeira morte pela doença registrada no país.
- 11 No Brasil, a educação vem sofrendo com perdas de verbas (OLIVEIRA, 2021) que colocaram diversas universidades do país sob o risco de terem interrompidas suas atividades (MARTINS, 2021) e o desenvolvimento de projetos de pesquisa científica em curso, inclusive aqueles orientados ao desenvolvimento de uma vacina nacional para a prevenção e o controle do Coronavírus (MENICUCCI, 2021), o que, se bem sucedido, reduziria os custos com a imunização da população brasileira, conferindo ao governo maior independência para a proteção e a defesa da saúde de todos.
- 12 Apenas para citar alguns exemplos: operações policiais em favelas do Rio de Janeiro, como o lamentável episódio do Jacarezinho, resultaram na morte de quase mil pessoas no curso do último ano (BARREIRA et al., 2021); o Presidente da República, Jair Bolsonaro, postou uma foto com uma placa sinalizando um “CPF cancelado”, em alusão à gíria utilizada por grupos de extermínio para sinalizar o assassinato de alguém, depois de uma entrevista a um programa de TV na cidade de Manaus quando o Brasil já registrava mais de 400 mil mortos por Covid-19 e na cidade que vivenciou de forma mais dramática o horror da doença, experimentando o colapso de suas redes de atenção à saúde (SILVA, 2021); afora as declarações discriminatórias do então Presidente, sempre presentes em suas aparições públicas, catalogando ao longo de sua vida política frases que atentam contra a dignidade de grupos vulneráveis, como negros, mulheres, LGBT+, afora a veneração da ditadura e seus métodos de tortura e opressão (CIPRIANI, 2018).
- 13 Evidência desse quadro é a crescente utilização da Lei de Segurança Nacional para a repressão à protestos e outras formas de manifestação da vontade pública opositora (SOUZA, 2021).

Leticia Cesarino, estudando o fenômeno da digitalização da política nas eleições brasileiras de 2018, identificou no bolsonarismo tanto reflexos do que Laclau, inspirado na linguística saussurreana, chamou “[...] de eixo da diferença (que traça uma divisão antagonística entre amigo e inimigo) e eixo da equivalência (que traça uma continuidade entre líder e ‘povo’)” (2019, p. 533), como também o uso de três funções discursivas do campo da psicologia de massas, caracterizadas pela “[...] mobilização permanente através de conteúdos alarmistas e conspiratórios; espelho invertido do inimigo e devolução de acusações; e criação de um canal direto e exclusivo de comunicação entre a liderança e seu público” pela deslegitimação das instâncias de comunicação institucionais, como a mídia tradicional e a academia (2019, p. 533).

Essas funções, aplicadas às mídias sociais digitais, foram proliferadas em múltiplas escalas e propiciaram “[...] um tipo de mediação que produz o efeito paradoxal de ausência de mediação (no caso, entre líder e povo)” que é essencial para a ascensão do populismo (CESARINO, 2019, p. 535).

As plataformas de redes sociais, nesse sentido, transformaram-se em verdadeiras arenas políticas supostamente acessíveis, em espaços que, alimentados pelo mecanismo de replicação que potencializa a “viralização”, fomenta no ‘povo’ a expectativa de ter voz, de ser escutado, a falsa impressão de que será notado. Um problema que subjaz a essa fantasia é o potencial virótico das mensagens de ódio, intolerância e também daquelas que contestam as fontes institucionais de informação¹⁴.

Como Honneth já havia apreendido mesmo antes da capilarização das grandes redes, a difusão e o anonimato da vida pública digital indicam uma “[...] tendência a se carecer de controles de racionalidade mesmo os mais rudimentares [...]” (2015a [2011], p. 577), de modo que “[...] a formação da vontade ocorre não apenas de maneira amorfa e carente de toda pressão por justificação racional, mas também proporciona espaço para todo tipo de opiniões individuais e movimentos coletivos de caráter apócrifo e antidemocrático.” (2015a [2011], p. 578).

14 O uso dos indicadores “viral”, “mídias sociais” (ou “social media”) e “ódio” (ou “hatred”) ou “desinformação” (ou “fakenews”), em buscadores como Google scholar, revela um número de elevado de artigos científicos de estudiosos que vêm se debruçando sob o estudo dos fenômenos das mídias digitais, o que demonstra a verossimilhança do argumento generalizado pelos coautores deste artigo, que pode, outrossim, ser apreendido a partir das pesquisas de Kumar *et al.* (2020, p. 77) – para ele, o propósito das plataformas de mídia social é a obtenção de lucro a partir do tempo de uso de seus aplicativos pelos consumidores e a constatação, realçada por Judith Butler em resposta à obra Reificação, de Honneth, de que o ódio tem grande poder de engajamento (2008, p. 102-104), sendo apto, portanto, à promoção do tempo de uso que as plataformas anelam. Zachary Laub (2019), em reportagem publicada na página da organização independente Council on Foreign Relations, também expõe o modo pelo qual as mídias sociais inspiram atos de violência e catalisam crimes de ódio, interessando a exposição quanto ao uso dos algoritmos preditivos que, sob a promessa de oferecer uma experiência mais personalizada nas redes, são desenhados para aumentar o tempo de engajamento dos usuários no uso das plataformas e frequentemente os submetem à exposição de conteúdos extremos, visibilizando sites marginais sem compromisso com a informação e muitas vezes até conspiratórios.

É, pois, um paradoxo: por um lado, os novos veículos comunicativos, em especial as plataformas de redes sociais, permitiram maior participação popular em assuntos de interesse político e, de igual sorte, a instantaneidade da circulação de informação e a supressão das barreiras físicas parecem contribuir para o fortalecimento de uma sensação de colaboração direta com os representantes políticos (MORAIS; LOBO, 2019, p. 467)¹⁵. Por outro, a galopante (e inaudível, sub-reptícia, mas perceptível) influência algorítmica – cuidadosamente arquitetada pelos membros da GAFAM¹⁶, os gigantes da tecnologia, as grandes corporações transnacionais, cujo compromisso fundamental é com o acúmulo de capital¹⁷ – e a superveniência de fenômenos tecnológicos não antecipados – como as câmaras de eco e os filtros de bolha (PARISER, 2011) – vêm possibilitando a manipulação “invisível e exógena” da opinião das pessoas digitais (MORAIS; LOBO, 2019, p. 467)¹⁸, em nível pré-reflexivo.

Para Ferrajoli, a crise econômica, produto de uma economia de mercado desregulada, ao desnudar a baixa representatividade política dos partidos e representantes parlamentares, conduziu a uma personalização e verticalização da política, que, endossadas por ideologias de maiorias e tendências populistas¹⁹, veem na própria crise o espaço para libertar a política dos limites e vínculos legais e constitucionais, de modo que a crise econômica degenera-se numa crise democrática de dimensões tanto formal e política, quanto substancial e constitucional (2015, p. 150-151).

Ainda segundo o autor, essa crise democrática de dupla dimensão – da capacidade de governar a política e do projeto constitucional de garantia de direitos – retroalimenta a crise econômica e social, agravando suas causas numa espiral viciosa (2015, p. 151). Na dimensão substancial – que interessa ao que se estuda neste artigo – a imagem da democracia passa a ser associada a critérios puramente majoritários, cuja fonte de legitimidade está no voto popular, sem consideração com a representação da pluralidade de ideias e interesses cuja mediação deveria competir ao Parlamento. Como

15 Os autores consideram a expansão da participação popular por meio das redes sociais como um dado de fato e somam aos atributos das redes, descritos acima, a própria sensação de colaboração direta com os representantes políticos, dando uma nova aparência à democracia.

16 Acrônimo de Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft.

17 Sobre a revolução da internet e o poder aleteico, recomenda-se GUZANSKY (2020), p. 13-16.

18 Os autores lembram o escândalo que resultou na eleição de Donald Trump (EUA) e o caso da Cambridge Analytica, que criou software capaz de segregar dados pessoais, favorecendo sua manipulação, resultando no direcionamento dos eleitores no referendo para a posição do evento conhecido como Brexit.

19 Uma evidência desse fenômeno, no Brasil hoje, é percebido pelo projeto de lei colocado em pauta na Câmara dos Deputados para, a toque de caixa, pela apropriação do próprio processo eleitoral – porque o texto original proposto pelo deputado Carlos Sampaio (PSDB-SP) não incluía matéria tão ampla como a que fora adicionada pela relatora, a deputada Renata Abreu (PODE-SP) depois de sua aprovação pela Comissão de Constituição de Justiça – tentar estabelecer o sistema de votos distrital, que elimina a representação proporcional – que fortalece os partidos políticos e favorece minorias –, substituindo-a por um sistema puramente majoritário (O Assunto 487, 2021), com vocação populista.

consequência, num processo de desconstitucionalização, os próprios parlamentares se enredam em atitudes que atentam contra os freios constitucionais e a separação dos poderes, contestando a proibição ao mandato imperativo e, vê-se, ao próprio sistema proporcional cujo escopo histórico foi o de permitir que grupos minoritários tivessem uma parcela de representação no Poder Legislativo²⁰.

O diagnóstico do tempo presente é, pois, de uma elevada participação política popular – performática – na arena das plataformas de redes sociais. Nelas, o cidadão-consumidor reage não de forma ativa, engajada, mas de forma passiva ao jogo político – mediante reclamações, queixas etc. –, tal e qual nas relações de consumo (HAN, 2020, p. 21). Contudo, confinados por barreiras algorítmicas, os cidadãos “formados” nesses ambientes são cada vez menos expostos a ideias políticas contrárias às suas inclinações pessoais. Assim, na contramão da maturidade política²¹ que se alcança através da dialeticidade que é proporcionada pelo confronto saudável de ideias contrárias, mas razoavelmente aceitáveis, a ágora digital tende a polarizações que, quando endossadas por uma concepção puramente majoritária de democracia, promovem a personalização e a verticalização do poder político, deixando minorias cada vez mais desassistidas e sem representação, incapazes de realizarem sua liberdade social.

3 Constitucionalismo e a possibilidade de realização da liberdade social honnethiana

O constitucionalismo moderno parte de uma premissa fundamental de que a constituição de um Estado nacional delimita seus sistemas jurídico e político. Para Ralf Rigowski (inspirado em Lumman), as constituições são “os mecanismos de acoplamento estrutural que ligam os dois sistemas de funções independentes, lei e política”, desenvolvidas no final do século XVIII precisamente “por causa da completa diferenciação do direito e da política que gerava a necessidade de encontrar novas formas de vincular os dois sistemas de funções” (2013, p. 13, tradução nossa). Nas palavras de Philippopoulos-Mihalopoulos, a constituição é “[...] o paradoxo que reúne o direito e a política precisamente por mantê-los separados (ou seja, permitindo que o direito e a política restrinjam a influência um sobre o outro)” (*apud* RIGOWSKI, 2013, p. 13).

Como documento histórico, a constituição tem a sua essência definida pelo que Ferdinand Lassalle chamava de “fatores reais de poder”, assumindo que “[...] os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder” e as

20 Ferrajoli (2015, p. 151-152) ilustra o seu argumento com o exemplo italiano, sendo evidentes as semelhanças com o que se vê no Brasil.

21 Expressão usada, neste trabalho, sem rigor metodológico, senão o sentido léxico para representar tão somente o senso comum de que a exposição a ideias contrárias razoavelmente aceitáveis exerce um papel no processo de evolução dos discursos políticos que movimentam a vida em sociedade, contribuindo para o seu desenvolvimento.

Constituições só logram ser efetivas quando “exprimem fielmente os fatores de poder que imperam na realidade social” ([1862] 1933, p. 40).

Essa visão, tão marcante ao seu tempo por diagnosticar a influência da realidade social e seus conflitos imanentes sobre a realidade institucional e estabelecer naquela a fonte para a legitimação e durabilidade da ordem constitucional, foi revisitada por Conrad Hesse quase um século depois²², quando este passou a defender que a Constituição possui, a par das questões de poder que nela se refletem, uma força normativa que é “motivadora e ordenadora da vida do Estado” ([1959] 2004, p. 11). Para esse autor, existe um condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social, porque tanto a constituição deve encontrar o “germe material de sua força vital” nas condições históricas de sua realização – sejam elas culturais, políticas, econômicas ou sociais –, como ela se converte em uma força ativa capaz de conformar a realidade quando logra imprimir na consciência geral “não só a vontade de poder”, caracterizada por suas disputas e tensões, “mas também a vontade da Constituição”, legitimada, agora não apenas pela realidade dos fatos, mas pelos atos de vontade coletiva que decorrem da compreensão de que “todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado” (2004, p. 17-20).

Em Direito de Liberdade, ao analisar a historiografia do Estado moderno, Axel Honneth conclui que a influência da realidade, no plano do ser, sobrepuja aquela normativa, do dever-ser, e uma análise “moralmente sóbria” da história revela que o Estado, “[...] desde a sua fundação, apresenta-se como um contínuo processo de crescimento de poder fragilmente legitimado [...]”, um poder que se transforma num fim em si mesmo, variando apenas quanto ao nível e intensidade dos instrumentos de controle que empregam para a sujeição de seus “súditos” (2015a, p. 587). Apesar de nos tornar imunes a qualquer ilusão romântica relacionada ao papel do Estado enquanto “órgão intelectual”, Honneth consente que o preço de uma perspectiva externa radical, puramente realista, “[...] nos priva de quaisquer possibilidade de avaliar esses acontecimentos” senão através do limitado exame da intensidade dos instrumentos de controle, de modo que, mesmo de maneira contrafactual, precisamos superar a influência pura da realidade e relacionar o Estado de direito moderno ao modo filosófico do dever-ser que lhe atribui a tarefa de proteção e do respeito à formação da vontade pública (2015a, p. 588). Uma perspectiva normativa lucidamente contrafactual carrega consigo ao menos a vantagem de nos permitir analisar as atividades de controle do Estado, em retrospectiva histórica, “[...] não mais como indicadores de uma tendência intrínseca de aumento de poder, mas de um uso ilegítimo, frequentemente ligado a interesses de uma autoridade meramente tomada de empréstimo por coerção e poder. [...]” (2015a, p. 588).

22 A obra de Ferdinand Lassalle foi originalmente publicada em 1862, enquanto a de Konrad Hesse foi publicada em 1959.

Na reconstrução do direito da liberdade, Honneth, portanto, não ignorou a influência da realidade na estrutura institucional do Estado, mas também não descartou a vantagem de adoção de uma teoria normativa, concluindo que se mantivermos em perspectiva esses fenômenos contrapostos, “[...] poderemos reconstruir brevemente a história do Estado moderno seguindo o fio da realização social sem incidir em ilusões morais. [...]” (2015a, p. 590)²³. Esse é, afinal, o modo de ser do próprio método de reconstrução normativa que, segundo o autor, substitui o elemento metafísico do espírito hegeliano por uma ideia, tomada da Sociologia, de que “[...] determinadas classes do Espiritual – nomeadamente, as ideias normativas – possuem a capacidade de moldar e remodelar a realidade social de acordo com o seu próprio conteúdo” (2015b, p. 207, tradução nossa), de modo a permitir estabelecer uma linha do progresso moral das sociedades modernas, cuja trajetória, analisada em retrospectiva pela reconstrução dos conflitos e divergências sociais²⁴ históricas travadas acerca da correta interpretação ou possibilidade de realização dos princípios normativos nas estruturas sociais, confere tanto o instrumento para identificar quais reivindicações já foram realizadas, como a ideia do que devemos fazer para realizá-las de forma mais completa e adequada (2015b, p. 206).

Embora Honneth não esteja tratando especificamente do constitucionalismo, mas da crise do Estado moderno, sabe-se que esses fenômenos se inter-relacionam sob diversos aspectos, chegando mesmo a se complementar, afinal, o primeiro atende justamente ao escopo de conferir ao segundo um mecanismo de legitimidade e controle, através de uma pretensão normativa de conformação a qual Hesse atribuiu o nome “vontade de constituição”.

Sem perder de vista o escopo restrito deste texto, interessa descobrir se é possível conciliar o papel do constitucionalismo, e, especialmente, a jurisdição constitucional, com a ideia de liberdade social. Essa indagação pode parecer um contrassenso, afinal, se a liberdade social depende da formação da vontade pública compartilhada, o modo

23 Essa assertiva não esconde o realismo que marca a reconstrução normativa de Honneth acerca das esferas de liberdade institucionalizadas nas sociedades liberais democráticas, tendo o autor afirmando mais à frente na mesma obra, ao analisar o período da tirania nacional-socialista na Alemanha do século XX, que “a história do progresso orientada pelo fio condutor da realização social de liberdade individual deve sempre reconhecer quão frágil, tênue e fácil de romper é a linha que tenta envolver todas as anomalias, uma vez que toda ampliação da liberdade parece trazer semelhantes riscos de angústia e medo diante dela própria” (2015a, p. 614-615). Também em outro texto, ao justificar o método de reconstrução normativa, Honneth expôs sua compreensão de que algumas classes de ideias normativas detém a habilidade de formar e remodelar a realidade social de acordo com o seu próprio conteúdo, sendo através das lutas sociais que essas ideias vão se concretizando no plano objetivo (2015b, p. 207).

24 Honneth (2015b, p. 207) observa que é nas lutas sociais, e também por meio delas, que as reivindicações normativas se concretizam, logrando os atores sociais a alcançar o progresso moral ou a transformá-lo quando aceitam as promessas implícitas nessas normas historicamente estabelecidas e procuram implementar suas promessas ao se rebelarem contra as condições sociais prevalentes.

de julgar dos tribunais – adjudicatório – não aparenta ser um lugar adequado para a realização dessa liberdade.

Honneth deixou transparecer esse ceticismo ao afirmar que a realização da liberdade social na esfera pública democrática “[...] não deve ser entendida ao modo de uma corte suprema em que, em última instância, se decide autonomamente sobre como devem ser as condições a ser reguladas em sintonia com o Estado de Direito, nas duas outras esferas de ação. [...]” (2015a, p. 487).

Não obstante, as vias políticas tradicionais, conforme exposto no item antecedente, também decidem com frequente autonomia, desvinculando-se, tanto no passado, como no presente, do múnus democrático de buscar o consenso para a formação da vontade pública, procurando, ao reverso, a formulação de um processo decisório baseado em acordos informais ou arranjos que se realizam longe da sindicância do eleitorado²⁵.

Esse cenário de capturas da agenda política não é novo e foi mesmo a base que outrora permitiu o nascimento do constitucionalismo como ferramenta institucional para assegurar a justiça da estrutura básica social.

No entanto, para Honneth, foi também a ausência de reflexividade representativa que colocou a construção do Estado Constitucional moderno como um tópico do debate público. Para o autor, a história demonstrou que apesar de todas as promessas de representação da vontade geral, uma seletividade oculta, encoberta para uma pseudo-neutralidade ética da ordem legal e política, fazia com que apenas os interesses particulares de algumas classes fossem efetivamente considerados, sendo esse “desacoplamento entre o sistema político e a formação da vontade democrática” desvelados em períodos de crise sob a reação de um “desencanto com a política”, no lugar de protestos políticos²⁶. A fonte desse desencanto, para ele, está na mera atribuição abstrata de conteúdos normativos dessubstancializados de um elemento de integração política, que, nos dias presentes – ao menos na realidade da comunidade europeia, diante das dificuldades promovidas pela transferência de uma parcela da soberania nacional para a constituição de um governo europeu de Estados confederados, ou Estado confederado, dada a ausência de clareza quanto a autoconcepção dessa comunidade transnacional²⁷ – somente lograria ser superada a partir da promoção de uma cultura política que fomentasse uma solidariedade cidadã apta a mobilizar entidades, movimentos sociais e associações civis para pressionar o poder legislativo parlamentar, forçando, pelo mecanismo da luta social²⁸, a

25 A propósito, recomenda-se a leitura de “Como as democracias morrem” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018) e de “Ruptura” (CASTELLS, 2020).

26 Para esse argumento, p. 622.

27 Para esse argumento, p. 626.

28 Em contraposição a uma luta de violência.

autorrealização da liberdade social democrática²⁹ (2015a, p. 612-629).

Essas lutas, que têm como objeto os princípios de legitimação autorreferentes construídos nas esferas de ação das transações pessoais e das transações econômicas mediadas pelo mercado, tornam-se a base de uma eticidade democrática que se realiza na esfera política por meio da deliberação e da formação da vontade pública compartilhada. A promessa de realização da liberdade social depende, pois,

[...] da instituição da vida pública democrática como espaço intermediário no qual cidadãos devem constituir convicções coletivamente aceitas mediante discussão deliberativa, as quais constituirão os princípios a ser obedecidos pela legislação parlamentar em conformidade com procedimentos do Estado de direito. (HONNETH, 2015a, p. 485).

Entretanto, os mecanismos de luta, mesmo que preferíveis em relação aos freios institucionais de controles das técnicas de capturas da agenda política e do escamoteamento dos valores constitucionais que deveriam inspirar a formação de uma cultura de cidadania democrática, não parecem suficientes para resguardar grupos insulares e minorias não organizadas. É dizer, os mecanismos de espalhamento de ideologias políticas contrárias à ideia de uma razão pública compartilhada, intensificadas pelo uso da infovia digital desregulada, promovem a deslegitimação da Constituição e dos valores que ela prescreve para a formação de uma vontade pública cidadã, solidária e fraternal. Livre desse conteúdo normativo primordial, com pretensão de eficácia no plano jurídico, os eleitores encapsulados em bolhas de retroalimentação, verdadeiras câmaras de eco³⁰, com sua polarização reforçada pela atuação de robôs digitais (GUZANSKY et al., 2020) que pretendem criar uma simulação eletrônica do efeito turba da psicologia das massas, podem alcançar volume capaz de silenciar protestos de minorias que, mesmo organizadas, não chegam a contabilizar um número de votos que importe no cenário político, ficando esses grupos dependentes da simpatia de outros, o que, no cenário descrito, pode vir a ocorrer tarde demais.

29 Honneth considera insuficiente a ideia de um patriotismo constitucional especialmente porque a sua reconstrução normativa é orientada para a comunidade europeia, no qual a própria ideia de uma constituição nacional não faz sentido frente a “erosão das fronteiras das autolegislações públicas, que já não incidiriam mais dentro dos territórios nacionais, mas de maneira transversal a eles, entre os cidadãos dos Estados-membros” (2015a, p. 626-627), conforme ele argumenta, falta à ideia de patriotismo constitucional “concreção histórica” e “um relato de êxitos e fracassos coletivos em cuja luz os cidadãos poderiam se entender como uma comunidade de destino obrigada a um apoio recíproco” (2015a, p. 628-629).

30 Expressões cunhadas por PARISER, Eli. *The Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and How We Think*. [s.l.]: Penguin Books, 2012.

Um exemplo é capaz de ilustrar o argumento: atualmente, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, presidida pela deputada Bia Kicis (PSL-DF), membro da ala ideológica do governo Bolsonaro, aprovou projeto de lei que pretende disciplinar a demarcação de terras indígenas. O texto aprovado contempla dispositivos que deixam desguarnecidas inúmeras comunidades indígenas, tanto pela perda da terra – eis que estabelece um marco temporal que estende a proteção estatal apenas às terras ocupadas até 05 de outubro de 1988 – como pela possibilidade de exploração do garimpo. A aprovação do texto se deu em meio à protestos de representantes dos povos indígenas à frente da Câmara dos Deputados, mas esses protestos não chegaram a ecoar dentro dos salões do Parlamento, senão pela voz da única representante indígena ocupando um cargo no Congresso Nacional na presente legislatura, Joenia Wapichana (REDE-RR), que alertou à comissão que “[...] os direitos dos povos indígenas foram garantidos por nossa Constituição como cláusula pétrea e não podem ser mudados por qualquer interesse egoísta, individual, de quem tem olhar de cobiça para as terras indígenas.” (BITTAR, 2021). Porém, sob um discurso jurídico claramente colonizador, sem nenhuma consideração à liberdade subjetiva – ou positiva – desses povos, o deputado Kim Kataguiri (DEM-SP) argumentou

A gente não dá a liberdade pra que eles trabalhem, a gente não dá a liberdade pra que eles prosperem, a gente não dá a liberdade pra que eles se desenvolvam, pelo contrário, a gente diz ‘olha, na Constituição tá dizendo que são terras indígenas mas no final das contas é a União, é o governo, é o Ministério da Justiça, é a Funai, é o Congresso Nacional que vai decidir o que vocês podem ou não podem fazer com as suas terras’. Isso não é liberdade, isso não é defesa de direitos dos povos indígenas, pelo contrário, isso é cerceamento do direito que eles teriam à saúde, ao saneamento básico, ao desenvolvimento econômico. (BITTAR, 2021).

Sob a via do protesto, esse grupo não conseguiu se fazer ouvir nos estágios primordiais de formulação do texto normativo que lhes diz respeito e sem a simpatia de outros grupos capazes de conferir peso e densidade a sua voz, dificilmente conseguirá reverter essa senda colonizadora pelas vias políticas tradicionais ou pela via dos protestos orientados para o debate público democrático, pois, quanto a este, a demora para a formação de um consenso pode vir a significar a desnaturação de algumas das comunidades indígenas atingidas pelo texto da lei.

O respeito à autonomia desses povos – e o exemplo é ilustrativo, pois outras pretensões minoritárias arrefecem diante de cenários semelhantes – depende de um sistema de garantias que mesmo realizado *a posteriori*, sob o nível de controle, é, ele mesmo, anterior à ofensa, porque estabelecido sob um paradigma de justiça edificado

a partir de um núcleo duro de direitos fundamentais que reconhece a diversidade como elemento do postulado da dignidade – neste caso, densificado pelo ideal de não-discriminação³¹.

Mesmo consentindo que o Estado Constitucional moderno detém o poder legítimo de transformar as mudanças conquistadas a partir de lutas sociais em garantias jurídicas, o que, segundo Honneth, constitui uma das duas razões pelas quais a esfera democrática da formação da vontade pública desfruta de prioridade em relação às esferas da vida privada e do mercado, sendo a outra razão os mecanismos discursivos-reflexivos dessa esfera, que “constituem o substrato e o esqueleto das próprias liberdades prometidas” (2015a, p. 633-634), o autor mantém-se cético quanto ao emprego das instâncias jurídicas como ponto adequado de convergência entre as concepções normativa e realista de justiça baseada à luz de uma ideia de autorrealização da liberdade social.

Honneth parece partir de uma concepção Hegeliana de “boa sociedade”, reconstruída sob o fio do progresso moral das sociedades europeias, que não apreenderiam o direito como mecanismo histórico de luta por reconhecimento social, porque em tais sociedades as pessoas-plurais seriam capazes de se reconhecer no espaço público do debate político, cômicos de como suas decisões impactam o bem-estar de outros cidadãos além de si mesmos, de modo que orientariam suas condutas e escolhas de forma solidária. O autor assinala que:

31 Para esse argumento, apoiamo-nos em Charles Taylor, que sustenta que a moderna noção de identidade – que, em certa medida, apresenta-se como expressão e elemento da dignidade –, opera tanto no nível individual, como no social, de modo que é construída a partir do reconhecimento que o outro tem acerca do eu ou do nós. Segundo o autor, “[o] reconhecimento igual não é somente a modalidade apropriada de uma sociedade democrática saudável [...]” como a sua recusa pode “[...] infligir danos àqueles a quem é negado” (2000, p. 249). Embora sejam atribuídos variados sentidos à expressão “reconhecimento igual”, a depender da lente filosófica empregada, subsiste um “ideal de autenticidade” e este, segundo Taylor, é realizado a partir do pressuposto de igual valor atribuído às múltiplas culturas que integram nossa sociedade plural, não no sentido paternalista de “deixá-las sobreviver”, mas no de efetivamente lhes reconhecer o seu valor (2000, p. 268) conforme suas próprias métricas, as quais alcançamos a partir de uma “fusão de horizontes” que transforma os nossos padrões, enquanto observadores, “pelo estudo do padrão do outro, de modo que não estejamos julgando a partir de nossos velhos padrões familiares” (2000, p. 272). Embora Taylor rejeite a possibilidade de se exigir esse pressuposto como um direito, trabalhando, antes, essa exigência no campo da moral, é inegável que o texto constitucional – base do direito vigente – expressa mais do que direitos, mas valores e metas coletivas da sociedade nacional que se fundamentam no respeito à dignidade humana, liberdade, justiça, solidariedade, não discriminação, entre outros. Esses valores substantivos corroboram com o “ideal de autenticidade” que busca eliminar as opressões discursivas que confinam grupos culturais ou étnicos e são a base da argumentação de uma Corte Constitucional, de modo que mesmo a esfera da justiça não seja capaz de impor o reconhecimento do igual valor, poderá ao menos assegurar o respeito à autonomia desses povos na afirmação de sua própria identidade.

[...] A esfera política da formação democrática da vontade só corresponde à pretensão normativa de uma inclusão não coercitiva de todos os implicados quando seus participantes aprendem que as lutas sociais pela reivindicação à liberdade institucionalizada nas outras esferas de ação merecem ser apoiadas por que representam as condições de sua própria liberdade. (2015a, p. 632).

Ao analisar o papel da teoria crítica da justiça, Werle e Melo justificam que a noção de que uma concepção de justiça baseada em direitos não conseguiria “[...] lidar com as condições que proporcionam e sustentam a aquisição e a manutenção da autoestima e da autoconfiança.”, porque essas condições são antecedentes ao direito, tornando-o insuficiente para lidar com as vulnerabilidades dos seres humanos em geral (2013, p. 327).

Honneth considera que as liberdades jurídicas, categorizadas especialmente sob o título dos chamados direitos “subjetivos”, mesmo com a ampliação de seu alcance nas últimas décadas como resultado de pressão de movimentos sociais expandindo suas categorias originais – e nesse ponto ele usa a tese de Thomas Marshal acerca da evolução e das conquistas progressivas que resultaram na positivação dos direitos individuais, sociais e políticos –, não são capazes de satisfazer a promessa de liberdade porque, à exceção dos direitos políticos, têm em sua estrutura um germe privatista que se coloca em permanente tensão com as ideias de cooperação para a concessão recíproca de direitos e deveres (2015a, B, I, p. 129-130). Nesse sentido, o modo de operar do direito seria um empecilho à promessa de realização da liberdade social, porque ao confinar o sujeito a uma perspectiva individualista, o faz interagir com o seu próximo como seu oponente, promovendo uma espécie de reconhecimento fragmentado cuja práxis não-cooperativa restringe o desenvolvimento adequado dos sujeitos para a vida pública.

O problema, nesse sentido, seria cíclico: porque o direito só opera em prospectiva, através da positivação das conquistas alcançadas nas outras esferas de ação, ele não seria capaz de impulsionar os avanços emancipatórios, antes, sob a categoria dos chamados direitos subjetivos, carregaria consigo o potencial mesmo de atrasá-los ao confinar os indivíduos numa postura monológica que os afasta das esferas discursivas da vida pública.

Em outro texto, ao rebater uma crítica sobre o papel limitado do direito para sua teoria de justiça, Honneth admite que apesar do risco patológico da parcialidade, o direito – neste caso, o direito negativo – constitui um bloco central para a construção de uma vida ética democrática justamente porque na esfera prática do sistema legal o sujeito está sempre autorizado a se recolher para a sua esfera privada, onde poderá livremente examinar ou reexaminar sua concepção de bem, avaliando sua vontade individual de participar em relações vinculativas de reconhecimento dentro das múltiplas esferas de ação social (2017, p. 129).

A importância do direito para a realização da liberdade social, nessa linha de argumentação, poderia então ser vislumbrada em dois momentos: primeiro, pela categoria de uma liberdade jurídica, por assegurar ao sujeito a adoção de uma postura auto-reflexiva que lhe assegure o descobrimento privado de sua própria vontade (2015a, p. 131); segundo, pela imposição de justificação racional, por favorecer a estabilização das conquistas sociais alcançadas pela luta nas esferas de ação comunicativa da vida privada ou da economia regulada pelo mercado, através do aparato jurídico de princípios legais universais, legitimamente justificadas em uma linguagem acessível a todos os cidadãos (2017, p. 130).

As normas legais, nesse sentido, atuam num momento antecedente, habilitando os sujeitos a perseguirem mudanças na estrutura social, e, num momento ulterior à luta, e como consequência dela mesma, estabilizando as conquistas por sua positivação em leis escritas, mas jamais como precursoras dos movimentos sociais emancipatórios.

No caso da demarcação das terras indígenas, o direito, sob as categorias da lei ou de princípios jurídicos consolidados no consciente das comunidades envolvidas, pode até não ter sido o gatilho das manifestações públicas à frente do parlamento, porém, na ausência da simpatia solidária dos concidadãos democráticos, certamente será o instrumento de garantia da promessa de realização da liberdade social sob a perspectiva de um espaço público que assegure a consideração dos argumentos dos envolvidos na formulação do processo decisório, realizado, neste caso, pela via da jurisdição constitucional.

A questão da demarcação das terras indígenas, suscitada neste tópico para ilustrar a captura do sistema político, também constitui um exemplo no qual a jurisdição constitucional parece se transformar em espaço público de deliberação. Em um caso concreto de disputa do território ocupado pela comunidade indígena Laklãnõ^{32,33}, a questão chegou ao STF pela via de controle concreto de constitucionalidade – admitido em repercussão geral em fevereiro de 2019 – e até a data agendada para o início da sessão de julgamento, em 25 de agosto de 2021, já haviam sido admitidas a participação de 78 (setenta e oito) “amigos da corte”³⁴ (*amici curiae*), guardando-se o equilíbrio entre os interesses contrapostos³⁵. Mas o que chama a atenção, neste caso, é o fato de pelo

32 Conhecida pelos não-índios como Xokleg, porém autodenominada Laklãnõ, o que torna este nome preferível ao outro como deferência e respeito à autodeterminação daquele povo, inclusive no que concerne ao seu direito à autoidentificação.

33 Caso alçado à jurisdição constitucional do STF por meio do recurso extraordinário (nº 1017365, tema 1031) interposto pela Função Nacional do Índio (FUNAI) contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) ordenando a reintegração de posse Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente (FATMA) em área administrativamente declarada como de tradicional ocupação dos índios Laklãnõ, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, Estado de Santa Catarina.

34 CPC/15, art. 138.

35 Conforme cálculos apresentados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e outros

menos vinte comunidades indígenas³⁶ terem sido admitidas a defender seus direitos na tribuna do órgão de Cúpula do Poder Judiciário, quando poucas semanas antes estes mesmos povos organizados tiveram suas vozes abafadas pelas portas fechadas do Congresso Nacional enquanto a comissão da Câmara dos Deputados, chamada ironicamente de “a Casa do Povo”, deliberava sobre a aprovação de projeto de lei que atenta contra o direito originário desses povos nativos.

Efetivamente, o direito contempla mecanismos que o consolidam como instância para a formação da razão pública, sendo crucial o exame desses mecanismos para a formulação do argumento de que a jurisdição constitucional constitui espaço institucional de garantia – ou remédio – para o exercício da liberdade social.

4 Jurisdição constitucional como *locus de* garantia para a liberdade social

Este tópico não tem a pretensão de apresentar um diagnóstico moderno e alargado de todas as técnicas e estruturas institucionais concernentes à jurisdição constitucional, mas demonstrar como esse braço institucional do Estado moderno vem se desenvolvendo ao longo dos dois últimos séculos como espaço adequado de convergência dos planos normativo e real, viabilizando tanto o controle de legitimidade e aplicação de políticas públicas, como sendo, ele mesmo, um espaço de mediação democrático para a formação da razão política compartilhada.

Para a base desse argumento, considera-se suficiente o resgate aos trabalhos de Mauro Cappelletti, na obra “Juízes Legisladores?”, e Alexander Bickel, em “The least dangerous branch”. Ambos os autores, através do exame da realidade jurídica-cultural de seu tempo, diagnosticaram o papel da jurisprudência – da qual

na petição nº 81305, disponível na consulta ao processo, 41 (quarenta e um) *amici curiae* admitidos se posicionaram contra o marco temporal e, conseqüentemente, em conformidade com o interesse da comunidade indígena afetada, representando 52,67% dos terceiros admitidos, enquanto 37 deles, representando 47,44% – a maioria formada por ruralistas – posicionou-se à favor do marco temporal.

36 Foram admitidos a intervir na condição de *amici* os povos Huni Kui, do Acre; Xabriabá, de Minas Gerais; o povo Xavante, da terra Marãiwatsédé, no Mato Grosso; as comunidades Akroá-Gamela, Memortumré Canela e Apãnjkra Canela, todas do Maranhão; o povo Tapuia, de Goiás; a associação União das Aldeias de Apinajé Pempxá, do Tocantins; os povos Krahô Takaywrá e Krahô-Kanela Apoinkk, também do Tocantins; a comissão Guarani Yvyrupa-CGY, que congrega coletivos do povo guarani das regiões sul e sudeste; o povo kaingang, das terras indígenas kandóia e Passo Grande do Rio Forquilha, ambos do Rio Grande do Sul; comunidade do Xukuru do Ororubá, do Pernambuco; o Movimento Unido dos Povos e Organizações Indígenas da Bahia (MUPOIBA); o Aty Guasu Kaiowa Guarani, organização do povo Guarani Kaiowá, do Mato Grosso do Sul; a comunidade Xokleg (Laklãnô), da terra indígena Ibirama Klaño, de Santa Catarina; o Conselho Indígena de Roraima (CIR); a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB), além da Deputada Federal, indígena, Joenia Batista de Carvalho.

a jurisdição constitucional é o vértice desse poder de “dizer o direito” – “[...] como fator de adaptação do direito às profundas transformações da nossa realidade social” (CAPPELLETTI, 1993, premissa), numa perspectiva de que a jurisprudência detém uma capacidade de experimentação da “vida” de uma maneira que o direito positivo – fruto da atuação legislativa – não é capaz de fazer. A constituição, como oráculo de qualquer interpretação jurisdicional e fonte normativa dos direitos subjetivos, atua, para Bickel, como uma lei orgânica operativa devido a sua capacidade de crescer, se expandir e se adaptar ao tecido social em constante evolução (1962, p. 98-110)³⁷.

Cappelletti parte de uma premissa de superação da natureza puramente privatista da relação jurídica processual. Esse fenômeno se tornou possível com o avanço do estado liberal para o estado de bem-estar-social e o conseqüente incremento do aparato legislativo e do aparelho administrativo que, juntos, conduziram ao crescimento do papel do Estado frente à já agigantada indústria e entidades corporativas privadas, tornando inevitável e, de certa maneira, imprescindível o desenvolvimento do terceiro ramo como instrumento adequado de controle, com vistas tanto à efetivação das novas funções (e promessas) governamentais, como à correção das atividades políticas e também do setor privado “massificado” quando exercidas em desconformidade com o padrão normativo constitucional de proteção das liberdades (1993, partes 6 a 10).

A conjugação desses fatores resultou na maior atividade criativa do poder judiciário, erigindo-se, daí, a crítica ao chamado “ativismo judicial”. Entretanto, é paradoxal observar que foram as conquistas sociais do último século que alçaram alguns direitos subjetivos à categoria de valores fundamentais nacionais e supranacionais, impondo ao judiciário o dilema de, por um lado, conferir interpretação operativa a esses valores fundantes, sacrificando, como inexorável consequência, a rígida separação dos poderes, ou, de outra banda, aguardar a atuação legislativa e com isso negar eficácia imediata a esses direitos humanos fundamentais, sacrificando-os (CAPPELLETTI, 1993, p. 68).

Essa segunda opção seria indefensável, afinal, implica na própria renúncia ao fundamento de legitimidade do Poder Judiciário, concebido como ramo do Estado cuja função é a de proteger direitos.

Já a opção que confere primazia aos direitos humanos fundamentais, esta não necessariamente deve atentar contra o valor democrático. Peter Haberle aponta que a democracia não se desenvolve apenas por delegação de responsabilidade formal através de eleições, mas também “[...] por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana [...]” (1997, p. 36).

37 É importante pontuar que essa organicidade suscitada pelo autor é, grande parte, favorecida pela enxuta característica da constituição norte-americana, que, na origem, erigiu-se no limiar da república cuja liberdade foi recém conquistada, redigida sob a expectativa de obter o maior consenso popular, para se tornar o “símbolo da nacionalidade, destinado a transcender e suportar as mais intensas diferenças políticas” (BICKEL, 1962, p. 105), pelo qual foi crucial evitar a prolixidade de textos e normas.

Essa ideia está diretamente relacionada à concepção política que cinge a democracia radical, concebida exclusivamente a partir do critério da majoritariedade, para afirmá-la dentro de uma concepção de Estado de Direito, no qual os direitos de todos, individual e coletivamente considerados, são protegidos contra as vontades de maiorias transitórias por meio de mecanismos institucionais e procedimentais de exercício e limitação do poder.

A teoria da justiça formulada por Axel Honneth não se preocupou em apresentar um modelo de arranjo institucional justo, mas apenas afirmar o valor perseguido por um modelo assim idealizado, qual seja, a realização da liberdade social concebida a partir da luta por reconhecimento. Entretanto, fica claro que o ceticismo de Honneth quanto às categorias do direito o leva a desconsiderar os arranjos do ramo judicial como local não apenas possível, como, às vezes, imprescindível de realização de uma justiça assim concebida³⁸.

O argumento aqui defendido é de que são as virtudes passivas desse ramo que o tornam arena possível da luta democrática, espaço para o exercício legítimo da razão pública.

O exercício do poder político na esfera judicial está constricto pelas virtudes processuais passivas exaltadas por Cappelletti, enquanto as virtudes passivas bickelnianas – de natureza diversa daquela –, confere aos tribunais instrumentos para se afastar do debate político imediato, mantendo-se na tensão entre princípio e conveniência, norma fundamental e realidade, sem negar vigência à primeira.

As virtudes de Cappelletti são internas, aderentes à própria atividade jurisdicional, e dizem respeito aos limites processuais da criação do direito pelos magistrados. Já as virtudes bickelnianas se voltam para o plano exterior, macro-político. Ele identifica a inexpugnável força da realidade sobre o plano normativo, mas consente que este plano tem a aptidão de atribuir forma àquele por prescrever metas benevolentes a serem perseguidas e essa tarefa de conformação da norma à realidade, que deve ser orgânica, constitui atribuição do ramo judiciário, que para manter a organicidade dessa transformação, deve atentar para o *momento* adequado à adjudicação da questão social conduzida à sua esfera de atuação.

Bickel defende a autocontenção como a verdadeira virtude institucional do poder judiciário. Quando no exercício de seu poder de controle dos experimentos da realidade segundo os parâmetros de um modelo normativo, mecanismos passivos de

38 Nesse sentido, Felipe Gonçalves Silva recobra que “Honneth não pretende elaborar uma teoria do direito em sentido amplo; suas considerações jurídicas são inteiramente dedicadas ao objetivo estrito de demonstrar o papel cumprido pelo direito moderno na formação da gramática moral dos conflitos sociais – o que é feito por meio de um circuito que combina a formação da identidade pessoal por meio da internalização das expectativas normativas de respeito igualitário, o sofrimento gerado por formas sistemáticas de seu desrespeito e a luta motivada pela ampliação das estruturas de reconhecimento factualmente existentes”, o que apesar de constituir um importante papel na dinâmica das lutas sociais, “[...] é incapaz de oferecer sozinho a gramática do reconhecimento em sua plenitude” (2020, p. 121).

adiamento do momento decisório permitem que o tempo atue no “amadurecimento do pensamento coletivo”, tanto do colegiado de julgadores, como no da população em geral, evitando-se a adjudicação prematura de princípios ou valores ainda em incipiente processo de evolução social. Ele também parte do exame de um arranjo descentralizado de controle de constitucionalidade para afirmar que os conceitos que habilitam às cortes ao exercício da função de atualização e aplicação dos princípios constitucionais são “caso e controvérsia” e “*standing*” (dever de demonstrar claro prejuízo constitucional – maturação da *questão constitucional*), porque, devido a sua natureza, importam que “o julgamento dos tribunais pode ser diferido para um momento a partir do qual as esperanças e profecias expressadas na legislação [ou nas lutas sociais pelo reconhecimento que motivam a transposição do debate para a arena jurídica] já tenham sido testadas no próprio funcionamento da nossa sociedade” (BICKEL, 1986, p. 115, tradução nossa).

São esses mesmos conceitos – acrescidos de alguns outros – que Cappelletti enuncia como limites processuais à criação judicial do direito, ou seja, como limites da própria jurisdição. Para o autor, “[m]ilênios de sapiência humana encontram-se concentrados, na verdade, para além da rotina, nas chamadas regras fundamentais da ‘justiça natural’, que antecederam ao próprio nascimento dos sistemas de ‘Common Law’ (1993, p. 75). Essas regras fundamentais condicionam a atividade jurisdicional, impondo que o direito criado por esse ramo apresente as seguintes características básicas: imparcialidade do julgador, contraditório – não mais restrito às partes, abrangendo, hoje, a própria autoridade judicial que não pode surpreender as partes com argumento novo, sobre o qual elas não tenham se manifestado –; e inércia – da qual também dimana a facticidade, que é a aderência do julgador aos fatos do processo (CAPPELLETTI, 1993, p. 75-76).

Essas são, portanto, as características essenciais – as ‘virtudes passivas’ ou os ‘limites processuais’ – que diferenciam o processo jurisdicional dos de natureza ‘política’, e, ao mesmo tempo, constituem não só os limites fundamentais como também a grande e única força daquele processo. [...] O caráter ‘parcializado’ dos poderes políticos constitui elemento fisiológico, não degenerativo, inclusive nos regimes políticos mais abertos e representativos, nos quais o Legislativo e administração são esperados exatamente pela maioria no poder. [...] Na verdade, nenhum sistema legislativo e administrativo estaria em condições de agir com um mínimo de eficiência se constrangido à inércia até o momento em que, de um lado, o sujeito ou grupo interessado lhe promovesse a ação com o próprio pedido, e de outro lado, todos os sujeitos ou grupos em conflito fossem ouvidos, ou tivessem adequada oportunidade para tanto. (CAPPELLETTI, 1993, p. 76-77).

Nesse sentido, os poderes políticos são, por excelência, órgãos de formação majoritária, incapazes de acomodar a pretensão de todos e, mais ainda, constantemente suscetíveis a capturas de interesses de grupos econômicos e maiorias movidas por ideias transitórias.

Inspirado em Bickel (1986, p. 16-33), pode-se afirmar que as ações políticas nem sempre são orientadas por princípios etéreos ou inclinadas pela missão de guardar os valores fundamentais conquistados pela humanidade, mas por pressões, urgências e emoções imediatas que conduzem à juízo de conveniência que, por sua vez, devido ao arranjo instrumental das democracias modernas e aos mecanismos de captura, especialmente diante da pós-verdade e das plataformas de redes sociais, nos poderes políticos ora penderão em favor da maioria, ora de grupos econômicos capazes de controlar a informação.

Por isso, o recurso à esfera política para a formação de consensos ou mesmo de uma cultura democrática edificada na esfera social a partir da intuições sociais espontâneas, nas quais se solidificam o reconhecimento do si no outro, ambos assimilados por Honneth como meios para a plena realização da liberdade social, embora a longo prazo apresente a capacidade de alçar resultados mais duradouros, não são capazes de garantir nem mesmo a existência de grupos insulares ameaçados pela imediaticidade das guerras políticas e ideológicas, por isso o desenvolvimento de uma cultura democrática precisa de outros instrumentos e o constitucionalismo – a partir dos argumentos desenvolvidos neste trabalho – poderia ser um deles.

Honneth critica o “patriotismo constitucional” de Durkheim como fonte e inspiração para o debate público (2015a, p. 511), por considerar faltar a esse conceito um conteúdo substancial que atenuie sua “palidez emocional” – que diz respeito a sua “tendência ao que é digno de ser aspirado apenas no âmbito moral” (2015a, p. 561), olvidando-se de sua própria advertência de que concepções normativas podem servir de fio para examinar a reflexividade da realização social nas instituições públicas sem incidir em ilusões morais. E mais, olvida-se da função de garantia que esse valor pode exercer quando consubstanciado no que Hesse chamou de “vontade de constituição”.

Bickel é, aqui, novamente uma fonte de inspiração: observando a cultura norte-americana³⁹, ele afirmou que “o símbolo de nacionalidade, de continuidade, de unidade e propósito comum, é, claramente, a Constituição.” (1986, p. 31). Os governos e as legislaturas, para serem eficientes, não conseguem se manter acima das batalhas

39 Sob a nossa ótica, o argumento é capaz de ser generalizado para outros países que adotam uma constituição nacional, ou supranacional, resgatando aqui a crítica de Honneth à ideia de “patriotismo constitucional” defendida por Durkheim como fonte dos ideais solidários capazes de “vincular os cidadãos que, de outro modo, teriam atitudes muito distintas, à tarefa conjunta do debate público.” Para Honneth, essa ideia tem pouca força de atração por lhe faltar concreção histórica (2015a, p. 629), porém, na ausência de consolidação de uma cultura democrática, persevera a importância daquele instrumento como remédio contra as vicissitudes de uma democracia fundada a partir do critério da majoritariedade.

políticas e operam motivados por juízos de necessidade e de conveniência, em frequente sacrifício daquele símbolo de unidade, cuja continuidade encontra correspondente apenas no ramo judiciário, porque, diferentemente dos outros ramos, não é renovado em um momento único e imediato e também porque, diferente deles, opera a partir de elementos de racionalidade e comunicação que, senão ajuda a estabelecer consensos, pelo menos auxilia no processo de conformação das vontades públicas divergentes porque seu método adjudicatório não dispensa a necessidade de justificação.

A autonomia decisória criticada por Honneth, não é, portanto, tão autônoma assim. E em países que não passaram pelos mesmos processos sociais que as nações europeias hegemônicas, abrir mão da jurisdição constitucional não parece ser uma opção para a realização da liberdade social. Reduzir o valor dos direitos subjetivos e eliminar precocemente a via da judicialização do conflito, subtraindo-lhe o discurso normativo de legitimidade, pode encerrar um peso muito grande para minorias não organizadas ou insulares, retirando-lhes o único espaço disponível (mesmo que nem sempre acessível) de participação ou capacidade de influir no debate público.

Resgata-se um exemplo recente, e emblemático, para ilustrar o problema em evidência: a criminalização da homofobia/transfobia pelo mecanismo da jurisdição constitucional. Depois de mais de duas décadas de frustradas tentativas de tipificação penal das condutas discriminatórias e atentatórias da dignidade de integrantes da comunidade LGBTQ+ perante o Congresso Nacional, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT), em 2012, ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal mandado de injunção visando sanar essa deliberada omissão parlamentar (MI 4.733). Um ano depois, o Partido Popular Socialista (PPS, atual Cidadania) ajuizou outra ação com a mesma temática, no caso, uma ação de inconstitucionalidade por omissão (ADO 26). Ambas foram julgadas pelo STF em 2019, em sessão pública da qual participaram, como amigos da Corte, o total de 11 entidades, formadas tanto por representantes dos interesses dos grupos de defesa da diversidade sexual⁴⁰, como por representantes de classes religiosas⁴¹, políticas⁴², científica⁴³ e outras⁴⁴.

A Corte deliberou que a pretensão deduzida nas duas ações baseava-se, de um lado, num quadro de graves e sistemáticas violações à dignidade das pessoas LGBTQI+, vítimas de constantes atos de violência que, embora flagrantemente relacionados à sua orientação sexual ou identidade de gênero, por resvalarem na tipicidade comum,

40 Grupo Gay da Bahia – GGB; Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADVS; Grupo Dignidade – pela cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros.

41 Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE; Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM.

42 Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado – PSTU; e Frente Parlamentar “Mista” da Família e Apoio à Vida.

43 Nesse caso, participou como amicus curiae o Conselho Federal de Psicologia.

44 Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

contribuía para a invisibilização desse elemento discriminatório, e, de outro lado, na morosidade do Poder Legislativo em fazer cumprir o comando constitucional impresso no artigo 5º, inciso XLI, que contém o mandado de que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

A decisão é paradigmática por múltiplos fatores, importando para este trabalho a constatação de que os discursos racionais baseados na pretensão de igual tratamento e respeito não foram capazes de romper as barreiras ideológicas da arena política de formação majoritária, tampouco o foram os manifestos públicos de respeito à diversidade⁴⁵. Nesse caso, a luta acabou conduzida para o campo institucional do direito, através da construção de uma racionalidade jurídica que advoga o reconhecimento desses grupos como merecedores de igual tratamento e respeito, passando-se a admitir, depois de mais de vinte anos de vetos não justificáveis à tramitação de propostas legislativas visando a criminalização de ações discriminatórias em face desses grupos, que a legítima tutela estatal-penal provida para outros grupos minoritários e étnicos deveria ser estendida aos até então excluídos LGBTI+.

A resposta estatal adjudicada não põe termo à discriminação que fomentou à luta, porém sinaliza aos grupos opositores a necessidade de reconhecimento dos grupos envolvidos como sujeitos de direitos, ao mesmo tempo em que atribui a estes a autoconfiança para maior participação na vida pública, constituindo reforço à sua luta por reconhecimento.

Se entendermos, como Honneth (2017, p. 129-130), que os direitos não são criados, mas conquistados, e que o modo de ser do Direito, enquanto paradigma da justiça, é equivocado porque perde de vista o elemento primordial da luta por reconhecimento, já que o direito positivo é sempre posterior à luta, sendo o próprio resultado dela, o direito jurisdicional, estabelecido no exercício da jurisdição constitucional, pode ser ele mesmo um instrumento de garantia para a afirmação argumentativa dos novos direitos conquistados na esfera social mas não reconhecidos pela ordem institucional e não acolhidos pelos ramos políticos por carecerem da simpatia da massa de eleitores. Nesse caso, as “virtudes processuais passivas” impõem o protagonismo dos próprios agentes afetados e refreiam⁴⁶ a adjudicação colonizadora do seu direito pelo ramo judicial.

A inércia do Poder Judiciário impõe que qualquer pretensão de tutela deva partir das partes diretamente afetadas. Por sua vez, o mandado constitucional de

45 A passeata do Orgulho LGBT+ em São Paulo, por exemplo, começou em 1997 e em 2006 chegou a ser nomeada pelo *Guinness World* como a maior parada do orgulho LGBT+ no mundo, e mesmo a adesão, ano a após anos, de cada vez mais simpatizantes da causa, esse movimento também não foi capaz de influir no processo legislativo.

46 Embora essas “virtudes” não eliminem as chances de decisões automatizadas, especialmente no arranjo institucional brasileiro, que contempla um modelo de controle concentrado de constitucionalidade – portanto, centralizado –, permitindo ao órgão judicial se desvincular da facticidade para julgar de modo abstrato, elas continuam servindo de fio condutor para aferir a legitimidade da decisão adjudicada.

inafastabilidade desse poder, aliado ao catálogo de direitos fundamentais redigidos em termos de valores a serem perseguidos, expande as possibilidades de acesso para além dos direitos positivados, porque, como valores, eles não esvaziam as possibilidades de realização, experimentação e conquista social, conferindo-lhes, ao reverso, “organicidade” e ampla margem para a justificação constitucional de suas reivindicações.

A imparcialidade do julgador, conquanto não o prive de sua subjetividade (o que seria mesmo outra ilusão), lhe impõe a justificação interna e externa da decisão a ser tomada, especialmente diante do novo sentido atribuído ao contraditório, que exige do magistrado uma postura de diálogo com os envolvidos, consideração sobre todos os argumentos e teses suscitados, bem como a prévia manifestação das partes acerca das questões que o julgador repute considerar de ofício (art. 10, CPC).

O *novo* contraditório, aliado à adesão processual a um sistema de precedentes, também vem transformando o processo judicial, arrefecendo os limites subjetivos da demanda para a inclusão no debate jurídico de atores sociais que possam vir a ser afetados pela decisão *in fieri*, admitindo-os como amigos da corte ou fazendo-lhes ouvir em audiências públicas designadas com precedência à data do julgamento. Esse contraditório exige das partes – na tarefa discursiva para a afirmação do seu direito – o esforço reflexivo de ser e ver a si mesmo no outro, sendo a mesma exigência imposta ao julgador pelo dever de justificação interna e externa do processo decisório.

Portanto, essas “virtudes processuais” contribuem para a transformação do Direito, na jurisdição constitucional, em uma arena substancialmente democrática, porque além de favorecer a proteção de grupos insulares, prioriza, pelo dever de respeito ao contraditório, a participação de todos os diretamente envolvidos e, pela ferramenta do contraditório expandido, chama ao debate público todos os que de algum modo serão afetados pela futura decisão, obrigando-os ao esforço reflexivo de consideração mútua para a justificação democrática de suas pretensões.

5 Considerações finais

A teoria da Justiça de Honneth está embasada na ideia de reconhecimento recíproco nas diferentes esferas de ação para a construção de uma cultura política capaz de prover à sociedade dos recursos morais que lhe permitam a formação de uma cidadania democrática, afastando-se, portanto, do paradigma do direito que, segundo o autor, restringe as possibilidades de realização da liberdade social por equivocadamente olvidar o papel da luta por reconhecimento como elemento de integração política, sendo essa luta primordial à positivação dos direitos pela lei.

Entretanto, conforme se pretendeu demonstrar neste trabalho, não é necessário o alijamento da esfera do direito para o desenvolvimento de uma cultura política, ao

reverso, aquela, quando conjugada à fatores normativos que servem de guia à efetivação dos valores constitucionais no plano da realidade, procura imprimir neste plano mecanismos de garantia que assegurem o respeito de grupos minoritários e insulares enquanto estes lutam por seu reconhecimento.

A importância do direito subjetivo, construído a partir da orgânica densificação de valores fundamentais por intermédio do direito-jurisprudencial é posto em evidência quando se observa que os avanços ocorridos nas esferas comunicativas, especialmente a partir do advento das redes sociais, mais colaboram para a polarização da vontade coletiva, do que para o desenvolvimento de consensos razoáveis, como se esperaria de uma sociedade amadurecida. Essa polarização, quando conjugada com o fato da majoritariedade – que é o critério democrático por excelência – e os novos recursos algoritmos de manipulação das massas digitais, favorece à captura das arenas políticas de debate público, encapsulando as possibilidades de realização da liberdade social fora das esferas eleitorais majoritárias.

Os arranjos institucionais na esfera do Direito, qualificados por Mauro Cappelletti e por Alexander Bickel como “virtudes passivas” do ramo judicial, quando conjugados às ferramentas modernas de “democratização” do processo decisório-judicial, guardam o potencial de transformar esse espaço em *locus* adequado ao exercício da razão pública, hábil à participação emancipada de grupos insulares excluídos das arenas políticas ao permitir-lhes não somente o acesso, mas também a promessa de que, nas trocas comunicativas mediadas pelos tribunais, sujeitos ao imperativo da justificação e a constante controle e revisão de suas racionalidades, suas ideias sobre a vontade-pública possam alcançar efetividade ao ponto de serem implementadas na realidade social ou ao menos fomentar o debate-público a partir de uma perspectiva racional.

Não é o propósito deste texto fechar a discussão a respeito do tema, mas realçar a complexidade do debate político democrático, tentar clarificar a imprescindibilidade de um sistema de garantias para a realização da liberdade social de grupos insulares e, com esperança, inspirar novos debates capazes de promover o amadurecimento benevolente de uma cultura democrática, consciente de que o Direito pode sim cooperar para o propósito emancipatório – que é o fim última de uma teoria crítica –, especialmente em países cujos valores democráticos-constitucionais formalmente institucionalizados ainda não lograram se materializar na prática social. Quer-se justificar, portanto, que o Direito pode se tornar uma arena alternativa tão importante para o desenvolvimento do debate público, ainda que não seja a arena ideal.

Referências

- BARREIRA, Gabriel *et al.* RJ teve ao menos 944 mortos em ações policiais desde que STF restringiu operações em favelas. *Gl. On-Line*, p. 1-12. 07 maio 2021. Disponível em: <https://globo/3zGXiEK>. Acesso em: 26 jul. 2021.
- BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986[1962], 303 p.
- BITTAR, Paula. *CCJ aprova texto-base de proposta sobre demarcação de terras indígenas*. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/776718-ccj-aprova-texto-base-de-proposta-sobre-demarcacao-de-terras-indigenas>. Acesso em: 26 jul. 2021.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luiz; LOBO, Edilene. Las nuevas tecnologías y el actual modelo comunicacional en las elecciones brasileñas de 2018. In: JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de (org.). *Constitucionalismo: un modelo jurídico para la sociedad global*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2019. p. 465-498.
- BUTLER, Judith. Taking Another's View: ambivalent implications. In: HONNETH, Axel. *Reification: a new look at an old idea*. New York: Oxford University, 2008. p. 97-119.
- CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. 134p.
- CAPONI, Sandra. Covid-19 no Brasil: entre o negacionismo e a razão neoliberal. *Estudos Avançados*, [S.L.], v. 34, n. 99, p. 209-224, ago. 2020. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-4014.2020.3499.013>.
- CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal* [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- CESARINO, Letícia. Identidade e representação no bolsonarismo: corpo digital do rei, bivalência conservadorismo-neoliberalismo e pessoa fractal. *Revista de Antropologia*. V. 62, n. 3, p. 530-557. São Paulo: USP, 2019.
- CIPRIANI, Juliana. Veja 10 frases polêmicas de Bolsonaro que o deputado considerou 'brincadeira'. *Estado de Minas*. On-Line, 14 abr. 2018. Política, p. 1-23. Disponível em: <https://bit.ly/3eYLcyQ>. Acesso em: 26 jul. 2021.
- GUZANSKY, Bruno José Calmon Du Pin Tristão. Estado Constitucional desfigurado. In: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luiz [coord.]. *Conexões: estado, direito e tecnologia*. Vitória: Fdv Publicações, 2020. Cap. 1. p. 9-36.
- GUZANSKY, Bruno José Calmon du Pin Tristão; SANTOS, André Filipe Pereira Reid dos; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. In: SANTOS, André Filipe P. R. et al [coord.]. *Ameaças à democracia (Amenazas a la democracia)*. São Paulo: Annablume, 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015, 259p.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da consti-*

- tuição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabres Editor, 1997, 55 p.
- HAN, Byung-chul. *Psicopolítica* : o neoliberalismo e as novas técnicas do poder. Belo Horizonte: Âyné, 2020.
- HAYEK, Friedrich A. Von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabres Editor, 2004 [1959], 34 p.
- HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015a.
- HONNETH, Axel. Rejoinder. *Critical Horizons*, [S.L.], v. 16, n. 2, p. 204-226, 21 maio 2015b. Informa UK Limited. D.O.I. <http://dx.doi.org/10.1179/1440991715z.00000000048>.
- HONNETH, Axel. Beyond the Law: a response to william scheuerman. *Constellations*, [s.l.], v. 24, n. 1, p. 126-132, mar. 2017. Wiley. D.O.I. <http://dx.doi.org/10.1111/1467-8675.12272>.
- KOKAY, Érica. *Onde o populismo de direita está no poder no mundo*. 2018. Disponível em: <https://p.dw.com/p/37Hn7>. Acesso em: 1 jan. 2021.
- KUMAR, Santosh; PAWAR, Shankar; PATTNAIK, Chandra Sekhar; KATURE, Amol. A Comprehensive review of growth hacking with an analysis on social media driving their customers. *International Journal Of Scientific Development And Research (Ijsdr)*, Anand, v. 5, n. 11, p. 76-79, nov. 2020. Mensal. Disponível em: <https://www.ijedr.org/papers/IJSDR2011013.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2021.
- LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. São Paulo: eBooksBrasil, 1933 [1862].
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem* [livro eletrônico]. São Paulo: Zahar, 2018. 272 p.
- LAUB, Zachary. Hate Speech on Social Media: Global Comparisons. *Council On Foreign Relations*. On-Line, p. 1-12. 7 jun. 2019. Disponível em: <https://www.cfr.org/backgrounder/hate-speech-social-media-global-comparisons>. Acesso em: 26 jul. 2021.
- O Assunto 467: Um retrocesso chamado distritão. Entrevistados: Nilson Klava e Jairo Nicolau. Entrevistadora: Renata Lo Prete. [S.I.]: *O assunto*, 05 jul. 2021. Podcast. Disponível em: <https://glo.bo/3l975iX>. Acesso em 26 jul. 2021.
- OEA. *A CIDH condena violência policial na Favela do Jacarezinho no Rio de Janeiro e insta o Estado brasileiro a reformar sua política de segurança pública*. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3j0dF8I>. Acesso em: 26 jul. 2021.
- OLIVEIRA, Elida. Ministério da Educação não gasta o dinheiro que tem disponível e sofre redução de recursos em 2020, aponta relatório. *G1*. On-Line, 21 fev. 2021. Disponível em: <https://glo.bo/2UJuxsu>. Acesso em: 26 jul. 2021.
- MARTINS, Thays. Além da UFRJ, outras universidades correm o risco de fechar por falta de verba: recursos das universidades tiveram redução de 18% em relação a 2020. *Correio Brazi-*

- liense*. On-Line, 12 maio 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3f1ss1U>. Acesso em: 26 jul. 2021.
- MENICUCCI, Arthur. Universidades de SP indicam risco a pesquisas e pedem ao governo federal reposição de verba para importação de equipamentos. *GI*. On-Line, p. 1-12. 16 jul. 2021. Disponível em: <https://glo.bo/3zK65pJ>. Acesso em: 26 jul. 2021.
- PARISER, Eli. *The Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and How We Think*. [s.l.] : Penguin Books, 2012
- ROGOWSKI, Ralf, Constitutional Courts as Autopoietic Organisations. Boulanger, Christian; Wrase, Michael. Die Politik des Verfassungsrechts - Interdisziplinäre und vergleichende Perspektiven auf die Rolle und Funktion von Verfassungsgerichten, Baden-Baden (Nomos). Warwick School of Law Research, 2013. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2220692>. Acesso em 17 jul. 2020
- SANDEL, Michael. *The tyranny of merit: what's become of the common good?*. [livro eletrônico]. London: Penguin Random House Uk, 2020. 288 p.
- SILVA, Felipe Gonçalves. Para além da legalidade: direito e antilegalismo na teoria crítica recente. *Cadernos de Filosofia Alemã*, v. 25, n. 3 (Dossiê Honneth), 2020, p. 113-136. DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-9800.v25i3p113-136>.
- SILVA, Fernando de Barros e. País cancelado: bolsonaro em um show de tevê exemplar. *Piauí*, On-Line, n. 176, maio 2021. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/pais-cancelado/>. Acesso em: 26 jul. 2021.
- SOUZA, Renato. Lei de Segurança Nacional é usada para intimidar opositores. *Correio Brasileiro*. On-Line, 19 mar. 2021. Política. Disponível em: <https://bit.ly/370vE9p>. Acesso em: 26 jul. 2021.
- TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. Trad. SOBRAL, Adail Ubirajara. São Paulo: Editora Loyola, 2000.
- WACQUANT, Loic. *Punishing the poor: the neoliberal government of social insecurity* [livro eletrônico]. Durham e Londres: Duke University Press, 2009.
- WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, p. 60, New Haven, Conn. US: Yale Law School, 2006. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=ylj>. Acesso em: 4 nov. 2019.
- WERLE, Denilson; MELO, Rurion. Um déficit político do liberalismo hegeliano? Autonomia e reconhecimento em Honneth. In *A teoria crítica de Axel Honneth: Reconhecimento, liberdade e justiça*. Cood. MELO, Rurion. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 317-336.