

## 6

PUBLICUM

## O dado pessoal e a tirania de um sentido político “de oposição”: um sintoma de crise no constitucionalismo?

**Maria Clara Mendonça Perim**

Doutoranda em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Promotora de Justiça da defesa do patrimônio público no Ministério Público do Estado do Espírito Santo. E-mail: mariaclaramperim@gmail.com

### Resumo

Este artigo analisa o tratamento de dados pessoais à luz da crise do constitucionalismo decorrente de recentes ondas autoritárias. Para tanto, relembra os eixos do constitucionalismo (direitos fundamentais e separação dos poderes) e analisa a intersecção desses com a atual tendência de uma dimensão do “político” pela fórmula do amigo vs. inimigo e com a lógica adversarial nos sistemas de justiça e democracia. Assinala que o afastamento da noção de igualdade pelo valor intrínseco da pessoa humana pode levar ao monismo em sistemas sociais. Como o dado pessoal afeta igualdades e liberdades e as atividades da vida ativa (ser, ter e agir), interfere nesses sistemas. Por isso, a igualdade pela condição humana viabiliza a comunicação e a convivência entre a universalidade e a singularidade, essenciais ao constitucionalismo. Trata-se de pesquisa qualitativa e exploratória da ciência política e jurídica. Os métodos são o dedutivo e a dialética.

### Palavras-chave

Crise do constitucionalismo. Autoritarismo. Condição humana. Dados pessoais. Sistema Social.

### *Personal data and the tyranny of political opposition: a symptom of constitutional crisis?*

### Abstract

This article analyzes the treatment of personal data considering the crisis in constitutionalism that comes from the recent waves of authoritarianism. In order to do so, we revisit the axes of constitutionalism (fundamental rights and the separation of powers) and analyze the intersection between them and the current tendency of politics – a formula based on the political dimension of friend versus enemy and on the adversarial logic within the systems of justice and democracy. We point out that deviating from a notion of equality based on the intrinsic value of the human being can lead to monism in social systems. Since

Revista Publicum

Rio de Janeiro, Volume 9, Número 1, 2023, p. 98-131

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2023.73546

personal data affects equality, freedom and active life activities (being, having and doing), it interferes in these systems. That is why equality based on the human condition enables the communication and coexistence of universality and singularity, which are essential for constitutionalism. This a qualitative and exploratory research in political science and law. The methods are deductive and dialectic.

### Keywords

Constitutional crisis. Authoritarianism. Human condition. Personal data. Social System.

### Sumário

Introdução. 1 O constitucionalismo: um sentido de igualdade como “não oposição”. 2 O sintoma de crise do constitucionalismo e a onda de autoritarismo: a tirania de um sentido político “de oposição”. 3 O dado pessoal como bem jurídico: dimensões do ter e do ser. 4 Dados pessoais e a dimensão do agir: sintoma de crise do constitucionalismo?. Conclusões. Referências.

## Introdução

A atual conjuntura gera certezas sobre a importância dos dados pessoais na sociedade contemporânea e a imprescindibilidade da sua proteção é quase inconteste. É intuitivo que dados pessoais têm implicações na efetivação de todas as esferas de direitos fundamentais civis, políticos, sociais e de solidariedade.

De outra parte, a proteção dos direitos fundamentais é um dos pilares do constitucionalismo contemporâneo que tem apresentado, ao redor do mundo, sintomas de uma possível crise e revive traçados de violência que se imaginavam superados.

Muito significativamente, essa crise é marcada pela ascensão de governos autoritários e pelo retorno a um significado do “político” na fórmula do amigo vs. inimigo como lógica matriz dos sistemas de *justiça* e *democracia*.

Em meio a esse cenário, está em xeque o equilíbrio entre o universal e o plural que sustenta a ideia de *justiça*. Ademais, apesar da apregoada radicalidade democrática pelo discurso autoritário, o que se contesta é a moralidade da própria democracia.

Em que pese o dado pessoal estar ligado a um cardápio variado de direitos fundamentais, a centralidade desta discussão diz respeito ao fato de que dados pessoais determinam *identidades*. Na medida em que qualificam e categorizam, os dados pessoais prescrevem quem “é igual” e “quem é diferente”.

Ora, se igualdades e diferenças são estabelecidas a partir de critérios paradigmáticos, é relevante saber: quais são esses parâmetros? Quem os prescreve e quem os confirma?

Por causa disso, a proteção ao dado pessoal é também um ponto médio significativo para compreender a crise do constitucionalismo, o que pode ser feito a partir de uma abordagem que vê essa perturbação como consequência de uma instabilidade da ideia de igualdade que é intrínseca à noção de direitos fundamentais.

Partindo dessa premissa, este artigo tem por objetivo situar a proteção ao dado pessoal no contexto da crise do constitucionalismo. Para tanto, revigora o sentido mínimo de universalismo da condição humana (valor intrínseco da pessoa humana) como elemento indispensável ao constitucionalismo contemporâneo.

Em seguida, retrata o risco de crise do constitucionalismo sob a ótica da fissura desse sentido de igualdade, levando em conta os recentes episódios de autoritarismo que vêm cercado a humanidade. Com efeito, essas ocorrências reacenderam a lógica adversarial do amigo vs. inimigo, utilizando perigosamente a sociedade em rede para intensificar animosidades com fins políticos e jurídicos, tendo em vista justificar a opressão.

Com base nessa ambiência fática, agregando os referenciais teóricos do estruturalismo e do pós-estruturalismo, marca-se a diferença entre as lógicas de reprodução dicotômicas próprias dos sistemas de justiça e as da democracia.

Nesse passo, sinaliza-se para a importância de coexistência e interação entre tais sistemas e a preocupação de evitar a tirania da lógica do amigo vs. inimigo. Em seu lugar, a condição humana é vista como ingrediente estrutural que viabiliza a comunicação entre iguais nos sistemas sociais e permite a convivência entre a universalidade e a singularidade que é essencial ao pluralismo.

Devido às possíveis interferências do tratamento de dados pessoais na definição de identidades e as decorrentes interações binomiais com as estruturas sociais, por certo, dados pessoais informam uma série de direitos fundamentais.

Verdadeiramente, o bem jurídico dado pessoal leva à asseveração de vários outros direitos, não apenas de personalidade (*ser*), como também nas dimensões do *ter*, do *fazer* e do *agir*. Assim, é uma ponte causal para liberdades e igualdades e, nesse passo, deve ser protegido sob o manto da aceção dos direitos negativos, existenciais e promocionais, porque é elemento indutor de autonomia ou coerção.

Todo esse cenário de complexidades sugere aprofundamentos em torno da natureza jurídica do dado pessoal e da sua posição dentro da estrutura social, inclusive dos sistemas de justiça e da democracia. Tais relações atentam para as normatividades dos direitos fundamentais e, portanto, para o constitucionalismo.

Assim, é conveniente indagar: qual a interface do dado pessoal com a configuração de igualdades e desigualdades? Qual é o liame entre o direito de autodeterminação informacional e o risco de crise do constitucionalismo?

## 1 O constitucionalismo: um sentido de igualdade como “não oposição”

Classicamente, o constitucionalismo está baseado nos elementos da diferenciação funcional dos detentores do poder expressos no sistema de freios e contrapesos, somados ao reconhecimento das liberdades individuais inacessíveis ao campo político.<sup>1</sup>

Com a mudança de paradigmas que sucedeu o pós-guerra, o eixo filosófico do constitucionalismo contemporâneo passa a ser a dignidade humana<sup>2</sup> e são adicionadas às suas clássicas prescrições a força normativa da constituição, a ideia de justiça e uma nova hermenêutica constitucional, que ressalta a função do Judiciário e o retorno aos valores, em outros termos, o resgate do elo entre o direito e a moral.<sup>3</sup>

Há uma complexa discussão filosófica em torno dessas novas referências pós-positivistas de pensar o direito constitucional, mas o fato é que a igualdade é um elemento intrinsecamente referencial ao constitucionalismo. Neste tópico, o que se propõe é pensá-la com um sentido de universalidade, ou seja, de “não oposição”.

Independentemente da tônica, a igualdade sempre figurou como elemento basal do constitucionalismo<sup>4</sup>. Na virada da modernidade, foi a condição de iguais que deu lastro à teoria contratualista: os homens passaram a ser igualmente participantes de um pacto social fundador da nova ordem política que rompia (ao menos pretensamente) com a estrutura do *ser/não ser* que diferenciava o povo da aristocracia.

A ruptura queria fazer deixar de existir um “eles” (nobres) e os “outros”. Portanto, tinha um quê de universal e de humanidade, visto que representava a busca de um sentido de não oposição a partir de uma concepção universalista do ser humano em frente à anterior condição adversarial aristocracia vs. povo. Então, rompia-se um binômio de castas.

Com o tempo e desde a democratização dos direitos políticos, a igualdade teve seu conceito expandido para uma noção mais substancial. Marshall<sup>5</sup> indica como a igualdade política resultou em novas concepções de igualdade material, o que aconteceu entre idas e vindas da teoria marxista e de seus desdobramentos.

Novamente se buscou uma ruptura estrutural do *ser/não ser*, agora a partir do *ter/não ter* (recursos). “Eles” e os “outros” ganharam coloridos materiais, mas continuou

---

<sup>1</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1986.

<sup>2</sup> WOLFGANG, Ingo Sarlet. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 199-206.

<sup>4</sup> ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

<sup>5</sup> Sobre o impacto da generalização da cidadania nos direitos sociais: MARSHALL, T. H. **Citizenship and social class: and other essays**. Cambridge: University Press, 1950. No dizer de Martínéz, “[...] *la democracia será el punto de encuentro del liberalismo y del socialismo*” (MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 164).

havendo um sentido de oposição entre “quem explora” e “quem é explorado” em lados definidos de um jogo de poder. A mudança estrutural pretendia reduzir desigualdades que eram determinadas muito especificamente pelo ter. Rompia-se um binômio de classes.

Seja como for, a igualdade se manteve no centro do constitucionalismo, agora contemporâneo, mas foi somente após as Guerras Mundiais que a igualdade passou a habitar o eixo normativo do conceito de dignidade humana. Essa é uma mudança de paradigma importante da contemporaneidade porque, no núcleo da dignidade humana, a igualdade pretendida não visa a superar específicos binômios, como os de casta ou classe, mas toda a variedade de oposições que resulte em sujeições em face à condição humana.

No rol de oposições que a dignidade humana tenciona ultrapassar estão as categorias de homem/mulher, amigos/inimigos, imigrantes/nacionais, cristãos/judeus; brancos/negros/orientais, entre tantas outras. Especialmente, a igualdade definida na dignidade humana vai além da proposição de ruptura de uma única adversidade binomial. Ao contrário, propõe uma semântica de “não oposição”, ou seja, é portadora de um significado afirmativo de inclusão em decorrência da própria condição humana.

A dignidade humana é o fundamento que envolve um interminável rol de debates morais e uma complexa definição conceitual. Para Sarmiento,<sup>6</sup> o sentido normativo desse princípio é composto de valor intrínseco da pessoa humana, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento intersubjetivo.

O primeiro desses elementos muito interessa à discussão como elementar do constitucionalismo. A ideia kantiana do valor intrínseco da pessoa<sup>7</sup> expressa o primado de que pessoas são sujeitos e não objetos e, portanto, não podem ser utilizadas como instrumentos de realização de vontades coletivas. Valor intrínseco é valor pela própria condição humana em si mesma, independentemente de quaisquer outras qualificações de ser/ou não ser. Logo, é o sentido antitético da oposição estrutural, diretamente derivado da humanidade e ao qual somente se opõem as outras ordens de coisas do mundo.

De fato, a ideia do valor intrínseco conversa de perto com o sentido de universalidade dos direitos fundamentais. Nessa associação, correlaciona-se facilmente ao constitucionalismo, dado que este foi talhado a partir da premissa de que esses direitos são limitações universais e individuais extrínsecas ao poder estatal e prevalecem mesmo que sejam contramajoritários, justamente porque efluem da condição humana.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Sobre os elementos da dignidade humana, vide: SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 101-289.

<sup>7</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_kant\\_metafisica\\_costumes.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf). Acesso em: 8 maio 2020.

<sup>8</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 249-250.

A partir desse pilar, dissociaram-se no constitucionalismo os sistemas da democracia e da justiça. Embora ambos sejam imprescindíveis contra o arbítrio, passaram a funcionar como focos de poder diferenciais e até certo ponto segregados, porque compreendem lógicas de funcionamento distintas.

Neves<sup>9</sup> explica essa diferenciação ordinária. Segundo ele, o sistema da justiça funciona na lógica do binômio do *lícito/ilícito* e o seu *input* é a adequação à normatividade constitucional. Nesse ângulo, a justiça é uma garantia de *igualdade* perante a lei e tem por objetivo garantir que lógicas de outros sistemas impeçam que as decisões sejam adotadas com base em valores diferentes daqueles substancialmente normatizados. A instituição que classicamente representa a justiça é o Poder Judiciário.

Por sua vez, a democracia funciona na lógica do binômio *situação/oposição* e sua lógica de *input* é a vontade das maiorias. Enquanto a justiça tem por base a igualdade normativa, a democracia funda-se na soberania popular. A lógica democrática é a do binômio *situação/oposição* e tenderá a prevalecer nas decisões das instituições que a delinham, que são os Poderes Executivo e Legislativo.

Nesse sentido de diferenciação clássica, admite-se que a democracia funcione numa lógica binomial que representa oposições entre pessoas situadas em categorias diferentes (situação/oposição).

Ao contrário, a lógica opositiva da justiça pressupõe uma oposição entre condutas – diferentemente da noção adversarial entre pessoas ou grupos – e por isso ela se aproxima do sentido de universalidade e de igualdade pela condição humana.

É a igualdade da justiça que ficou encarregada de bloquear a influência de sistemas de poder externos de categorias de pessoas, como as imposições de lógicas de classes típicas do mercado (*quem tem/não tem recursos*) ou as do patriarcado/racismo/colonialismo típicas do conservadorismo (*quem é/não é homem, hétero, branco etc.*), assegurando que os resultados sejam igualitários em termos de sua adequação normativa.

Nesse passo, a justiça também ficou encarregada de bloquear a influência do sistema de poder da democracia – que também categoriza pessoas (situação/oposição) – quando o assunto é a proteção de direitos fundamentais.

Considerando que tem por missão obliterar desigualdades, a ideia de justiça se apresenta jungida à proteção de direitos fundamentais a partir da *igualdade* perante a norma jurídica. Isso é usual compreender.

A explicação é sintética, mas leva à reflexão de que essa igualdade que está no DNA dos direitos fundamentais contém algum sentido de “não oposição”, de universalidade, e

---

<sup>9</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 53-62.

precisamente esse sentido é o valor intrínseco da pessoa humana, ou seja, a condição humana em si mesma. Isso não quer dizer que a igualdade não deva ser plural ou que as diferenças não devam ser reconhecidas. As identidades existem e, aliás, integram a dignidade humana em pautas de inclusão e reconhecimento. O pluralismo e o multiculturalismo, tanto quanto o universalismo, são pilares do constitucionalismo contemporâneo e dos direitos fundamentais.

Veja-se que o anteparo da igualdade como “não oposição” pela condição humana que subjaz ao constitucionalismo não é um abrigo contra o pluralismo. Trata-se, contudo, de um bloqueio que funciona como limite a qualquer sistema que se reproduza de forma adversarial. Esse limite é a humanidade, visto que nisso, estruturalmente, nunca seremos adversários, nunca deveremos ser.

Não há nenhuma pretensão, por ora, de negar que a democracia funcione na lógica adversarial. De igual modo, não há nenhuma pretensão de resgatar um modelo protótipo liberal que entende a democracia como uma utópica procedimentalização discursiva para um consenso racional.

De fato, as pessoas são diferentes: ideias, escolhas, inserções, desejos e afetações são únicas, porque elas nascem de uma mistura de indivíduo, coletivo e sociedade, mexida em um caldeirão de vida que também leva um pouco de razão e um tanto de emoção. Essa receita de cada um de nós não se repete. Porque é assim, a visão de mundo de uma e de todas as pessoas é rara e valiosa, é plural e singular ao mesmo tempo.

O conflito entre pretensões e valores é uma realidade latente e infinita. Não se trata de acreditar no consenso racional para soluções universais em um cenário de dilemas tão profundos. As identidades existem e as conquistas de padrão de civilidade dizem respeito à afirmação e ao reconhecimento.

Por outro lado, reconhecer a conflitualidade da sociedade humana não é o mesmo que se conformar com a exclusão. Lógicas adversariais, até identitárias, implicam “eles” e “outros”. Ora, nem a democracia funciona assim de forma tão estanque e fatalista. Há sempre algo que nos iguala.

O constitucionalismo, nesse quadro multicolorido e plural, tem uma cor de fundo: é a igualdade pela condição humana. Isso integra a essência estrutural de qualquer sistema constitucional, tanto na justiça, como na democracia. Até os mais puristas estruturalistas reconheceram a prevalência de algum sentido de igualdade nas estruturas sociais. Em meio ao fatalismo dicotômico, os estudos antropológicos de Levi Strauss<sup>10</sup> sobre a existência de mitos análogos em várias sociedades humanas ao longo da história sugeriram a existência

---

<sup>10</sup> LÉVI-STRAUSS, Claude. **Mito y significado**. Lisboa: Edições 70, 1978.

de elementos universais em todos elas e de estruturas inconscientes do espírito humano que determinam fatos sociais.

Tais inferências contradizem o evolucionismo e a premissa de que algumas sociedades são mais avançadas do que as outras. Por mais binomiais que sejam os sistemas sociais, há algo perene e paradigmático na igualdade pela condição humana. Afinal, somos iguais.

Assim, à medida que exploramos a complexa relação entre a proteção de dados pessoais e a crise no constitucionalismo, torna-se evidente que o desafio transcende o mero debate sobre privacidade. A igualdade pela condição humana, enraizada no valor intrínseco da pessoa, emerge como um contraponto vital à tirania de uma política de situação/oposição exacerbada. Neste cenário, os sistemas de justiça e de democracia desempenham papéis cruciais, sendo a igualdade sua cor de fundo. Em última análise, ressalta-se a necessidade premente de reconciliar a proteção dos dados pessoais com a preservação da igualdade pela condição humana.

## 2 O sintoma de crise do constitucionalismo e a onda de autoritarismo: a tirania de um sentido político “de oposição”

Antes de avançar na análise do dado pessoal como bem jurídico pessoal que afeta igualdades e liberdades e atividades da vida ativa, torna-se necessário apresentar uma reflexão sobre a crise do constitucionalismo à luz das recentes ondas autoritárias, apresentando como exemplos de avanços autoritaristas servem como ponto de partida para compreender as transformações na estrutura dos sistemas de justiça e de democracia, desvelando uma crise do constitucionalismo. Nesse contexto, a lógica adversarial e a dicotomia amigo vs. inimigo emergem como elementos centrais na desconstrução do constitucionalismo liberal, ameaçando a noção de igualdade pela condição humana.

São inegáveis os sinais de avanços autoritaristas ao redor do mundo. Na Hungria, o primeiro-ministro Viktor Orbán (Fidesz) alterou o quadro constitucional desde que venceu as eleições em 2010. Orbán, entre outras mudanças, mexeu na configuração do Poder Judiciário nomeando apoiadores,<sup>11</sup> assumiu o controle da comunicação estatal, promulgou leis repressivas a ONGs, entre outras medidas.

---

<sup>11</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW. **Opinion nº 943/2018**. Disponível em: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2019\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2019)004-e). Acesso em: 14 de fevereiro de 2023.



De igual modo, na Polônia, o partido Lei e Justiça (PIS) realizou uma verdadeira mudança estrutural no sistema judiciário, que colocou em risco a independência do sistema de justiça e o a separação dos poderes no país.<sup>12</sup>

Não são esses os únicos exemplos. Além desses, Fraser<sup>13</sup> indica a presidência de Donald Trump, a desintegração dos partidos social-democratas na União Europeia, o sucesso crescente dos partidos racistas e anti-imigrantistas no norte e centro-leste europeu e o aumento de forças autoritárias na América Latina, Ásia e Pacífico como sinais de uma crise global que, para ela, não é somente crise política, mas também econômica, ecológica e social.

É interessante notar que esses governos com tendências autoritárias não apenas negam suas inclinações antidemocráticas. Eles as justificam a partir da tese que afirma a viabilidade de um regime de constitucionalismo iliberal.<sup>14</sup>

A pauta do autoritarismo reacende uma crítica essencial ao constitucionalismo liberal, com ênfase em um movimento de mitigação da separação dos poderes baseado em uma suposta radicalidade democrática.

Seja compreendendo que isso representa uma oposição à hegemonia do neoliberalismo, seja vislumbrando como um novo formato neoliberal conservador,<sup>15</sup> o fato é que o discurso autoritário se justifica pela ruptura com as estruturas liberais clássicas de freios e contrapesos, supostamente falidas diante da demanda de dar solução a problemas sociais crônicos. A proposta é substituí-las pela liderança das massas.

A tendência resulta no enfraquecimento (ou cooptação) do Poder Judiciário e a centralização do poder em torno de uma liderança de perfil populista autoritário. Sem dúvidas, tais consequências bastariam para representar uma crise do constitucionalismo, no que diz respeito à inexistência de instâncias hegemônicas e no que toca à fragilização da proteção dos direitos fundamentais pelo sistema de justiça.

---

<sup>12</sup> A reforma de 2017 já havia representado severa interferência dos Poderes Legislativo e Executivo no Judiciário. Em 2019, novas alterações agravaram a situação porque restringiram a liberdade de expressão de juízes e aumentaram a influência do Ministério da Justiça em processos disciplinares. Além disso, reduziram a participação dos juízes na administração da justiça, substituindo órgãos de autogovernança por novos colegiados presididos por autoridades indicadas pelo ministro da Justiça. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW. **Opinion nº 9**. Disponível em: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2020\)017-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020)017-e).

Acesso em: 15 fev. 2021.

<sup>13</sup> FRASER, Nancy. Do neoliberalismo progressista ao Trump – e além. **Política & Sociedade**, 2018 - periodicos.ufsc.br. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2018v17n40p43/38983>. Acesso em: 2 fev. 2021.

<sup>14</sup> Sobre o tema, vide: TUSHNET, Mark. The possibility of illiberal constitutionalism. **Law Review**, Flórida, v. 69. Issue 6, 2017. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/flr>. Acesso em: 2 fev. 2021.

<sup>15</sup>FRASER, 2018; MOUFFE, Chantal. **Por um populismo de esquerda**. São Paulo: Autonomia Literária, 2019.

Em que pesem essas obviedades, o sintoma de crise do constitucionalismo pela afluência de autoritarismos tem um perigoso ardil que atinge também a riqueza do sentido da igualdade em algo que lhe é próprio: a igualdade como “não oposição” ou, melhor dizendo, o seu sentido mínimo de universalidade pela condição humana.

Mesmo quem admite a possibilidade de um constitucionalismo iliberal parte da aceitação de que ele acontece quando alguns cidadãos passam a ter *status* de “segunda classe” em relação à proteção contra ações governamentais arbitrárias.<sup>16</sup> Nesses casos, dá-se o abandono da aspiração de igualdade que é própria do constitucionalismo liberal. Trata-se de um problema que está posto. Para interpretá-lo, deve-se atentar para o fato de que a semântica da igualdade, quando deriva simplesmente do valor intrínseco da pessoa humana, pode não resolver todas as pautas de exclusão e opressão, mas alicerça uma estrutura de direitos humanos baseada em pluralidade inclusiva que não é exclusivamente adversarial.

Veja-se, contudo, que este sentido de igualdade estrutural não adversarial é o principal alvo de ataques do zigzague do discurso autoritário. A linguagem do populismo autoritário<sup>17</sup> preconiza explicitamente a supremacia de um modelo de (pretensa) democracia polarizada tanto em relação ao sistema político, como também em frente à justiça – e é disso que se trata. Nesse enunciado há duas sugestões subjacentes:

- a) a de que a lógica da igualdade normativa (neutralidade), que é própria do *jurídico*, é desimportante e não deve prevalecer no próprio sistema de justiça como metodologia estrutural de limite ao poder estatal; e
- b) a de que o sistema da democracia deve funcionar exclusivamente na lógica adversarial e, portanto, não há lugar para a igualdade como “não oposição” como elemento de influxo na reprodução do sistema de *poder*.

O sintoma da crise do constitucionalismo ao qual se pretende referir nesta análise diz respeito ao afastamento da dimensão do valor intrínseco da dignidade da pessoa humana como elementar estrutural tanto do sistema da justiça, como do da democracia. De fato, a exclusão do sentido de igualdade como “não oposição”, isto é, como valor universal derivado da simples condição humana, fere de morte o constitucionalismo.

Em relação à justiça, o discurso autoritário realiza essa ruptura por meio de uma estratégia que minora a importância da neutralidade desse sistema. A afirmação da ideia

---

<sup>16</sup> TUSHNET, Mark. The possibility of illiberal constitutionalism. *Law Review*, Flórida, v. 69. Issue 6, 2017. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/flr>. Acesso em: 2 fev. 2021.

<sup>17</sup> Ainda que se admita a coexistência de uma forma de populismo “não autoritário”, a exemplo do que Mouffe (MOUFFE, Chantal. **Por um populismo de esquerda**. São Paulo: Autonomia Literária, 2019, p. 51-68) retrata como o populismo de direita ou thatcherismo, é da essência desse conceito a fusão de pautas políticas em torno de uma disputa agonística entre blocos, um que é hegemônico e outro que é não hegemônico. O recente movimento autoritarista supera essa perspectiva de divisão bipolar da política e intenta a ultrapassagem desse modelo para outros sistemas sociais.

de um único poder central, em contraposição ao modelo liberal de freios e contrapesos, reduz o controle por tribunais independentes, que passam a ser meros apêndices do sistema majoritário.

Na medida em que se aceita assolar a independência do Poder Judiciário, o que se faz é converter uma lógica de neutralidade desse sistema, para submetê-lo à racionalidade que é própria da democracia e não do direito, ou seja, a uma racionalidade da *situação/oposição* partidária. Nesse sentido, pretende-se uma transposição do eixo central de funcionamento do sistema de justiça, que se funda na igualdade normativa, para uma outra espécie de *performance*, que é a da disputa do poder.

A primeira das espécies de crise constitucional listada por Balkin<sup>18</sup> ocorre quando políticos anunciam que não vão obedecer à Constituição. Isso porque, no sistema político regular, as autoridades supostamente devem acatar as ordens judiciais que lhes forem direcionadas, ainda que considerem o julgamento incorreto, em outras palavras, mesmo quando os julgamentos sejam contrários à sua posição de poder.

Quando as autoridades se negam a jogar dentro das regras do Estado de Direito, há uma falência constitucional, porque isso representa o afastamento das normas que garantem um mínimo de igualdade e justiça no jogo político e em tudo o mais. Sobreleva-se apenas a lógica do poder e mina-se a distinção funcional entre justiça e democracia.

Não se pode afirmar que todos os exemplos de movimentos autoritaristas implicaram crises constitucionais, o que seria uma generalização imprecisa. Todavia, a pretensão do discurso autoritário de minimizar importância ao sistema de justiça e de permitir o entrenchamento político de aliados ideológicos nesse *locus* transmuda a lógica normativa do sistema e é um ataque ao constitucionalismo.

Relativamente à democracia, o discurso autoritário apresenta uma ilusória radicalidade democrática, inculcando a ideia de que o poder executado apenas a partir da lógica da democracia trará a solução para os problemas da sociedade.

Trata-se de uma perspectiva decisionista que pressupõe a concentração do poder (e da justiça) nas mãos de uma liderança eleita e que enaltece o sistema majoritário como única e melhor diretriz de todo o funcionamento estatal. A espinha dorsal dessa perspectiva é informada pela lógica adversarial característica de uma disputa entre oponentes em eleições (*situação/oposição*).

Sobre esse ponto, a disfunção do discurso autoritarista não está na valorização do sistema eleitoral para a democracia, tampouco na admissão de sua natureza adversarial. Certamente, a clássica visão liberal da democracia como espaço de consenso racional ignora

---

<sup>18</sup> BALKIN, Jack M. **Constitucional crisis and constitucional rot**. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6161&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6161&context=fss_papers). Acesso em 03 fev. 2021.

múltiplas relações de conflitualidade que são reais e latentes e até mesmo indispensáveis para a formação de coletivos.

Na verdade, o problema dessa pauta está em propor que o modelo binomial de opostos – que pauta as eleições – tire a democracia. Assim, a complicação está em domesticar todas as outras dimensões do sistema democrático e em abafar qualquer tentativa de influência das demais lógicas normativas no sistema político.

Assim, da mesma forma que a democracia não deve escravizar a justiça com suas formas de produzir o poder, não pode se fechar à normatividade de outros sistemas. Como pontua Balkin,<sup>19</sup> as democracias dependem de um sentido de normatividade que garanta o bom funcionamento das instituições no balanço do poder e controle as ambições de políticos que exageram em seus projetos pessoais. Deve subsistir um valor moral que assegure a cooperação entre oponentes e facções políticas, mesmo quando discordam fortemente sobre como governar o país. Logo, o problema do autoritarismo é também subjugar a influência da moral no sistema da democracia.

Sob a ótica de um referencial estruturalista, o que faz o discurso autoritarista é, de um lado, corromper o sistema de justiça a ponto de mudar a sua lógica de funcionamento para permitir ganhos políticos rápidos em detrimento da igualdade normativa constitucional. De outro lado, é isolar o sistema da democracia da influência salutar de outras lógicas que não sejam a rivalidade.

Em relação a isso, é pertinente situar como a questão binomial da oposição entre “pessoas de igual valor” ou “pessoas de diferente valor” se insere na lógica estrutural de justiça e democracia e guarda correlação com a ideia de igualdade pela simples condição humana e com a ameaça de crise do constitucionalismo.

A compreensão da realidade do mundo a partir de dicotomias teve início com a virada linguística do estruturalismo de Ferdinand de Saussure.<sup>20</sup> Segundo a teoria estruturalista, o comportamento humano e social é determinado por um sistema permanente e universal que se baseia na linguagem e opera com *signos* e *significantes* a partir das suas relações de equivalência e oposição.

Nessa concepção, o signo linguístico corresponde a dois aspectos: o *significante* (acústica da fala) e o *significado* (imagem conceitual derivada – representação mental de uma ideia). Por sua vez, os signos linguísticos se formam a partir de uma relação diferencial negativa dentro da linguagem, ou seja, um signo é aquilo que os outros não são.

---

<sup>19</sup> BALKIN, Jack M. **Constitucional Crisis and Constitucional Rot**. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6161&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6161&context=fss_papers). Acesso em 03 fev. 2021.

<sup>20</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Editora Cultrix, 1916.

Resumidamente, Saussure dissociou a fala da linguagem e entendeu esta última como um sistema de conceitos (signos) que se opõem uns aos outros. Tal sistema seria homogêneo, universalmente internalizado e determinante do comportamento humano. Ele também dividiu a linguística em sincrônica (aspecto estático) e diacrônica (aspecto evolucionista) e propôs que a língua deve ser abordada no aspecto sincrônico e, portanto, perene, sugerindo que o que muda com o tempo não é a estrutura da linguagem – que é transcendental e involuntária –, mas apenas seus elementos.

O estruturalismo recebeu sucessiva absorção por autores como Levi Strauss (antropologia) e Lacan<sup>21</sup> (psicologia), além dos desdobramentos de Foucault<sup>22</sup> e das críticas pós-estruturalistas de Judith Butler,<sup>23</sup> esta última na questão do gênero. Em que pese contradizer o evolucionismo e afirmar a homogeneidade das sociedades, o estruturalismo reafirma o fatalismo da lógica binária de funcionamento social, o que eterniza os sentidos de *igualdades/diferenças* supostamente determinantes do comportamento humano e suas correlatas formas de hierarquização.

Algumas produções teóricas sofreram forte influência do estruturalismo, tanto para incorporar parte de suas ideias como para criticá-las. Foucault fará parte do conjunto de autores que propõem a superação do estruturalismo conservador. Em sua obra<sup>24</sup> buscará desvendar as racionalidades dos discursos e os mecanismos da produção do que é tido como a verdade para explicar como as lógicas binárias subjacentes ao biopoder reproduzem a dominação.

Diferentemente dos estruturalistas, Foucault reconhece a força impositiva das dicotomias, mas acredita que é possível mudá-la. Seja como for, as objeções pós-estruturalistas contestam a lógica binária de opostos (homem vs. mulher, pobre vs. rico, branco vs. negros ou heterossexuais vs. homossexuais) como um mecanismo de domínio na produção do saber e do poder a partir da classificação de pessoas.

A desavença entre estruturalistas e pós-estruturalistas é teoricamente densa, mas aqui interessa especificamente uma abordagem que leva em conta a identificação das

---

<sup>21</sup> Lacan se utiliza de um referencial estruturalista para desenvolver a ideia do inconsciente a partir de uma linguística estrutural e explicar o desconforto dos desejos humanos quando incompatíveis com as tais estruturas inconscientes. Sobre o tema vide: FERREIRA, Nadiá Paulo. Jacques Lacan: apropriação e subversão da linguística. *Ágora*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 113-131, jun. 2002; VICENZI, Eduardo. Psicanálise e linguística estrutural: as relações entre as concepções de linguagem e de significação de Saussure e Lacan. *Ágora*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 27-40, jun. 2009.

<sup>22</sup> MASARO, Leonardo. Reconciliação com a história: Foucault do estruturalismo ou ao pós-estruturalismo. *Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea*, Brasília, v. 6, n.1, p. 379-400, jul. 2018.

<sup>23</sup> BUTLHER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

<sup>24</sup> FOUCAULT, M. *A ordem do discurso*. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1999; FOUCAULT, M. *A arqueologia do saber*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

lógicas binárias diferenciais de funcionamento dos dois sistemas sociais que são baluartes do constitucionalismo: o sistema da justiça e o sistema da democracia.

Ainda que a diferenciação funcional entre a *política* e o *direito* tenha origem na modernidade, o contexto da crise do liberalismo que antecedeu a Segunda Guerra Mundial<sup>25</sup> trouxe à tona esse debate, por conta da superveniente onda de totalitarismo e autoritarismo que desencadeou.

Naquele tempo histórico, sucumbiu a separação entre o *político* e o *jurídico*, em uma evidente crise do constitucionalismo: o totalitarismo impôs uma única lógica para todos os sistemas sociais, assolando qualquer outra forma de diferenciação/reprodução.

Sob a visão do estruturalismo e segundo a teoria de sistemas de Luhmann,<sup>26</sup> cada sistema social funciona em uma determinada lógica binomial de opostos e tende a se reproduzir internamente somente a partir dessa lógica linguística que lhe é central. É o que se denomina *autopoiese*, melhor dizendo, a condição de um sistema de se autoreproduzir em sua própria lógica e a partir da comunicação dentro de um sistema fechado.

No entanto, a teoria geral dos sistemas admite que o corpo social é composto por um conjunto de sistemas de lógicas diversas que coexistem e acabam se influenciando reciprocamente. Segundo o conceito do acoplamento estrutural, a interação entre sistemas ocorre quando os homens, pela comunicação, inserem uma outra lógica dentro de um sistema social, causando-lhe uma irritação e alterando seus direcionamentos.

Para os estruturalistas deterministas, as irritações do acoplamento estrutural não têm o condão de transmudar a lógica de seu funcionamento, mas apenas representam uma possibilidade de influxo pela condição de diferença (multiplicidade) do outro. Conforme a teoria dos sistemas, se houver total mudança da lógica de um sistema pela invasão de outro, isso representa a sua corrupção. Esse é um ponto de vista sincrônico.

Particularmente, a crítica de Foucault está correta no sentido de dar algum crédito ao indeterminismo: as estruturas de igualdade e diferença podem (e até devem) mudar suas lógicas em razão de interferências do direito, da democracia ou das microrrelações do biopoder.

No entanto, de qualquer ângulo, a abertura dos sistemas para a inspiração pluralista de outras lógicas parece atualmente aceita entre estruturalistas ou pós-estruturalistas. De igual modo, há certa concordância no sentido de que os sistemas não devem funcionar todos sob uma única lógica dicotômica.

---

<sup>25</sup> GENTILE, Fábio. Entre nacionalismo, fascismo e autoritarismo: elementos para uma análise comparativa para a ideia de nação na Itália e no Brasil entre as duas Guerras Mundiais. **Cadernos Cedec**, n. 96, 2011.

<sup>26</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Petrópolis: Editora Vozes, 2016.

Aliás, a coexistência e lógicas plurais é a diretriz fundante do constitucionalismo, em referência à separação de poderes, porque admite a convivência de sistemas de poder e direito com lógicas diversas; e também na proteção de direitos individuais, porque equilibra espaços do indivíduo em frente ao coletivo.

Lembrando um pouco o passado, um dos momentos mais marcantes da opressão e desumanidade – que ocorreu sob o manto dos governos totalitários – pressupôs, como característica muito própria, o denominado domínio total: “[...] o domínio total é a única forma de governo com a qual não é possível coexistir”.<sup>27</sup>

O totalitarismo baseava-se na substituição da solidariedade social pela homogeneidade da massa que, por sua vez, era definida exclusivamente pelo critério binomial de inclusão/exclusão do amigo vs. inimigo. Naquela experiência, reduziram-se todas as dimensões sociais – de todos os sistemas – a uma lógica política policialesca.

Tratou-se da exarcebação realística e da tirania da dicotomia situação vs. oposição em todos os âmbitos da vida, castrando-se os sentidos de inclusão e de identidade a uma só faceta. Tristemente, “[...] os membros fanatizados eram intangíveis pela experiência e pelo argumento; a identificação com o movimento e o conformismo total parecem ter destruído a própria capacidade de sentir, mesmo que seja algo tão extremo como a tortura ou o medo da morte”.<sup>28</sup>

Decerto, a discussão teórica sobre crises do constitucionalismo – antigas ou atuais – tem a ver com a autonomia e prevalência entres os sistemas *jurídico* e *político*. Nesse campo, foi Kelsen que propôs a primazia do *direito* sobre o *poder*. Depois, foi emblematicamente contrastado por Carl Smith para reafirmar o império do sistema *político* sobre o *jurídico*.<sup>29</sup>

A Teoria Pura do Direito de Kelsen<sup>30</sup> concebe o direito como um sistema autônomo e, ao mesmo tempo, intrinsecamente constitutivo do Estado. É o próprio *direito* que constitui o *Estado* e não prévias ficções sobre a vontade geral, como dizem as teorias do contrato social. Para ele, a ordem jurídica normativa seria fundadora de todo poder político estatal. Trata-se de uma teoria que define a primazia do *direito* sobre a *política*.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> ARENDT, Hanna. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 420.

<sup>28</sup> ARENDT, Hanna. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo, op. cit., p. 436.

<sup>29</sup> Sobre o tema, vide GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 265-273.

<sup>30</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>31</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 252-265.

A oposição teórica a Kelsen e à sua ideia de prevalência do *direito* sobre o *poder* será feita por Schmitt,<sup>32</sup> em sua perspectiva decisionista da Constituição. Segundo ele, as abstrações sobre a prevalência normativa da ordem jurídica assolapam a vontade do sujeito concreto – que é o povo de uma nação –, este, sim, o real detentor do poder, independentemente de qualquer pressuposto normativo fundante.<sup>33</sup>

As concepções decisionistas schmittianas pressupõem que o governo não é da lei, mas da nação e de seu povo, que decide em qualquer situação sem a escravidão pela norma. Desse modo, a vontade política do povo (majoritária) precede o direito e vale para a efetividade de seus objetivos, sejam estes quais forem e mesmo em situações excepcionais. Por conseguinte, a soberania pode desativar o direito, se assim desejar.

Um ponto central da teoria decisionista é propriamente o conceito do *político*. Schmitt considera o fenômeno político sob a ótica exclusiva do conflito entre dois grupamentos humanos diferenciados no binômio amigo-inimigo. O poder soberano estaria atrelado à definição sobre quem integra um ou outro agrupamento e essa diferenciação seria a principal condição para a existência de um povo como unidade política.<sup>34</sup>

O estruturalismo está no cerne da teoria decisionista, uma vez que não apenas a definição conceitual do político se cinge à dicotomia amigo vs. inimigo, como também afasta outras oposições de sentido existencial que poderiam influenciar a definição dos polos do conflito, a exemplo do fanatismo religioso.

Schmitt exclui a possibilidade de inclusão de questões existenciais no binômio do amigo vs. inimigo, que se cinge ao pertencimento a uma ou outra comunidade política hostil e independente de outras razões existenciais. Uma vez definido o critério, a diferenciação estaria posta “[...] não mais como um âmbito de coisas, mas como o mais extremo grau de intensidade de uma associação ou dissociação”.<sup>35</sup>

As figuras do domínio total ou do bipolar conceito do político possuem a fisionomia de um tempo passado, cujo semblante não mais se verá. Singularmente, essa aparência de ultrapassagem é real. Ainda que haja retrocesso dos níveis de civilidade alcançados no curso da história, a marca do individualismo neoliberal pesa bastante na balança e é difícil acreditar que o organicismo a supere facilmente.

Contudo, malgrado o banimento do fantasma do terror, acontecimentos recentes jogam lenha em algumas fogueiras adormecidas. Para trazer um exemplo próximo, o processo de bipolaridade política que se instalou no Brasil a partir da candidatura do

---

<sup>32</sup> SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Lisboa: Edições 70, 2019.

<sup>33</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**, op. cit., p. 252-265.

<sup>34</sup> FRANCO DE SÁ, Alexandre. Introdução. In: SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Lisboa: Edições 70, 2019, p. 11.

<sup>35</sup> FRANCO DE SÁ, Alexandre. Introdução. In: SCHMITT, Carl. **O conceito do político**, op. cit., p. 16.



presidente Bolsonaro acarretou uma divisão tão intensa no sistema político que as dicotomias ali geradas procriaram afetos e desafetos em outros âmbitos identitários.

Eis que, neste tempo presente, uma acirrada dicotomia entre lados políticos produziu desentendimentos familiares, mágoas entre novos e velhos amigos, rixa, cisão e disputa em recintos que não são típicos do político. O impacto da inimizade política rasgou até texturas que são ordinariamente habitadas pelo cuidado e pelo afeto.

Essa rivalidade binomial, que ora é real e consistente, ora é fabricada pelas *fake news*, causou muitos danos em terrenos variados da inclusão e do reconhecimento. Por um flanco, ela é capaz de devastar a civilidade a partir do despudor para o enfrentamento do outro pelo insulto, pela ofensa, pela injúria ou pela humilhação. Em outra banda, essa intemperança em face do opositor alija racionalidades e inviabiliza entendimentos, o que acontece proporcionalmente à redução do paradigma de comunicação à ideia do amigo vs. inimigo que oblitera respeito, autocrítica e compreensão.

É interessante notar como essa unicidade de lógicas em torno do sistema político é incoerente no seu próprio berço. Nascida na casa da política, nem sempre a relação situação vs. oposição expressa pureza de posições ideológicas.

Vale lembrar que, apesar do hipotético abismo filosófico entre uma extrema direita nazista e um comunismo bolchevique, “[...] o único homem pelo qual Hitler sentia ‘respeito incondicional’ era ‘Stalin, o gênio’ e [...] também Stálin só confiava num homem, e que esse homem era Hitler”.<sup>36</sup> Para mais, o populismo de direita neoliberal arranhou um casamento quase imprevisível entre as pautas do mercado e de afirmação de identidades. Isso faz pensar como, às vezes, um único elo de identidade engole muitas outras agendas.

Ora, a proposta de predomínio ou quase exclusividade da lógica do amigo vs. inimigo nos sistemas de justiça e de democracia implica uma severa disfunção estrutural nesses sistemas e é um sintoma de crise do constitucionalismo.

Com referência ao sistema de justiça, o que o autoritarismo faz é extirpar a noção de neutralidade das instituições, para aventar que esse sistema seja informado pelo agrupamento amigo-inimigo, assim como pretende que seja o sistema de poder. Dessa maneira, cogita um modelo de lógica total dirigida pelo sistema político e corrompe definitivamente as estruturas do sistema de justiça, usualmente dirigido pela norma e pelo valor.

Se isso acontecer, já não se pode falar em justiça, porque a lógica adversarial não funciona por impulsos de igualdade normativa. A justiça pressupõe a igualdade pela condição humana e uma certa porção de universalidade que assegure a igualdade

---

<sup>36</sup> ARENDT, Hanna. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 437.

normativa como ponto de partida. Ademais, a justiça também demanda redistribuição e reconhecimento, que é seu núcleo axiológico.

No tocante à democracia, a tirania da lógica adversarial é paradoxal. Se a democracia passa a ser entendida como resultante e um conflito de polarização política, emerge a possibilidade de que um grupo político (situação) tome o poder, e esse poder é o de definir quem integra o grupo do amigo vs. inimigo fora do Estado, mas também dentro do próprio Estado.

Dessa forma, quando há bipolaridade interna da política, os agrupamentos de amigos vs. inimigos representam uma fratura intrínseca e existe o perigo de ruptura com a unidade política interna de um povo. Se isso acontecer, já não se pode sequer falar em democracia, porque haveria um déficit de povo soberano.

Por isso a soberania em si pressupõe uma certa dose de igualdade como elemento de reprodução do próprio sistema democrático. Ainda que divergentes os grupos de situação e oposição, é pressuposto da autonomia política que haja igualdade, respeito e consideração. A soberania subentende que as pessoas se vejam como iguais integrantes de uma comunidade política, assim como é dedutivo da justiça que elas se vejam como iguais em condição humana e direito à dignidade.

De todas as consequências dos atuais discursos autoritários, portanto, o visível desejo de quebra da igualdade pela condição humana talvez seja um dos mais graves sintomas de crise do constitucionalismo.

Por mais óbvio que possa parecer, a condição humana é o elo mais forte de harmonia entre as estruturas sociais. É o valor intrínseco que põe freio à irracionalidade da lógica de “uns contra os outros”. É também o que permite a comunicação entre iguais e, dessa forma, abre espaço para a influência recíproca de valores.

A condição humana consiste precisamente naquele valor que integra estruturas e abre espaço para que em algum momento elas não conversem como opostos. Talvez seja possível transformar as lógicas estruturais de dominação e opressão, talvez elas não sejam eternas e fatalistas como acreditou o estruturalismo. Em algum momento, diferenças podem ser vistas no colorido do pluralismo democrático em um cenário de base universal. Não nos esqueçamos, contudo, de que essa base é a condição humana e, nesse campo, não há adversários.

Em síntese, a crise do constitucionalismo, revela um perigoso desvio da igualdade como valor universal. A tirania da lógica adversarial, aliada à busca por um constitucionalismo iliberal, compromete não apenas a autonomia do poder judiciário, mas mina a própria essência da democracia. O desafio reside em preservar a condição humana como a base inalienável que conecta estruturas sociais diversas, mantendo a igualdade como elemento essencial na busca por uma ordem constitucional justa e equitativa, que

poderá, a partir desses fundamentos, construir uma sólida base para uma adequada incorporação e compreensão do dado pessoal como bem jurídico.

### 3 O dado pessoal como bem jurídico: dimensões do ter e do ser

De modo mais geral, uma das ideias de *bem* se liga à simples compreensão de um interesse, de algo que possa ter valor para o indivíduo ou para a comunidade, seja conversível em pecúnia ou não, corpóreo ou incorpóreo, mensurável ou incomensurável.

No dicionário, bem é aquilo que causa alegria e felicidade;<sup>37</sup> tudo aquilo que gera benefício, vantagem, alívio e bem-estar.<sup>38</sup> Definiu De Plácido e Silva,<sup>39</sup> no seu vocabulário jurídico, que a palavra *bens* tem origem “[...] de *bem*, do latim bene, é empregada na acepção de *utilidade, riqueza, prosperidade*”. Pode-se dizer que, em sentido amplo, qualquer coisa que seja importante para a pessoa humana é um bem.

De Plácido e Silva faz uma distinção entre bens e coisas, compreendendo como bens apenas as coisas que sejam apropriadas, corpóreas ou incorpóreas. Ele entende que também os direitos seriam bens, como os direitos autorais, por exemplo. “Toda *coisa*, todo *direito*, toda *obrigação*, enfim, qualquer *elemento material* ou *imaterial*, representando uma riqueza, integrado ao patrimônio de alguém e passível de apreciação monetária, pode ser designado como *bens*”.

A antiga distinção sobre coisas e bens remete ao conceito mais usual do bem no seu sentido jurídico, que seria a coisa corpórea ou incorpórea, de ordem econômica ou moral, passível de apropriação legal, propriedade, domínio ou posse de alguém.<sup>40</sup>

O costumeado uso do verbete *bem jurídico* qualifica o conceito mais genérico de interesse como um interesse suscetível de apropriação, ou seja, um pertencimento a um titular que lhe garanta oponibilidade em frente a outros sujeitos que lhe agreguem o elemento do valor econômico. Logo, o conceito original de bem jurídico o inseriu em relações jurídicas de direitos e obrigações ligadas à propriedade.

Não é objetivo deste texto solucionar todas as profundas questões teóricas que giram em torno do conceito de bens e de bens jurídicos. Importante agora é fixar certas premissas para associar a pauta dos dados pessoais a noções apropriadas de direito civil e coerentes com o constitucionalismo contemporâneo.

O dado pessoal é um *bem* porque possui valor e desperta o interesse. A natureza jurídica desse bem é sempre um *bem jurídico*, porque projeta e é objeto de direitos e

<sup>37</sup> Disponível em: <https://www.dicio.com.br/aurelio-2/>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2023.

<sup>38</sup> Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=bem>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2023.

<sup>39</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. I e II, p. 301.

<sup>40</sup> Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=bem>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2023.

obrigações entre sujeitos singulares e coletivos. Dados pessoais são, desde suas origens, titularizados pelas pessoas naturais às quais se ligam intrinsecamente ou às quais se referem e, singela e originariamente, à pessoa natural que é considerada seu titular.

A questão da titularidade do dado pessoal é bastante complexa e deve ser um assunto para depois. Não há como avançar, contudo, sem fixar a premissa de que o dado pessoal é um *bem jurídico*. Assim sendo, será objeto de relações jurídicas entre os seus possíveis titulares, terceiros e o próprio Estado.

Muitas complicações teóricas estão postas porque as coisas não se resolvem tão facilmente com a afirmação de que a pessoa natural é a titular dos seus dados pessoais. Nem sempre o dado é apropriado apenas pela pessoa titular a que se refere, porque pode ser objeto de relações jurídicas geradoras de direitos a terceiros. Tampouco é correto dizer que as informações relativas a alguém inequivocamente lhe são atribuíveis. Às vezes são fruto de registros inverídicos; às vezes meramente se apresentam como a opinião de outro sobre o sujeito titular; e outras vezes simplesmente se transformam com o tempo ou pela vontade do próprio sujeito.

Como exemplo dessas imbricações, está a discussão sobre a proteção de dados pessoais em coletas censitárias na Alemanha. Em 1984, a Corte Constitucional alemã já havia declarado inconstitucional um censo pretendido pelo governo.<sup>41</sup>

Naquela ocasião, os dados deveriam ser coletados em questionários, sob a supervisão das autoridades locais e inexistiam restrições para usos apenas estatísticos, porém a Suprema Corte alemã considerou inconstitucional a transferência de dados entre autoridades, porque estavam obscuros os limites entre os fins estatísticos anônimos e o processamento dos dados por esses atores.

O julgamento deu conformidade ao direito da autodeterminação informacional, sob a premissa de que, se as intervenções em direitos fundamentais forem consideradas necessárias, os cidadãos deverão ser colocados em uma posição em que possam avaliar os riscos para sua personalidade relacionados com o processamento de seus dados pessoais.<sup>42</sup>

Após o precedente, a Alemanha (Censo 2011) adotou um método misto que coleta dados de várias fontes, combinando pesquisas por amostra de questionário com dados dos

---

<sup>41</sup> Sobre a “*Mikrozensus-Decision*” (*Bundesverfassungsgericht*), vide: HORNUNG, Gerrit; SCHNABEL, Christoph Schnabel. Data protection in Germany I: the population census decision and the right to informational self-determination. *Computer Law & Security Report*, v. 25, Issue 1, p. 84-88, 2009.

<sup>42</sup> HORNUNG, Gerrit; SCHNABEL, Christoph Schnabel. Data protection in Germany I: the population census decision and the right to informational self-determination. *Computer Law & Security Report*, v. 25, Issue 1, p. 84-88, 2009.

registros administrativos diversos, que contêm informações inseridas por autodeclaração dos cidadãos.<sup>43</sup>

Ao lado do debate sobre a titularidade e autodeterminação do dado pessoal, discute-se frequentemente a qual espécie de bens pertence o dado pessoal. Em geral se atribui a qualquer tipo de *bem jurídico* uma a valoração econômica. Em abstrato, o dado pessoal pode ter uma repercussão econômica mensurável, mas isso não precisa necessariamente acontecer e a sua proteção não depende do valor que possa expressar monetariamente.

É assim porque o bem jurídico do dado pessoal é um dos principais objetos da relação de direitos e obrigações decorrentes, em primeiro plano, da *personalidade* e não da *propriedade*. Trata-se de uma virada referencial: dados pessoais deixam de ser vistos como propriedade e passam a congregar uma essência de personalidade para mais da sua concepção patrimonial, adquirindo uma dimensão de dignidade humana.

A associação do dado pessoal como parte do patrimônio ou da identidade do seu titular conduz a maiores consequências do que se pode imaginar a princípio. A confusão acontece porque é razoavelmente recente a teorização da categoria dos direitos de personalidade.<sup>44</sup>

No contexto da modernidade, em que surgem as primeiras discussões de direitos fundamentais, pulsavam o individualismo e a necessidade de afirmar direitos como trunfos do indivíduo (da pessoa) como limitadores do poder estatal. Como a burguesia era a principal titular das reivindicações de afirmação de direitos individuais, a propriedade aparece na história da afirmação de direitos fundamentais com uma forte preeminência.

As filosofias do individualismo, do antropocentrismo e das liberdades fizeram ecoar a centralidade da figura da “pessoa natural titular de direitos individuais”. A personalidade, nesse paradigma, liga-se à titularidade de direitos: a pessoa é o titular do direito. Por sua vez, o bem jurídico associa-se ao objeto do direito. A concepção de personalidade misturava-se à condição de pessoa natural na acepção de sua condição de “sujeito de direito,” titular do bem jurídico, o seu objeto.

Foi natural que a teoria do direito se estabelecesse a partir dessas premissas de sujeito-objeto que eram aplicáveis à proteção da propriedade e, em razão disso, as primeiras teorias sobre o direito de personalidade negaram-lhe inclusão na categoria de

---

<sup>43</sup> Alemanha inicia primeiro recenseamento desde a reunificação. **DW Brasil**. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/alemanha-inicia-primeiro-recenseamento-desde-a-reunificacao/a-15059706>. Acesso em: 19 jun. 2020.

<sup>44</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**, 1999. Disponível em: [https://www.academia.edu/31740015/A\\_tutela\\_da\\_personalidade\\_no\\_ordenamento\\_civil\\_constitucional\\_brasileiro](https://www.academia.edu/31740015/A_tutela_da_personalidade_no_ordenamento_civil_constitucional_brasileiro). Acesso em: 14 de fev. de 2023.

direitos, por entenderem que a personalidade não poderia, ao mesmo tempo, ocupar a posição de sujeito e de objeto da relação jurídica.

Nesse esquema, as teorias negativistas refutaram a categoria dos direitos da personalidade, compreendendo que a *personalidade* se identificava com a *titularidade* de direitos e que a simultaneidade de posições sujeito-objeto implicava uma contradição lógica. Portanto, para os negativistas, o direito subjetivo somente era factível em relação a bens jurídicos relativos ao *ter* e não ao *ser*.<sup>45</sup>

As teorias negativistas não prosperaram. Conforme Tepedino,<sup>46</sup> o ataque de seus críticos foi precisamente à noção de que personalidade não poderia ocupar simultaneamente as posições de sujeito e de objeto das relações jurídicas. Em verdade, não há nenhum contrassenso na admissão de que a personalidade tem dois sentidos.

O primeiro sentido de personalidade é o tradicional ligado à titularidade do direito: “[...] é o ponto de vista estrutural (atinente à estrutura das situações jurídicas subjetivas), em que a pessoa, tomada em sua subjetividade, identifica-se como o elemento subjetivo das situações jurídicas”.<sup>47</sup> O segundo sentido é igualmente possível e não exclui o primeiro: “[...] tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico”.<sup>48</sup>

Em razão desses avanços, a personalidade passou a ser vista sob o prisma dúplice e majoritariamente aceita a sua inserção na categoria de direitos subjetivos. Assim pacificados, bens jurídicos podem integrar o patrimônio, mas podem também integrar a personalidade, como seus atributos: a honra, a imagem, o nome, a identidade e, quiçá, o caráter e os sentimentos etc.

Os atributos da personalidade humana são bens jurídicos, bem como o são os dados pessoais. Porém, essa perspectiva objetiva é inseparável da subjetiva. Essa indissociabilidade diz respeito à dignidade e à perspectiva do valor intrínseco da pessoa

---

<sup>45</sup> Segundo a famosa construção de Savigny, a admissão dos direitos da personalidade levaria à legitimação do suicídio ou da automutilação. Também é eloquente a objeção formulada por Jelinek, para quem a vida, a saúde e a honra não se enquadrariam na categoria do *ter*, mas do *ser*, o que os tornaria incompatíveis com a noção de direito subjetivo, predisposto à tutela das relações patrimoniais e, em particular, do domínio. (TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**, op. cit.).

<sup>46</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**, op. cit., p. 3.

<sup>47</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**, op. cit., p. 4.

<sup>48</sup> “A distinção entre os conceitos de personalidade como objeto e como sujeito de direitos é clarificada pelo Código Civil Português, a partir da análise do art. 70, I, que estabelece a tutela geral da ‘personalidade física ou moral’ dos indivíduos, assim considerada, pela doutrina, como ‘os bens inerentes à própria materialidade e espiritualidade de cada homem’” (TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**, op. cit., p. 4).

humana e afasta qualquer chance de que pessoas (com seus atributos de personalidade) sejam vistas apenas como objetos e não como sujeitos.

Alguns dados pessoais são caracteres que externalizam os atributos da personalidade; outros são elementos de referência que situam o sujeito na sua mundialidade. Há, ainda, os que consistem em categorizações externas que afetam inclusões ou exclusões das pessoas em diversos sistemas. Todos os dados pessoais são, de uma forma ou de outra, bens jurídicos passíveis de ser *objeto* de relações jurídicas, sempre gerando, na outra face da moeda, uma titularidade *subjéctiva*.

Fixada a premissa de que os dados pessoais são *bens jurídicos* e objetos de relações jurídicas, a questão que se propõe analisar é: qual a relação da proteção do dado pessoal com a crise do constitucionalismo?

#### 4 Dados pessoais e a dimensão do agir: sintoma de crise do constitucionalismo?

Para além das dimensões do ter, os dados pessoais são um bem jurídico inerente à *condição da pessoa humana* e igualmente valorado a partir de sua potência existencial.

Em verdade, dados pessoais são referências na efetivação de todas as dimensões de direitos fundamentais. Vencidas as teorias negativistas, o direito de personalidade afirmou-se como direito subjéctivo: “[...] a personalidade é o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico”.<sup>49</sup>

Para Tepedino,<sup>50</sup> compreendem-se, sob a denominação de direitos de personalidade, os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade, em ambos os aspectos inerentes ao ser humano: a existência como indivíduo e como partícipe do consórcio humano.

Seguramente, a desvinculação da proteção do dado pessoal da sua repercussão econômica não elide as realidades em que essa espécie de valor se apresenta. Ainda que o dado pessoal seja essencialmente existencial, interage com repercussões de propriedade e, portanto, de produção ou exploração. Logo, transita intensamente nos sistemas de mercado (ter/não ter) e nos de seus decorrentes *status* (ser/não ser).

Mais do que isso, os dados pessoais são a extroversão de nossas classificações binomiais: definem (ou são ao menos imagem) o que “somos” e o que “não somos”, o que “temos” ou o que “não temos”.

---

<sup>49</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**, op. cit., p. 4.

<sup>50</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**, op. cit., p. 2.

Nos formulários de dados pessoais, divulga-se para o mundo a qualidade de pessoas que, iguais na condição humana, são diferentes em tudo o mais: raça, cor, religião, gênero, profissão, estado civil, residência, nacionalidade etc. Consequentemente, dados pessoais definem as dicotomias que regulam a estrutura dos sistemas sociais.

Para exemplificar, a partir de informações de nossa cor, temos ou não direito a cotas raciais; se somos homens ou mulheres, o mercado nos reserva oportunidades diversas; se somos pessoas com doenças preexistentes, somos indesejáveis em planos de saúde; se ganhamos até determinada faixa de renda, teríamos ou não direito ao auxílio emergencial durante a pandemia COVID-19 etc.

Sumarizando esse ponto, dados pessoais são potência ou submissão de *ser* e de *ter*: reúnem ou afastam, enaltecem ou inferiorizam. Tudo isso acontece entre os temperos da representação social de forma muito labiríntica, mas certamente são os dados pessoais que classificam as pessoas e, de certa forma, as impelem a um lugar estrutural, seja ele bom, seja ruim, justo ou injusto.

Sendo assim, o domínio sobre o conjunto de dados pessoais é provocativo em relação a liberdades e igualdades. A partir disso, subentende-se a proximidade deste tema a um dos núcleos do constitucionalismo: a proteção dos direitos fundamentais.

Inexoravelmente, o direito à autodeterminação informativa, em sua perspectiva de propriedade ou personalidade, impacta o constitucionalismo. Disso não há dúvidas. Todavia, conquanto evidente a grandeza do enfoque da proteção de dados em relação ao *ser* e ao *ter*, pode-se ir além para falar da crise do constitucionalismo. Não apenas dados pessoais definem o *ser/não ser* e o *ter/não ter*. Também podem definir o *agir/não agir*.

Arendt<sup>51</sup> escreveu sobre a fenomenologia das atividades humanas que compõem a vida ativa. Além das atividades da vida biológica, listou o trabalho, a obra e a ação como essenciais e intrínsecas à condição humana.

Enquanto a vida biológica diz respeito às necessidades corporais do ser humano, “[...] a atividade do trabalho é compreendida como o metabolismo do homem com a natureza e visa à subsistência da vida de cada indivíduo”.<sup>52</sup> É por meio dele que os homens aproximam esforço e gratificação, pela fórmula da produção e consumo. Esse processo é capaz de causar felicidade.

A seu turno, a obra ou fabricação é a atividade que corresponde à dimensão da existência humana que requer a existência de coisas duráveis. Em contraposição à vida

---

<sup>51</sup> ARENDT, H. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

<sup>52</sup> ARENDT, H. **A condição humana**. op. cit., p. XXVII.



biológica, trata-se da forma de reconhecer vidas individuais e não apenas a vida da espécie.<sup>53</sup>

A vida biológica diz respeito a uma esfera da personalidade do ser (liberdade existencial), porque carrega consigo nossos desejos e emoções da dimensão física e corporal em um sentido de privacidade e intimidade. No que lhe toca, o trabalho é uma expressão do ter (igualdade material), na medida em que viabiliza a satisfação pelo consumo e pelo conforto. É entendido como a retribuição material ao esforço laboral (físico ou intelectual).

Finalmente, a obra conjuga as dimensões do ter e do ser, porque é ao mesmo tempo um reflexo da produção de um artifício para o mundo (de ter e não apenas para si) e uma forma de reconhecimento individual (de ser).

Nenhuma dessas dimensões é monista em relação a *ter* e *ser* e tampouco são elas capazes, isoladamente ou mesmo conjugadas, de satisfazer plenamente a condição humana. Arendt<sup>54</sup> está certa quando diz que apenas a ação pode completar a substância da humanidade.

A ação humana é atividade essencialmente política, que se revela no discurso e na ação. É aquilo que os seres humanos são capazes de fazer para implementar uma mudança de mundo, de valor ou de práticas. Assim, “[...] agir, sem seu sentido mais geral, significa tomar iniciativa, iniciar (como indica a palavra grega *archein*), começar, conduzir e, finalmente, governar, imprimir movimento a alguma coisa (que o significado do termo latino *agere*)”.<sup>55</sup>

As ações humanas são, enfim, precisamente aquelas que definem a igualdade do homem na sua condição de humanidade, porque representam potência de comunicação entre iguais, ainda que esses iguais sejam distintos em outros aspectos (no que pensam, no que possuem ou em outras características).

Nesse sentido, é a ação humana que, por essência, permite interferências numa ambiência sistêmica em que coexistem lógicas diversas, mas que falam entre si. Trata-se do elo entre o singular e o plural “[...] a pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto de igualdade e distinção”.<sup>56</sup> Para Arendt,<sup>57</sup> se os homens não fossem iguais, não poderiam se compreender uns aos outros e nem fazer planos para o futuro. Se não fossem diferentes, não precisariam do discurso nem da ação para se fazerem compreender.

---

<sup>53</sup> ARENDT, H. **A condição humana**. op. cit., p. XXIX.

<sup>54</sup> ARENDT, H. **A condição humana**. op. cit..

<sup>55</sup> ARENDT, H. **A condição humana**. op. cit., p. 219.

<sup>56</sup> ARENDT, H. **A condição humana**. op. cit., p. 217.

<sup>57</sup> ARENDT, H. **A condição humana**. op. cit., p. 217.

Ação e discurso viabilizam que os homens apareçam uns para os outros em condição de valor humano – não apenas na existência corpórea<sup>58</sup> –, portanto são a infraestrutura para a comunicação entre iguais, pois induzem um espaço da vida em que a singularidade de cada um (a diferença) ocupa um lugar comunicativo em uma estrutura em certa medida homogênea.

Desse jeito, a ação humana se erige à base da possibilidade de mudança estrutural em um sistema social qualquer que seja ele. É essa autonomia de agir que franqueia a influência da diferença em uma estrutura, inclusive nas de *poder* e de *justiça*.

Somente ao agir e ao falar, os homens se revelam únicos e é assim que são capazes de criar algo que não seja meramente corpóreo. É apenas dessa forma que se desencadeiam os valores do mundo e, portanto, que se abre espaço para transformar as desigualdades estruturais ou, pelo menos, dar-lhes outros cursos. No entanto, para que a ação humana aconteça, na diferença e no espetáculo da singularidade de indivíduos ou de grupos identitários, é impreterível que esteja lá a base da dignidade humana na dimensão do valor intrínseco, ou seja, a condição humana como universal.

Como diz Arendt,<sup>59</sup> a ação e o discurso estão intimamente ligados porque o primeiro ato especificamente humano contém uma prévia resposta à pergunta que se faz a todo recém-chegado: “Quem és?”. Sem dimensões singulares existenciais, o homem não é diferente e não se distingue do todo. No fim das contas, a severidade do anonimato dentro de um grupamento social se confunde com organicismo e resulta em tornar a condição humana (universal) em algo marginal.<sup>60</sup>

Sinceramente, a humanidade requer que não se apague o traçado entre as pessoas, que as diferenças sejam vistas e ouvidas com ao menos uma pitada de individualidade. Identidades individuais constituem os homens, ainda que outros busquem classificá-los em uma série de tarjas de fora pra dentro, ou mesmo que eles ingressem voluntariamente em coletivos ou grupos afins. Nada disso retira do homem sua qualidade *sui generis*, pois, em cada pessoa humana, existe uma identidade ímpar, composta por múltiplas dimensões existenciais.

É muito caro para a humanidade prestigiar dimensões existenciais. Sem elas, não é possível pensar na coletividade. São as dimensões existenciais que integralizam os indivíduos. O tripé homem, coletivo e sociedade é a caldeira do discurso e da ação humana e, dessa forma, forja-se a estrutura do político, assim como a do jurídico.

Para que os homens estruturem a política por meio da comunicação e da ação em uma sociedade composta por pessoas diferentes (e que são levadas a agir por variadas

---

<sup>58</sup> ARENDT, H. **A condição humana**. op. cit., p. 218.

<sup>59</sup> ARENDT, H. **A condição humana**. op. cit., p. 221.

<sup>60</sup> ARENDT, H. **A condição humana**. op. cit., p. 221.

dimensões existenciais), na outra ponta da linha deve estar a igualdade da condição humana para permitir que todos sejam consortes dos sistemas sociais.

Não há ilusões sobre uma utópica igualdade de falas ou de possibilidade de ações. Decerto lugares de fala são diversificados, a depender das categorias que preenchemos em nossas fichas curriculares: se representamos a autoridade, o *status* ou a ciência, falamos e somos ouvidos.<sup>61</sup>

Às vezes somos ouvidos em alguns espaços, e em outros não. Em alguns, sequer conseguimos falar. A resposta à exclusão está por trás da pergunta de Foucault:<sup>62</sup> “[...] mas, o que há, enfim, de tão perigoso no fato de as pessoas falarem e de seus discursos proliferarem indefinidamente? Onde, afinal, está o perigo?”. O perigo está na chance de mudança da estrutura a partir da comunicação.

Não se deve, portanto, menosprezar a desigualdade estrutural ou seus impactos na possibilidade de ação humana. Não é disso que se trata. O que se pretende aqui é chamar a atenção para duas afirmações que são apenas aparentemente contraditórias:

- a) todas as dimensões dicotômicas (existenciais ou não) são importantes como fatores de aprimoramento e abertura pluralística de qualquer sistema social; e
- b) a igualdade da condição humana, expressa no valor intrínseco da dignidade da pessoa humana, é o ingrediente basal para a proteção contra opressão que incide a partir das diferenças. Trata-se da substância indispensável para que ocorra a comunicação e a influência transformadora da ação e do discurso, justamente porque ela é a única característica que está sobreposta a toda sorte de dicotomias existentes.

Sob a visão da crise do constitucionalismo, talvez nem seja imprescindível assumir o estruturalismo ou o pós-estruturalismo como verdades e mentiras. Mais importante é visualizar a aptidão das pautas binomiais para gerar fomento ou contingências à afirmação dos direitos humanos, especialmente, à igualdade.

A promessa do político no panorama da dicotomia do amigo vs. inimigo propõe alijar as outras dimensões identitárias dos sistemas da democracia e da justiça. Em sua fisiologia monista do decisionismo, que contraditoriamente se autojustifica no repúdio ao fanatismo e às ideologias, o que faz a lógica do amigo vs. inimigo é obliterar o sentido da igualdade que permite dar valor à diferença.

Nada é mais biológico e visceral do que a vida e a morte, ou seja, do que a guerra, pois é precisamente na guerra que estão representadas as figuras do amigo e do inimigo e é lá que sobressai a luta pela sobrevivência que admite a ultrapassagem de qualquer valor moral.

---

<sup>61</sup> FOUCAULT, M. **A ordem do discurso**. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

<sup>62</sup> FOUCAULT, M. **A ordem do discurso**, op. cit., p. 8.

Se é assim, quando tudo se reduz à amizade ou à inimizade, já não sobrevive a igualdade pela condição humana que permite o respeito e a consideração e, nesse caminhar, desalojam-se tanto a possibilidade de discurso racional, como também o peso da moralidade que vem da própria condição humana ou do ideal de justiça. O jurídico é extraditado e a política fica nua de valor.

Quando tudo se reduz à amizade ou à inimizade, já não subsistem diferenças e aproximações das outras dimensões. Em tempos de normalidade, a alternância das posições de opressor e oprimido em diversificados binômios ganha infinitas possibilidades nas estruturas sociais. Ora as mulheres podem ser oprimidas pelo gênero, ora podem ser opressoras pela classe ou pela cor; ora podem se articular na luta por seus interesses de um lado da balança, ora de outro.

Se fica apenas a amizade e a inimizade, a comunicação é estanque e obtusa. Nem plural nem singular, apenas dicotômica. Não remanescem igualdades, tampouco diferenças, apenas antagonismos.

Intensas polarizações políticas podem levar a um diálogo de surdos, que só fazem competir e não se ouvem como iguais. Nesses campos, é estarrecedora a quebra de vínculos de afetos entre familiares, amigos, antigos parceiros de vida e de profissão. As relações parecem uma versão contemporânea e cibernética da “culpa por associação” e as afetividades se reduzem a pó, às vezes simplesmente em função da posição situacional. Assim o que é colorido fica de uma cor só.

Quando isso acontece, temos uma crise do constitucionalismo. A amizade ou inimizade passam a ser tirana dos sistemas e segue-se a licença para romper com antigas convenções de justiça, para entrincheirar amigos e familiares no poder, para assolar a neutralidade das instituições. Assassina-se o pudor em relação à desigualdade e impera uma espécie de licença poética para não nos considerarmos mais iguais.

Balkin<sup>63</sup> já advertia que a degeneração constitucional se torna avançada quando a confiança do público no governo é minada e as pessoas se voltam para demagogos que lisonjeiam o público e alimentam divisão, raiva e ressentimento.

Nessa digressão, o autor cita, como um dos fatores que podem acelerar o esgarçamento constitucional, a polarização, que faz com que os membros do público considerem seus concidadãos inimigos implacáveis, e não membros de uma empresa comum, desperdiçando-se atenção e energia em conflitos simbólicos.

O vício da falseada radicalidade democrática que dissimula autoritarismo é a fratura do sentido de igualdade pelo valor intrínseco, ou seja, o ferimento desse sentido

---

<sup>63</sup> BALKIN, Jack M. **Constitucional crisis and constitucional rot**. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6161&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6161&context=fss_papers). Acesso em 3 fev. 2021.

universalista de igualdade que pode não resolver todas as pautas de justiça, mas é o ponto de partida para o diálogo plural, pois corresponde ao que há em comum entre os homens e os faz estruturalmente iguais.

Então, a ruptura dessa igualdade abafa o desabrochar das outras dimensões existenciais. Não apenas isso, rasgar o pluralismo leva à tendência de unificação dos sistemas sociais sob a lógica do político. Logo, esse direcionamento unitário é uma investida conceitual contra a ideia de separação dos poderes que baliza o constitucionalismo desde a modernidade.

A indagação sobre a relação dos dados pessoais com o constitucionalismo está posta, em primeiro plano, no fato de que declarações que qualificam pessoas as inserem ou excluem em sistemas sociais variados.

Tendo em mente a onda autoritarista, há um segundo plano em que o dado pessoal exerce um papel na tarefa de estereotipar quem é amigo e quem é inimigo. Essa hierarquização passa a ser prevalente.

Embora a proteção de dados venha sendo historicamente conduzida sob prismas diversos, parece ser uma premissa subjacente que o dado seja uma propriedade daquele que é seu titular: a pessoa natural. Elementos, como o consentimento e a disponibilidade, estão presentes a todo o momento como decorrências da titularidade e são protótipos derivados do conceito da autonomia contratualista.

Mas, afinal, de que natureza é a titularidade do dado pessoal? Será o dado um bem personalíssimo que, tal como a propriedade, é disponível? A resposta a essa pergunta não é simples e não se pretende aqui responder. Complica-se ainda mais porque o domínio do dado, na dimensão da sua apropriação por terceiros, pode ser visto sob o prisma de um recurso. Nesse enfoque, pautas de igualdade requerem que recursos sejam distribuídos entre pessoas, instituições ou difusamente, sujeitando-se a critérios de justiça nessa distribuição.

No mercado, o domínio de dados significa dinheiro, porém, a tutela de tais bens também resulta em poderes e oportunidades em larga escala. Aliás, determina o sucesso ou o insucesso de políticas públicas de proteção social.

Se o dado pessoal pode ser conceituado como um bem social primário, na acepção própria de Rawls,<sup>64</sup> ainda que virtualizado e intangível, a distribuição dos bens primários diz respeito a uma questão de interpretação da igualdade, além da liberdade. Essa é uma discussão teórica complicadíssima, mas o fato é que o tratamento de dados pessoais tem sido admitido para finalidades de interesse público em larga escala.

---

<sup>64</sup> RAWLS. J. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

Sob a ótica do sistema político, o domínio do banco de dados implica um poder de controle pelo medo, de influência por análises de tendências e pela adoção de influxos na autoestima. Esse pacote significa poder na vida política e atrai os riscos do controle, da coação e da perda da espontaneidade.

Seja como for, os dados pessoais são uma espécie de *mais-valia* pelo domínio da informação, ou seja, pelo domínio – e não propriedade – de dados pessoais dos indivíduos e de seu tratamento.

A *mais-valia* dos dados sociais pode operar sob várias roupagens: a) o controle pelo medo a partir da coação propriamente dita ou pelo “o fim do segredo” mediante a revelação da vida íntima; b) a manipulação pelo domínio de tendências com base nas mensagens por algoritmos; c) o aviltamento da autoestima pelas margens de inclusão e exclusão social; e d) a exploração do consumo.

No que se refere à crise do constitucionalismo, o direito à autodeterminação informacional converge para um debate sobre a habilidade para o comando da definição binomial situação/oposição (amigo/inimigo).

As *fake news* revelaram uma perigosa faceta da apropriação de informações pessoais no tocante à categorização de pessoas conforme a simpatia política. O dano pode ser maior a depender da compreensão sobre quem define os espaços de amizade ou inimizade dentro do sistema político.

Nos idos da antiga teoria decisionista schmittiana, o Estado seria o portador do monopólio da decisão sobre os agrupamentos amigo-inimigo, justamente porque é a ele que compete decidir sobre a guerra. Essa competência excluiria outras instâncias que poderiam reivindicar esse poder sobre o âmbito do político e legitimaria o Estado a combater o agrupamento inimigo nesse lugar.

Seria impreciso transportar as conclusões decisionistas para o tempo presente como se fossem automaticamente aplicáveis. Atualmente, as forças envolvidas nessa definição são muito mais incontroláveis porque vivem em uma sociedade que opera em rede e de forma globalizada.

No entanto, os episódios envolvendo as notícias<sup>65</sup> de suposto aparelhamento da Polícia Federal e da Agência Brasileira de Inteligência (Abin) pelo governo Bolsonaro, com o objetivo de favorecer a defesa de seu filho Flávio Bolsonaro e fortalecer a espionagem contra adversários políticos, explicitam a atualidade do risco que o desvirtuamento das ações de controle de dados pode causar à noção de igualdade, quando utilizadas de forma pessoalizada para definir nichos de amizade ou inimizade ao governo.

---

<sup>65</sup> Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/12/11/epoca-abin-faz-relatorios-pra-defender-flavio-bolsonaro-sobre-rachadinha.htm>. Acesso em: 14 de fev. de 2023.

Essas reflexões não são exaustivas em relação ao problema fático e teórico de investidas autoritaristas, mas explicitam o direito de autodeterminação informacional e indicam que suas derivações são fulcrais na pauta da crise do constitucionalismo.

Isso é assim porque dados pessoais batem o martelo sobre quem somos e o que podemos fazer. Essa definição sobre os muitos âmbitos do “ser ou não ser” abaliza, estimula, confina ou castra pessoas. No fim das contas, dados pessoais igualam ou diferenciam? Eles libertam ou escravizam?

## Conclusões

A luz da proteção dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo é a dignidade humana. A expressão desse brilho, entre outros talentos, está na grandeza intrínseca de cada pessoa e na singela constatação de que todos somos iguais em condição humana e, só por tudo isso, temos valor.

A despeito da aparente hegemonia do constitucionalismo, recentes episódios de ascensão de discursos autoritários têm assombrado globalmente o sentido da igualdade pelo valor intrínseco. O espectro do ódio, da animosidade e o espírito da discórdia são instrumentos da opressão. No balançar de uma sociedade ligada em rede, revive-se a lógica do amigo vs. inimigo e, absorta nesse sentido de rivalidade de uma falseada radicalidade democrática, a tirania dos binômios arrisca confiscar a condição humana.

Temos que lutar contra um adversário que é diferente de nós. Seus rostos não são visíveis, mas estão ocultos da vista; eles não lutam diretamente, mas furtivamente; eles não são honrados, mas sem princípios; eles não são nacionais, mas internacionais; não acreditam no trabalho, mas especulam com dinheiro; eles não têm pátria, mas sentem que o mundo inteiro é deles<sup>66</sup> (VICTOR ORBAN).

[...] quando os saques começam, os tiros começam<sup>67</sup> (DONALD TRUMP).

Somos um país cristão. Não existe essa historinha de Estado laico, não. O Estado é cristão. Vamos fazer o Brasil para as majorias. As minorias têm que se curvar às majorias. As minorias se adequam ou simplesmente desaparecem<sup>68</sup> (BOLSONARO).

[O policial] entra, resolve o problema e, se matar 10, 15 ou 20, com 10 ou 30 tiros cada um, ele tem que ser condecorado, e não processado<sup>69</sup> (BOLSONARO).

Existe algo de universal na condição humana que clareia o real sentido da diferença. Esse significado está na singularidade respeitosa, na compreensão dos limites da humanidade de

<sup>66</sup> Disponível em: <https://citacoes.in/autores/viktor-orban/>. Acesso em: 14 de fev. de 2023.

<sup>67</sup> Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/blog/sandra-cohen/post/2020/05/30/em-vez-de-apaguar-trump-inflama-o-pais.ghml>. Acesso em: 14 fev. de 2023.

<sup>68</sup> Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/bolsonaro-em-25-frases-polemicas/>. Acesso em: 14 de fev. de 2023.

<sup>69</sup> Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/bolsonaro-em-25-frases-polemicas/>. Acesso em: 14 de fev. de 2023.

cada um de nós, do tanto que temos a aprender com a experiência do outro, com o dom da visão do outro, com a imensidão que é a da vida diversa da nossa.

Existe, então, um sentido estrutural de humanidade para além do organicismo ou das dicotomias. A linguagem que nos formata inconscientemente não é feita apenas por brancos, por homens, por nacionais, por ricos ou por maiorias. Nem apenas por amigos. Nem por inimigos. Só por gente. E gente de verdade é feita de bondade e de desejo, de medo e de coração; de mil razões, cores e amores. Gente de verdade é feita de igualdade e de diferença.

## Referências Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

ARENDT, H. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária 2015.

ARENDT, Hanna. **Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BALKIN, Jack M. **Constitucional crisis and constitucional rot**. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6161&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6161&context=fss_papers). Acesso em: 3 fev. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUTLHER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

FERREIRA, Nadiá Paulo. Jacques Lacan: apropriação e subversão da linguística. **Ágora**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 113-131, jun. 2002.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

FRASER, Nancy. Do neoliberalismo progressista ao Trump – e além. **Política & Sociedade**, 2018 - [periodicos.ufsc.br](http://periodicos.ufsc.br). Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2018v17n40p43/38983>. Acesso em: 2 fev. 2021.

GENTILE, Fábio. Entre nacionalismo, fascismo e autoritarismo: elementos para uma análise comparativa para a ideia de nação na Itália e no Brasil entre as duas guerras mundiais. **Cadernos Cedec**, n. 96, 2011.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



HORNUNG, Gerrit; SCHNABEL, Christoph Schnabel. Data protection in Germany I: the population census decision and the right to informational self-determination. **Computer Law & Security Report**, v. 25, Issue 1, p. 84-88, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_kant\\_metafisica\\_costumes.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf).

Acesso em: 8 maio 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Mito y significado**. Lisboa: Edições 70, 1978.

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

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Petrópolis: Editora Vozes, 2016.

MARSHALL, T. H. **Citizenship and social class: and other essays**. Cambridge: University Press, 1950.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Imprenta Nacional Del Boletín Oficial del Estado, 1999.

MOUFFE, Chantal. **Por um populismo de esquerda**. São Paulo: Autonomia Literária, 2019.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

RAWLS, Jonh. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Editora Cultrix, 1916.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Lisboa: Edições 70, 2019.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**, 1999. Disponível em: [https://www.academia.edu/31740015/A\\_tutela\\_da\\_personalidade\\_no\\_ordenamento\\_civil\\_constitucional\\_brasileiro](https://www.academia.edu/31740015/A_tutela_da_personalidade_no_ordenamento_civil_constitucional_brasileiro). Acesso em: 14 de fev. de 2023.

TUSHNET, Mark. The possibility of illiberal constitutionalism. **Law Review**, Florida, v. 69, Issue 6, 2017. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/flr>. Acesso em: 2 fev. 2021.

VICENZI, Eduardo. Psicanálise e linguística estrutural: as relações entre as concepções de linguagem e de significação de Saussure e Lacan. **Ágora**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 27-40, jun. 2009.

WOLFGANG, Ingo Sarlet. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

**Enviado em: 23/02/2023**

**Aprovado em: 29/01/2024**