

INTRODUÇÃO

Direito, democracia e capitalismo não existem em um vácuo ontológico. Existem em relação uns aos outros e à totalidade que os envolve. E existem determinando o modo de ser uns dos outros. Partimos da tese de que o capitalismo determina o modo de ser da democracia – e de um direito democrático – de modo a influenciar em suas regras do jogo e fazê-las funcionar de acordo com seus próprios interesses. Assim, quando a democracia lançou seus espectros sobre o direito, foi também com os filtros do sistema econômico que a envolvia. E é assim que de *slogan* revolucionário, passou a democracia a *establishment*: universalmente aceita, porém vazia de significado. As experiências autoritárias da primeira metade do século XX, em vez de se afirmarem como consolidação definitiva dos processos democráticos, foram utilizadas – através de uma distorcida interpretação dos fatos – como substrato material para justificar a necessidade de limitar a democracia: seja através de um controle judicial da legislação, seja através de uma metodologia jurídica que conferisse ao juiz liberdade interpretativa, a ponto mesmo de integrar criativamente a norma – ou mesmo de interpretar contrariamente à norma, com base em princípios abstratos. Este processo, ressalte-se, ocorre muitas vezes por iniciativa do próprio poder legislativo, ao criar normas com amplos espaços vagos a serem preenchidos no momento da aplicação.

É neste contexto que se fala em desformalização da estrutura jurídica, com o perigo de reduzir o direito a uma função meramente simbólica. Por um lado, temos uma regra jurídica cada vez mais desformalizada, no sentido de incorporar em sua gramática uma semântica mais – e mais – abstrata, permeada por fórmulas vagas e de conteúdo aberto. Por outro, observa-se uma teoria que, sob o fundamento de uma “viragem linguística”, exalta o papel do intérprete e a importância de um exercício interpretativo criativo e apoiado por valores e princípios. O resultado disto parece ser um direito menos disponível à base democrática e mais disponível ao grande Capital, na medida em que, quanto mais vazia de conteúdo uma lei, menos força possui diante de situações difíceis, e, em especial, diante de fortes poderes contingências.

Tentamos problematizar esta ideia a partir do real: partimos do “caso Cristian Góes”, em que um jornalista foi condenado – penal e civilmente – por ter escrito um conto ficcional. A vaga e abstrata norma criada para tipificar o crime de injúria deixou livre o juiz para dar-lhe o sentido que lhe fosse oportuno, cujo resultado pretendido, no caso, era que fosse favorável ao seu colega de profissão. Além disso, algumas construções metodológicas em torno da atuação do juiz – caso do “livre convencimento motivado” –

legitimou a atuação do magistrado, no tocante ao indeferimento de testemunhas entendidas como importantes para o deslinde do caso. A escolha do caso se deu por ser representativo, ademais, da relativização da regra jurídica, não apenas para beneficiar uma das partes privilegiadas do processo – a parte mais forte, evidentemente –, mas para mitigar o direito constitucionalmente protegido – e fundamental para qualquer ideia que se tenha de democracia – que é a liberdade de expressão.

Nada disto é para exaltar a lei – e sua fiel obediência – enquanto ponto máximo da democracia. Tampouco se defende aqui um modelo puramente procedimental, muito próprio de visões liberais. Se aqui falamos da necessidade de uma lei mais concreta, mais formal, a nossa preocupação volta-se ao uso que pode ser feito desta norma legal por parte das instituições, detentoras de poder. Afinal, o marco da legalidade se propunha justamente a limitar o poder e a proteger a sociedade do seu uso arbitrário (limitar o aparato de estado à legalidade). A democratização da legalidade veio para tornar a sociedade responsável por este controle. Todavia não passamos à margem da percepção de que a legalidade é incapaz de absolver todo o contexto plural da vida em sociedade. E isto não é novidade da contemporaneidade, como propõe uns; trata-se mesmo de uma característica da realidade social. A democracia não pode se esgotar em uma intransponível questão de representatividade e autorização. Sua gramática deve se expandir em torno da participação direta e da racionalização de novas maneiras de possibilitá-la. É preciso traçar outros caminhos em busca de uma democratização da democracia: em busca de uma democracia radical.

E por isso entendemos que os horizontes de liberdade a serem ampliados são os da base social, não os da instituição. Os caminhos para uma democracia mais democrática e radical parecem apontar para novas formas de comunicação, de diálogo, de interferência da sociedade na decisão e partilha do poder. Trata-se de tornar o poder mais difuso na sociedade, não de aumentar o poder de uma instituição. Essa é a questão que buscaremos dialogar no presente trabalho.

1 O CASO CRISTIAN GÓES COMO PONTO DE PARTIDA

Muitos são os casos que poderíamos utilizar como ponto de partida para abstração. Se a escolha foi a do “Caso Cristian Góes” é porque entendemos que a questão significativa que lá está em causa é um dos pontos cruciais de uma democracia: a liberdade de expressão. Mas não só: também é representativo de como uma utilização desformalizada do direito – deslocado mesmo a um papel meramente simbólico – o torna

mais suscetível a ingerências externas, no caso, daqueles que detém o poder. Mais suscetível, pois, à grande causa ausente: o capital¹. E, longe de ser um caso isolado, trata-se mesmo de um padrão recorrente².

O caso gira em torno de um conto ficcional, escrito pelo jornalista que dá nome ao caso, Cristian Góes, no dia 29 de maio de 2012, no sítio eletrônico de um jornal local de nome Infonet³. O conto “Eu, o coronel em mim” é uma prosa em primeira pessoa, em que, sem citar quaisquer nomes, um coronel desabafa seu desamor pela democracia. Trata-se de uma evidente crítica ao coronelismo, prática que até hoje marca o cenário político brasileiro. O seguinte trecho, todavia, levou o jornalista a ser processado – e condenado – civil e penalmente:

... Ô povo ignorante! Dia desses fui contrariado porque alguns fizeram greve e invadiram uma parte da cozinha de uma das Casas Grande. Dizem que greve faz parte da democracia e eu teria que aceitar. Aceitar coisa nenhuma. **Chamei um jagunço das leis, não por coincidência marido de minha irmã, e dei um pé na bunda desse povo...** (grifo nosso)

Quem se sentiu ofendido foi o Desembargador, e então vice-presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Edson Ulisses de Melo, que, por ser casado com a irmã do então governador do Estado de Sergipe, Marcelo Deda, entendeu que o jornalista estava a falar dele quando se referiu ao “jagunço das leis”, fato motivador para fazer uma representação ao Ministério Público, de modo a motivar a Ação Penal Pública Condicionada, em razão do crime de injúria (art. 139 do Código Penal Brasileiro), e para ajuizar uma ação cível para reparação dos supostos danos morais sofridos.

O julgamento, em ambos os processos, foi arbitrário e político. Através de fórmulas abstratas, e até arbitrárias – caso do livre convencimento motivado –, os juízes fizeram valer a lei do mais forte.

¹ É Zizek (2012: 36) quem coloca o “capital” – ou o fator econômico – como a “causa ausente”, e assim o faz por perceber que este estabelece sua rede causal por uma série de deslocamentos: “a instância sobredeterminante da ‘economia’ também é uma causa distante, isto é, ela intervém nas lacunas da causalidade social direta” (Zizek, 2012: 38).

² Segundo o relatório de 2015 elaborado pela ONG “Artigo 19”, militante na causa da liberdade de expressão, as decisões judiciais seguem um padrão de silenciamento, inclusive de blogueiros e ativistas de internet, cujas decisões, em geral, cerceiam injustificadamente a liberdade de expressão (p. 24). Disponível on-line via <http://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2016/05/Relat%C3%B3rio-ARTIGO-19-Viola%C3%A7%C3%B5es-%C3%A0-Liberdade-de-Express%C3%A3o-2015.pdf>. Acesso em 05 de Junho de 2016.

³ GÓES, Cristian José. “Eu, o coronel em mim”. [online] Disponível na internet via <http://www.infonet.com.br/josecristiangoes/ler.asp?id=128810>. Arquivo capturado em 02 de Junho de 2016.

No processo criminal⁴ é notável o ânimo, inclusive, de pré-julgar a questão, já na peça de recebimento da denúncia, o que foi alegado pelo advogado de defesa, com objetivo de tornar nulo o processo, alegação que foi julgada improcedente. Além disso, em desrespeito ao princípio do juiz natural – que determina que o juiz que preside a instrução do processo deve ser o mesmo que sentencia –, a juíza que vinha conduzindo o processo foi afastada temporariamente, não tendo sequer sido substituída pelo substituto automático, previamente estabelecido na portaria do Tribunal de Justiça, mas por um juiz novo na carreira, cujo primeiro processo a sentenciar foi justamente este em questão.

O julgamento é inteiramente baseado em interpretação de texto⁵, a ponto de parecer mesmo uma crítica literária, e não uma decisão judicial. Merece destaque, ainda, que o réu indicou como testemunha o então governador do Estado, que seria o suposto coronel no texto, o que foi indeferido pelo juiz, sob a justificativa de que “o sentimento pessoal de terceira pessoa sobre o texto descrito na denúncia não tem o condão de afastar eventual consumação do delito” (p. 442). Faz isso baseado, ainda, no controverso princípio do “livre convencimento motivado”, com base no qual o juiz teria o poder para analisar se a prova requerida era “desnecessária” ao deslinde da questão. Declarou ainda que apenas se configuraria cerceamento de defesa caso a testemunha “viesse a demonstrar e elucidar fato controvertido nos autos”, o que entendeu não existir no processo em questão, já que “os fatos apontados na denúncia, tipificam, em tese, a prática da conduta descrita no art. 140 do CP” (p. 442), demonstrando aqui que já tinha feito um “pré-julgamento” do fato antes mesmo de ter analisado o caso.

Ora, por esta lógica, não interessaria ouvir qualquer testemunha. Mas não apenas ouviu, como um dos elementos que se utilizou como fundamento da decisão foi justamente o depoimento das testemunhas de acusação, que teriam identificado “a vítima” no texto do jornalista. Mais uma vez: esforço interpretativo. E, assim, foi o jornalista condenado a sete meses de prisão, pena que foi convertida em prestação de serviços à comunidade e que já foi cumprida. A decisão foi confirmada em segunda instância

⁴ Processo nº 201245102580. Sentença disponível para consulta no sítio eletrônico: www.tjse.jus.br.

⁵ As provas utilizadas no processo foram testemunhais, além do depoimento do representado (o desembargador) e do réu. Em larga síntese, as testemunhas de acusação argumentam que, embora sem qualquer menção no texto, é evidente a identificação do representado no texto de autoria do jornalista. Dentre as razões, afirmam que se há um coronel, que manda e desmanda, que faz e desfaz, este não pode ser outro que não o governador do Estado. E então a consequência é lógica: se o governador só tem uma irmã, só poderia ser o representado o tal “jagunço das leis”.

(através de decisão colegiada não unânime) e o recurso ao STF foi recusado preliminarmente⁶, em razão da ausência de pré-questionamento da matéria constitucional.

O processo na esfera cível, por sua vez, foi convertido, pelo juiz da causa, em ação *ex delicto*, de modo que, levou em consideração o julgamento procedente na ação penal para, considerando como já provados, e, assim, sem necessidade de se discutir a culpa, condenar o jornalista Cristian Góes ao pagamento de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a título de indenização por danos morais. Na curta sentença de 7 páginas, o juiz sequer abordou o mérito da questão, o que não se justifica pela existência do processo penal. Primeiro, as instâncias são independentes. Segundo, ainda que não houvesse dúvidas da existência do fato, caberia considerações acerca da liberdade de expressão e do fato de que não há qualquer menção, ao autor da ação, no texto objeto do processo.

Não cabe aqui entrar em longas considerações acerca do substrato material em questão. Fato é que um jornalista, no exercício da sua profissão, foi condenado civil e penalmente por ter escrito um texto ficcional, no qual não consta, em qualquer momento, o nome daquele que se sentiu ofendido⁷. E, em que pese não caber grandes considerações sobre a questão material, não se pode deixar de comentar o fato de que o autor da ação cível, e suposta vítima da ação penal, é um homem público, suscetível, via de consequência, a críticas mais amplas que um cidadão comum⁸. Ainda que fosse o caso de haver alguma menção ao sujeito em questão – coisa que não há – não seria o caso de se considerar o fato como injúria ou ensejador de reparação por dano moral. Foi, sem dúvidas, um caso de criminalização da liberdade de expressão. E mais: da distorção do significado do princípio constitucional da liberdade de expressão, que nem possui uma textura tão vaga assim. O judiciário, todavia, utilizou-o de forma construtiva, finalizando a tarefa de criá-lo diante do caso concreto.

Além disso, como fator simbólico, a repressão de uma narrativa ficcional parece ainda mais relevante, tendo em vista a importância da arte na construção e mobilização do imaginário político. (...)

⁶ Em um primeiro momento, foi negado seguimento pelo próprio Tribunal de origem. Depois, o próprio STF julgou preliminarmente pela inadmissibilidade.

⁷ É possível assistir à surreal história, contada pelo próprio jornalista, em um pequeno documentário disponível em <https://vimeo.com/109712063>. Acesso em 04 de junho de 2016.

⁸ É neste sentido que o Artigo 19 e o Intervenientes, na denúncia que interpuseram junto à Corte Interamericana de Justiça, ao questionarem a inadequação da legislação brasileira, no que diz respeito às restrições da liberdade de opinião, comentam como o padrão internacional é no sentido mesmo de descriminalizar tais atos, mantendo qualquer sanção apenas na esfera cível, e, ainda assim, excluindo dela as pessoas públicas, que “estão sujeitos a avaliações por parte da sociedade e devem ter uma tolerância maior às críticas feitas pelos cidadãos” (p. 32). Peça de denúncia disponível no sítio eletrônico <http://artigo19.org/centro/casos/detail/20>. Acesso em 04 de junho de 2016.

2 AUTORREPRODUÇÃO E DESFORMALIZAÇÃO DO DIREITO: e também da democracia?

Apresentada a perspectiva do real, seguimos utilizando-a como substrato para nossa abstração. É questão de ordem, pois, problematizar a questão da desformalização do direito e sua autorreprodução. O que representariam tais fenômenos?

O que se chama por “desformalização” da estrutura jurídica trata-se de um processo em que tanto a forma jurídica legal esvazia-se de sentido – ou por assumir a forma de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, ou por ser preenchida por conceitos altamente abstratos e axiológicos – como o próprio método se flexibiliza, através de uma prática jurídica que passa a ser livre da regra jurídica em razão da subordinação a um direito ou valores superiores. Trata-se de um processo em que, nas palavras de Maus (2010, p. 55), leva o direito – e, conseqüentemente, sua justiça – a assumir um papel meramente simbólico, dentro do qual já não é capaz de garantir o seu momento de indisponibilidade – no processo –, tornando-se disponível a manipulações do poder⁹. Esta indisponibilidade, ainda, revela um caráter de retorno a um modelo medieval, que era fechado a criações externas – ou humanas: sua produção era via autorreprodução, através da reconstituição do “velho e bom direito” (Habermas, 1997: 231).

Esta ruptura com a força construtora democrática já seria, por si, problemática, já que estabelece um processo de reprodução endógeno. Todavia outra questão nos preocupa: a de que, ao tornar-se independente do direito positivo, tornar-se-ia, ao mesmo tempo, mais dependente dos poderes factuais – econômico, político, científico –, já que, se há “mais valia” legal, no sentido da existência de um espaço aberto para integração/criação judicial, torna-se mais fácil para o poder manipular o ser humano, que decide, a tomar decisões que mais lhe favoreçam¹⁰. Não havendo mais valia, diante de uma norma de aplicação concreta – ou o mais concreta possível –, o aplicador deve

⁹ Maus constrói sua tese a partir da análise do sistema nacional socialista, no qual identifica a total erosão do sistema jurídico, em razão da desformalização, que contribuiu para a instrumentalização do direito pelo poder: “...*Die Aufhebung bestehender Gesetze erübrigte sich im NS-System durch die offizielle Anweisung an die Richter, sich nicht der ‘Krücken des Gesetzes’ zu bedienen, sondern Entscheidungen entsprechend der ‘Wertordnung’ des Nationalsozialismus und gemäß politischer Notwendigkeiten oder je spezifischer Umstände des Einzelfalles zu treffen...*” (MAUS, 2007, P. 302) . Estende, todavia, sua análise para o presente.

¹⁰ Maus (2010: 59) cita o exemplo das normas de direito ambiental na Alemanha, cujos programas geralmente fracassam, justamente em razão do grau desformalizado destas mesmas normas. Ao invés de conseguirem impor seus interesses nas normas, conseguem impô-los nos espaços abertos das normas, no momento da aplicação, no qual o poder de negociação do capital acaba se impondo.

aplicá-la, sem muita margem de escolha, o que garante sua imunidade diante de forças contingenciais. Ou seja, quanto mais desformalizada a lei e mais independente dela esteja os órgãos de aplicação – poder judiciário e administrativo –, menos independência real¹¹.

E foi exatamente o que aconteceu no “Caso Cristian Góes”. Se analisarmos o tipo penal do artigo 140¹² do Código Penal, crime pelo qual foi Cristian Góes condenado, assim como os demais crimes contra a honra, é possível identificar um alto grau de abstração e vagueza da norma. Afinal, se lá está no diploma legal que a injúria se materializa em uma ofensa à dignidade ou o decoro, o que pode ser assim considerado – e o que não? Parece que um mundo de coisas cabe dentro deste quadro legal. Observe que o projeto desformalizante já inicia na própria norma criada pelo poder legislativo, ao criar um tipo altamente genérico, cuja consumação encontra-se dentro da esfera íntima da vítima. Há aqui, pois, uma mais valia legislativa: um espaço de criação do aplicador, que poderá, no caso concreto, avaliar e dizer o que seria uma conduta ofensiva à dignidade de alguém ou ao seu decoro. A própria doutrina penal é clara ao falar da obscuridade da norma: a injúria, ao contrário dos outros tipos penais da calúnia e difamação, não se materializa pela imputação de fatos precisos, mas de fatos genéricos, vagos e indeterminados.

E este, de fato, foi o caso da lide objeto de estudo neste trabalho. Diante de um texto ficcional – é preciso sempre repetir isto: ficcional –, sem indicação de nome, um juiz é provocado por uma parte que se diz ofendida por ter ali se identificado. Juízo pessoal? Síndrome de perseguição? Autoritarismo? Coronelismo? O fato é que praticamente bastou o argumento de autoridade do desembargador e então vice-presidente

¹¹ Destaque-se que a desformalização atinge todos os momentos de aplicação, seja através do poder judiciário, seja através do poder administrativo.

¹² Art. 140 - **Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:**

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

Disposições comuns

Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

[...]

II - contra funcionário público, em razão de suas funções;

do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, no sentido de ter se identificado no texto, no qual seu nome não constava, e ter se sentido extremamente ofendido em sua honra, para que a condenação do jornalista fosse causa ganha. Uma série de ligações de sentido foram feitas, todas exteriores ao conteúdo do processo, de modo a criar uma rede de causalidade para justificar a decisão.

A liberdade contorcionista do magistrado é tanta que até se contradiz: em determinado momento afirma que o “sentimento pessoal” de terceira pessoa não possuiria o poder de afastar a eventual consumação do delito, na medida em que esta possui correlação com a honra subjetiva do ofendido – e de ninguém mais; em outro, todavia, fundamenta sua decisão na identificação feita pelas testemunhas¹³, através das suas interpretações – subjetivas – do “ofendido” no texto de autoria do jornalista Cristian Góes.

O *ánimus* de beneficiar uma das partes é tão patente, que, em determinado momento, o juiz parece até esquecer seu dever de neutralidade e imparcialidade para fazer a defesa da “vítima ofendida”: “... cabe ressaltar que o Desembargador Edson Ulisses ocupou a vaga por ter sido o mais votado pela OAB, bem como o nome com maior indicação pelo Pleno do Judiciário...” (p. 449). Ora, trata-se aqui de alguma tentativa de aplicação analógica da exceção da verdade, componente do crime de calúnia, só que apenas em benefício da vítima? E suscitada pelo magistrado? Ora, ora.

Trata-se de um esvaziamento mesmo do princípio da legalidade, cuja relevância é ainda mais significativa na esfera penal. Aqueles que o criticam, sob o argumento de um suposto formalismo, talvez esqueçam que a ideia de um positivismo jurídico, com ênfase na legalidade, surgiu justamente no seio dos Estados autoritários, não para legitimá-los sob o manto da formalidade, mas para combatê-los: assim surgiram os valores da ordem, da igualdade formal e da certeza, bandeiras do movimento iluminista contra o Estado autoritário do Antigo Regime (Bobbio, 1995: 236)¹⁴. Sabemos que tais bandeiras nunca se realizaram plenamente, mas, certamente, se deve haver mais liberdade, não é com aqueles que detém o poder. Longe de ser “meramente formal”, trata-se de uma garantia mínima do indivíduo, de ao menos saber aquilo que pode ou não fazer, sem que haja perigo de uma reprimenda penal. É a tal liberdade negativa¹⁵: aquilo que

¹³ Nas palavras do magistrado: “... pode-se inferir que a comunidade jurídica, meio frequentado pela vítima, é perfeitamente capaz de fazer a associação entre os personagens, o que efetivamente aconteceu...” (p. 449).

¹⁴ Também neste sentido Poulantzas (2014, p. 92), no contexto da abolição dos direitos e liberdades formais nos Estados autoritários.

¹⁵ Neste sentido, Ingeborg Maus (2010: 39): “... Somente quando a jurisdição trata suas próprias concepções morais como regulações jurídicas é que todo fato imaginável pode ser identificado como um fato juridicamente relevante e transformado em objeto de uma decisão contenciosa...”

não é proibido, é permitido. Mas se os contornos legais não são claros, como saber onde começa e onde termina nosso horizonte de possibilidades? Se a lei é, ela própria, repleta de critérios abstratos, que só serão preenchidos no momento da decisão, como saberemos com quais valores e critérios será ela preenchida? Vai depender do juiz? Do seu bom humor, da sua religião, do estado de espírito? Já não sabemos o que podemos fazer. Já não temos liberdade.

Formalismo? Conservadorismo? Não. Primeiro que não entendemos que as formas são despidas de conteúdo. Até porque, do ponto de vista dialético, toda forma contém já um conteúdo: afinal a forma é, sempre, forma de algo, de algum conteúdo; e o conteúdo é que dá a forma ao objeto (LEFEBVRE, 1975, p. 83). Assim, a legalidade faz parte do sentido da democracia, em seu nível institucional. E isto não quer – jamais – dizer que esta mesma vinculação legal, aplicada em nível institucional, valha para a base, para as pessoas.

3 O FOCO NA SOCIEDADE E NÃO NAS INSTITUIÇÕES DENTRO DA PERSPECTIVA DE UMA DEMOCRACIA RADICAL

Se queremos problematizar a ideia de uma democracia que rompa com este processo de autorreprodução e desformalização do direito, parece-nos lógico que partamos de uma rediscussão das próprias bases conceituais da democracia. Afinal, se hoje a democracia é consenso¹⁶, não se sabe bem ao certo de que consenso se trata. Apropriada pelo grande capital – e, descoberta pelo Banco Mundial, tendo sido colocada como importante foco de interesse, em razão das suas supostas condições de favorecer o crescimento econômico (Tilly, 2012: 199) –, a democracia perdeu o que tinha de revolucionária, para se afirmar mesmo como aquilo que mantém o *status quo*. A ponto de se falar mesmo em uma “concepção hegemônica de democracia” (Santos, 2003: 37) para aquela resposta criada, em especial, após o fim da segunda grande guerra. Trata-se de uma resposta que tenta compatibilizar incompatibilidades, com a consequência – pretendida até – de esvaziar de sentido o projeto democrático.

A desformalização da estrutura jurídica insere-se neste esvaziamento, na medida em que, se o direito se materializa em regras impositivas a todos – a ponto de ter

¹⁶ Justamente pela falta de “consenso sobre o consenso”, Rancière (2009: 67) afirma que não há tal consenso; pelo contrário, a democracia é um conceito utilizado sob múltiplas significações, algumas, inclusive, que desnaturam seu significado.

quem diga que ele é mesmo violência¹⁷ – a sua filtragem pela democracia teria – deveria ter - como significado o fato de que a sociedade, por si, criaria suas próprias regras, através de um processo em que um acordo fosse possível. Se este acordo se mostrou muito mais desacordo e exclusão, parece questionável a solução de tornar esta regra mais flexível em sua aplicação pelo poder judiciário, na medida em que a nova resposta não passa pelo filtro da democratização, pelo contrário, apenas desloca-a dentro do próprio edifício institucional, ampliando as distâncias de base.

A grande questão é que teorias cujo maior interesse não é, de fato, uma reformulação estrutural da sociedade, de modo a torná-la mais justa, problematizam a representação com a transferência de legitimidade para um outro poder, sem que este (re)pensar rompa com as barreiras institucionais. O fluxo dentro do edifício institucional não apenas cria pontos de indisponibilidade do direito em relação à sociedade, como delega um poder criativo a uma instituição que não possui responsabilidade democrática, além de ser, muitas das vezes, formada por uma elite¹⁸. O que na verdade não é de se surpreender: dado os potenciais revolucionários de uma concepção radical – e de base – da democracia, o objetivo é mesmo que esta força emancipatória seja limitada¹⁹.

Para quebrar este círculo é preciso, antes de mais nada, tornar a inverter as coisas: ou colocá-las no lugar. É preciso realocar o direito da posição de ente para a posição de objeto. É preciso “desentificá-lo”. E é preciso rediscutir os termos que se funda a democracia. Afinal, o direito é um produto do Estado, e não de um Estado qualquer, mas de um Estado capitalista, e, conseqüentemente, seu conteúdo representa, em grande

¹⁷ Dentre todos, destacamos Derrida, na sua obra *Force de Loi*: Derrida, Jacques (1994). *Force de loi: le fondement mystique de l'autorité*. Paris: Galilée.

¹⁸ É preciso reconhecer, via de evidência, que este fluxo de demandas para o poder judiciário não tem raiz exclusivamente teórica. O debate é colocado – também – em razão da atuação progressista de alguns tribunais, que, em determinados momentos, fez – e faz – avançar determinadas lutas por direitos. Todavia, se seu comportamento é momentaneamente progressista, é também ambíguo e seletivo, o que parece indicar que as questões em que se mostra mais progressista são aquelas que não interferem, de maneira direta, com interesses hegemônicos. A judicialização da política insere-se no debate acerca da relação entre direito e democracia, principalmente em razão do problema que surge quanto à legitimidade dos tribunais. Além disso, discute-se o impacto deste processo nos processos de luta e engajamento. Embora sejam fortes os pontos de conexão, não é possível abarcar a temática neste trabalho, tendo em vista os limites que se apresentam. Sobre a questão: SANT'ANNA, L. F. B. *Judiciário como Guardião da Constituição: Democracia ou Guardiania?* 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. v. 1. 182p. SANT'ANNA, L. F. B. “A institucionalização das lutas sociais através da judicialização e seus efeitos sobre o militantismo e o engajamento: análise sobre o panorama brasileiro”. In: Wolkmer, Antonio Carlos; Correias, Oscar.. (Org.). *Crítica Jurídica na América Latina*. 1ed.Aguascalientes: CENEJUS, 2013, v. 1, p. 205-225.

¹⁹ Neste sentido, Rancière (2014: 17) comenta como o constitucionalismo foi fruto deste projeto limitador da democracia: “Esta é a forma comum com que os especialistas enunciam o paradoxo democrático: a democracia, como forma de vida política e social, é o reino do excesso. Esse excesso significa a ruína do governo democrático e, portanto, deve ser reprimido por ele. Essa quadratura do círculo estimulou no passado a engenhosidade dos artistas das constituições...”

parte, interesses de uma classe economicamente hegemônica. Mas é inegável que ele também é um momento de consolidação de lutas sociais, ainda que sem romper com o modelo de sociedade existente. Ou, como também observa Poulantzas (1980, p. 104), o direito é também produto de uma demarcação de compromisso com classes dominadas, que alcança vitória em suas demandas através da luta de classes. Mesmo os exemplos em que uma ruptura foi possível mostram realidades que mantiveram a existência do direito. E mesmo os exemplos do novo constitucionalismo latino-americano refletem uma realidade de reconhecimento dos direitos e regras das comunidades originárias, o que significa que lá também existe um sistema coordenado de regras impositivas. O direito parece, pois, uma resposta ao problema da partilha do mundo entre os muitos humanos. A democracia agrega-lhe outro valor ao possibilitar a participação destes muitos humanos na sua criação.

Procurar novas respostas ao problema da democracia – e da democratização da democracia – deve implicar novas formas de pensar o problema da participação, indo além da representação. Mas não apenas voltar os olhos à questão da participação dentro da dinâmica das instituições: significa enxergar a democracia em outros espaços, que não institucionais. Afinal, é possível afirmar, juntamente com Rancière (2009: 66), que não se pode reduzir a democracia nem a uma forma de governo, nem a um modo de vida social. Isto implica, pois, despir o olhar de algumas concepções do que é o agir democrático, para, indo além, enxergar outras formas de socialização e agir comunitário. Afinal, como também afirma Sheldon Wolin (1992: 251), o ser político não é apenas aquele ser abstrato e desconectado da vida real²⁰, mas sim pessoas cuja existência é marcada pela pertença a determinado local e convívio com outras determinadas pessoas. E neste agir coletivo é que vai se delineando o agir político. O agir democrático.

Aliás, situamos a democracia, com Rancière (2014: 120-122), enquanto ação e potência, cuja garantia não é de natureza institucional. A democracia está, pois, fora do edifício institucional²¹: está na base, nas resistências, nos movimentos sociais, nas lutas. E é nesta base que a liberdade deve se situar. Tirar do direito a condição de ente é lembrar, antes de tudo, que ele não pode tanto. E se ele possui uma importância central, a

²⁰ “A political being is not to be defined as the citizen has been, as an abstract, disconnected bearer of rights, privileges and immunities...” (Wolin, 1992: 251).

²¹ Também Boaventura (2010: 147) aponta para um caminho para além das instituições, ao trabalhar com experiências latino-americanas do que denomina “constitucionalismo transformador”, que possui, como uma de suas características, o fato de romper com o modelo monolítico de institucionalidade estatal e criar vários tipos autonomias infra estatais.

importância que tem é a de limitar a atuação do prédio institucional e garantir aquilo que, através das lutas, consolidou-se através da institucionalização. Afinal, se o edifício institucional é, em sua maioria, representativo de uma classe dominante, a esfera política possui uma autonomia relativa²², utilizando um conceito da teoria do Estado capitalista de Poulantzas (1978, p. 191), que permite que compromissos sejam feitos com as classes não hegemônicas, mesmo que isto implique determinados prejuízos a curto prazo das classes privilegiadas. E estes compromissos são legitimados através da forma jurídica.

É, portanto, importante observar que o esvaziamento de conteúdo das normas legais atinge também os compromissos alcançados através das lutas e resistências dos grupos marginalizados, que acabam por correr o risco de serem relativizados por decisões jurídicas, tanto do poder administrativo, como do poder judiciário. Mas não só: também normas jurídicas com conteúdo bastante concreto (como no caso analisado neste trabalho) sofrem o risco de serem relativizadas em razão de uma metodologia jurídica que valoriza a realização da justiça no caso concreto, subvalorizando a posição do poder judiciário enquanto aparato de estado (que, enquanto tal, deveria ter sua atuação vinculada à estrutura legal, não por um formalismo de conteúdo, mas justamente para garantir o uso não arbitrário do poder) e legitimando arbitrariedades do poder contra direitos básicos de uma sociedade democrática (como a liberdade de expressão). Aliás, mesmo Poulantzas (2014, p. 91-92), cuja construção teórica em torno da forma jurídica é majoritariamente em razão do seu caráter ideológico e repressivo (ocultador da violência) – mesmo porque a sua análise é dentro do contexto deste tipo de Estado específico que ele analisa, em sua forma capitalista – reconhece expressamente seu caráter de limitação ao poder, enquanto conquista das massas populares²³, razão pela qual a importância da vinculação à legalidade é uma das primeiras coisas a ser abolida em Estados de Exceção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegamos a este ponto com muitas questões e poucas certezas. Mas, dentro do limite que se propõe este trabalho, com uma aposta de conclusão: em uma democracia,

²² Poulantzas (1978, p. 191-192) desenvolve bem esta ideia no contexto das características do Estado capitalista: “... In the case of the capitalist state, the autonomy of the political can allow the satisfaction of the economic interests of certain dominated classes, even to the extent of occasionally limiting the economic power of the dominant classes, restraining, where necessary, their capacity to realize their short-term economic interests...”.

²³ “... we need to stress the fact that this juridical system, these ‘formal and ‘abstract’ liberties are also conquests of the popular masses. In this sense and this alone does modern law *set the limits* of the exercise of power and of intervention by the state apparatuses. It is very clear from its abolition in the exceptional forms of capitalist State (facism, military dictatorship)...” (POULANTZAS, 2014, p. 92)

deve o juiz estar adstrito à lei, assim como todos aqueles que se encontram no edifício institucional. Esta é a garantia que temos, enquanto sociedade, de que nossas liberdades sejam respeitadas. E não apenas isto: que também os ganhos democráticos que alcançamos, pela via institucional, não sejam destruídos por alguma decisão soliplista, revestida de principiológica.

Isto não implica um culto à regra legal ou a um modelo de democracia procedimentalista liberal. Implica mesmo em enxergar a lei como um produto humano, fruto da sociedade, retirando-a da condição de ente, como se ela é que produzisse a sociedade – e não o contrário. Afinal, se a lei é um produto da democracia, as instituições sociais devem respeitá-la enquanto instituições, já que detentoras de poder. A sociedade, esta que é a criadora soberana, não possui a mesma vinculação. Discordância e resistências existem – e devem existir – e isto é o que acreditamos ser a política, em sua forma não institucional, e, principalmente, a democracia. A democracia, enquanto potência e ação, é tudo aquilo de contestador e de motivador para mudanças, mesmo que busquem qualquer mudança a nível institucional.

Ademais, observa-se que esta metodologia desformalizadora do direito, com ênfase na realização da justiça no caso concreto, e do juiz como detentor de uma posição privilegiada para tal, parte de uma visão equivocada do poder judiciário, como se este não fosse parte do aparato estatal, como os demais poderes de Estado. E, a partir desta visão equivocada, extrai-se da deslegitimação do poder legislativo uma legitimação do poder judiciário para utilizar o direito com liberdade criativa. Se em determinados momentos – e casos específicos – o poder judiciário pode fazer avançar algumas questões sociais, travadas no parlamento, em outros, ele pode utilizar esta mesma metodologia para relativizar normas que representam compromissos com a sociedade, fruto de lutas e movimentos sociais.

A liberdade, portanto, deve estar na base. O poder de criação das regras deve permanecer com a base social, jamais emaranhar-se nas instituições, conferindo-lhes poder para realizar uma autopoiesis *ad infinitum*. Buscamos utilizar o Caso Cristian Góes como ponto de partida para nossa abstração, por entendermos representativo de um uso criativo e construtivo de uma regra legal já desformalizada, já abstrata e aberta. Representativo, ainda, de como o juiz, diante de uma regra desformalizada (mesmo que bastante concreta em seu conteúdo), possui tanto liberdade para fazer pender a balança para o lado mais forte, como fica também mais suscetível a ingerências externas. Diante de uma norma o mais concreta possível, sua autonomia tende a crescer, na medida em

que não tem opções às quais se curvar. Por isso entendemos que o projeto desformalizante parte mesmo de iniciativas do próprio poder legislativo, que não parece também muito preocupado com o futuro da nossa democracia.

Longe de haver pretendido esgotar questões, a proposta era problematizar, dentro dos limites do trabalho, uma realidade existente, em busca de novas possibilidades. E, inclusive, problematizar a ideia de que pensar – e repensar, (des)pensando – a democracia, implica um exercício de olhar e enxergar outras experiências de outros horizontes globais. O objetivo que fica a seguir é tentar despir nosso olhar das preconceções ocidentais de democracia, para fazer-nos enxergar outras possibilidades emancipatórias, que não se encaixariam nos modelos de luta e de organização demarcados pela cultura ocidental e acabam por ser, por isso, invisibilizados. Os caminhos – acreditamos – apontam para novas formas de compreensão da base, e, por isso entendemos que é por aí que trilha o caminho de uma democracia mais democrática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

LEFEBVRE, Henri. **Lógica formal/Lógica Dialética**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo, 2010.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Über Volkssouveränität: elemente einer Demokratietheorie**. Frankfurt: Suhrkamp, 2007.

WOLIN, Sheldon (1992). “What revolutionary action means today”. In: MOUFFE, Chantal (editor). **Dimensions of radical democracy: pluralism, citizenship, community**. London: Verso, 1992.

POULANTZAS, Nicos. **State, Power, Socialism**. London: Verso, 2014.

_____. **Political Power and Social Classes**. London: Verso, 1978.

RANCIÈRE, Jacques. “Les démocraties contre la démocratie”. In: GAUTIER, Anne-Lise (org.) **Démocratie, dans quel état?** Montréal: Les Editions Écosociété, 2009.

_____. **O Ódio à Democracia**. São Paulo: Boitempo, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. "Introdução: para ampliar o cânone democrático". In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Porto: Afrontamento, 2003.

_____. "La democracia revolucionaria, un proyecto para el siglo XXI". Entrevista à Revista Internacional de Filosofía Política (RIFP, Madrid), nº 35, Outubro 2010, por Antoni Jesús Aguiló Bonet, 2010.

TILLY, Charles. **Democracia**. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

ZIZEK, Slavoj. **Menos que nada: Hegel e a sombra do materialismo dialético**. São Paulo: Boitempo, 2012.