

## DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E DIREITOS HUMANOS NA TRANSIÇÃO ARGENTINA: UMA BREVE ANÁLISE DAS CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS DE C. S. NINO E O. M. FISS

### CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AND HUMAN RIGHTS IN THE ARGENTINE TRANSITION: A BRIEF ANALYSIS OF THE THEORETICAL CONTRIBUTIONS OF C. S. NINO AND O. M. FISS

NICOLÁS EMANUEL OLIVARES<sup>1</sup>

CONICET-IEHSOLP-UNLPAM. Santa Rosa (La Pampa). Argentina

**RESUMO:** Este artigo tem três objetivos específicos. Primeiro, explicar o contexto, clima e acompanhamento intelectual do governo argentino de transição democrática de 1983-1989. Em segundo lugar, reconstruir sinteticamente e de forma precisa, as teorizações feitas sobre os termos democracia constitucional e direitos humanos pelos filósofos políticos C. S. Nino e O. M. Fiss. Em terceiro lugar, explicitar a influência desse contexto sobre essas teorizações, dando conta: a) da aproximação feita por C. S. Nino a uma teoria normativa não ideal e a um liberalismo amplo com notórios elementos republicanos; e b) a passagem de O. M. Fiss de seu conceito de direitos humanos como meros padrões jurídicos positivos para o de ideais sociais, bem como a mitigação de suas objeções à Escola Crítica de Direito e sua correlativa aproximação a um certo republicanismo cívico.

**PALAVRAS-CHAVE:** transição democrática; democracia constitucional; direitos humanos; ideais sociais; republicanismo.

**ABSTRACT:** This article has three specific objectives. First, to explain the context, climate and intellectual accompaniment of the Argentine's transitional democratic government that goes from 1983 to 1989. Secondly, to reconstruct synthetically and accurately, the theorizations made on the terms constitutional democracy and human rights by the political philosophers C. S. Nino and O. M. Fiss. Thirdly, to explain the influence of this context on these theorizations, giving an account of a) the approach made by C. S. Nino to a non-ideal normative theory and to a broad liberalism with notorious republican elements; and b) the passage of O. M. Fiss from his concept of human rights as mere positive legal standards for that of social ideals, as well as the mitigation of his objections to the Critical Legal Studies and his correlative approach to a certain civic republicanism.

**KEYWORDS:** democratic transition; constitutional democracy; human rights; social ideals; republicanism.

## INTRODUÇÃO

Durante o complexo processo de transição e consolidação democrática vivido na Argentina durante o período político 1979-1989, emergiu uma interessante perspectiva discursiva republicana deliberativa alimentada pela mais atualizada e exaltada filosofia política

<sup>1</sup> Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2303-441X>

normativa. Isso se deveu ao fato de que o presidente eleito para lidar com a reconstrução da república democrática da Argentina, R. R. Alfonsín, cercou-se de dois conhecidos grupos de intelectuais, um inscrito na tradição socialista democrática, onde se destaca o trabalho acadêmico de J. C. Portantiero e outro enraizado na concepção política liberal igualitária, que foi dirigido por C. S. Nino.

Desta forma, pode-se dizer que ambos os grupos de pensadores constituíram duas verdadeiras potências de ideias, propostas, estudos e recomendações sobre o curso político institucional a ser seguido para alcançar um sistema político mais legítimo e estável. O primeiro deles, de veia socialista democrática, assumiu o comando das áreas sociológica e política, enquanto o segundo fez o mesmo com as áreas jurídica e filosófica.

Para este trabalho são de especial importância as propostas, sugestões, recomendações e relatórios feitos pelo já mencionado grupo liberal igualitário, que liderado por C. S. Nino, ofereceu ao Presidente R. R. Alfonsín ferramentas conceituais, normativas e pragmáticas para projetar, justificar e implementar medidas de justiça humanitária e redesenho institucional. Por um lado, esse grupo assessorou especialmente o presidente no processo de justificar e implementar os julgamentos dos militares que realizaram tarefas repressivas durante a ditadura militar do período 1976-1983. Por outro lado, após a criação do Conselho para a Consolidação da Democracia, órgão consultivo do Poder Executivo Nacional, gerou dois relatórios técnicos, visando a ressignificação da sala de máquinas do sistema constitucional argentino.

Deve-se notar também que vários intelectuais de diferentes partes do mundo estavam em comunicação com esses dois grupos de intelectuais, destacando a cooperação e o aconselhamento fornecidos por O. M. Fiss sobre justiça humanitária transicional ao grupo consultivo liberal igualitário de C. S. Nino para o benefício do governo alfonsinista. Sendo um notável filósofo jurídico reconhecido e qualificado, O. M. Fiss não hesitou em mergulhar na experiência transitória democrática argentina, assumindo o desafio de aconselhar a presidência argentina com notável humildade a ponto de ressignificar sua própria teoria jurídica para responder adequadamente a esse convite.

É nesse contexto histórico e teórico específico que este trabalho visa cumprir com três objetivos argumentativos específicos. Primeiro, explicar o contexto, clima e acompanhamento intelectual do governo argentino de transição democrática de 1983-1989. Em segundo lugar, reconstruir sinteticamente e de forma precisa, as teorizações feitas sobre os termos democracia

constitucional e direitos humanos pelos filósofos políticos C. S. Nino e O. M. Fiss. Em terceiro lugar, explicitar a influência desse contexto sobre essas teorizações, dando conta: a) da abordagem feita por C. S. Nino a uma teoria normativa não ideal e a um liberalismo amplo com notórios elementos republicanos; e b) a passagem de O. M. Fiss de seu conceito de direitos humanos como meros padrões jurídicos positivos para o de ideais sociais, bem como a mitigação de suas objeções à Escola Crítica de Direito e sua correlativa abordagem a um certo republicanismo cívico.

## 1. INTELLECTUAIS, PODER POLÍTICO E TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA

Inversamente proporcional à oclusão, restrição e repressão cultural promovida pela ditadura entre 1976 e 1983, o clima intelectual vivido após a assunção de R. R. Alfonsín como presidente democrático e constitucional foi marcado pela abertura, expansão e multiplicação de vozes. A influência, o relacionamento e a conexão do governo e dos intelectuais em ascensão da época não se limitaram ao habitual. Além de oferecer um contexto ou ambiente propício ao debate, certos intelectuais assumiram a nobre tarefa de assessorar esse novo governo popular. Nesse quadro geral, como apontamos na seção introdutória, cabe destacar o trabalho do grupo socialista democrático no qual se destacam J. C. Portantiero e o grupo liberal igualitário coordenado por C. S. Nino (BASOMBRÍO, 2014, p. 376).

O discurso político alfonsinista da época manifestou-se em termos gerais como progressista, sendo mais especificamente o resultado de uma hibridização particular desses dois discursos políticos autônomos, embora naquela ocasião complementares. O horizonte de sentido naquela época era diagramar “...um projeto fundador de uma nova política no país...” (BASOMBRÍO, 2014, p. 378). O governo alfonsinista mostrou-se desde o início como um defensor de “...uma visão rupturista em relação ao período anterior...” (BASOMBRÍO, 2014, p. 380), erguendo em “...prioridades de sua nascente governo questões democráticas e de direitos humanos, a fim de refundar a República...” (BASOMBRÍO, 2014, p. 382). É pertinente, então, rever pelo menos alguns esclarecimentos fundamentais oferecidos tanto por J. C. Portantiero quanto por C. S. Nino, a fim de explicar adequadamente o contexto, o clima e o acompanhamento intelectual do governo argentino de transição democrática desenvolvido no período 1983-1989.

Por um lado, a partir de sua perspectiva socialista, J. C. Portantiero fez a seguinte pergunta: “...vamos nos contentar com uma democracia baseada em uma competição entre elites, desenvolvida entre a indiferença e a apatia dos governados? Isso, além de ser repugnante a qualquer ideal socialista sobre a vida política, seria mortal para a democracia...” (PORTANTIERO, 1986, p. 18). Desta forma, J. C. Portantiero considerou necessário enfatizar desde o início que a transição para ser genuinamente democrática não deve limitar-se apenas a formas, mecanismos e processos, mas também deve atender a uma dimensão mais substantiva, complexa e ampla. Nesse sentido, o sociólogo supracitado apontou que o regime democrático precisa de alargamento para reduzir tanto quanto possível “...as enormes distâncias entre governantes e governados; isto é, em suma, que os mecanismos indiretos da democracia representativa devem ser complementados por mecanismos mais participativos...” (PORTANTIERO, 1986, p. 17). Essa democracia mais robusta coincidiu com uma certa versão participativa da tradição republicana, o que significaria necessariamente, adotar uma profunda reforma do Estado. Nesse sentido, J. C. Portantiero afirmou que quando “...o presidente Alfonsín fez seu discurso pedindo a fundação de uma Segunda República (...) o tema foi enquadrado em um mais amplo: a reforma do Estado, que deve ser presidida pelos princípios gerais de descentralização, participação e eficiência na gestão...” (PORTANTIERO, 1986, p. 17). Aqui podemos então identificar uma certa proposta, superando o liberal tradicional, atento ao fato de que a perspectiva socialista do político projetada no momento de transição argentino por J. C. Portantiero, implicava que “...o capítulo sobre as liberdades individuais, próprio da concepção de liberdade negativa que permeia a garantia do liberalismo clássico, deve ser expandido em consonância com a liberdade positiva das teorias modernas sobre a democracia...” (PORTANTIERO, 1986, p. 18). A este respeito, J. C. Portantiero questionou-se “...como democratizar a vida pública, que é o terreno em que se baseia a consolidação de um regime, sem o estabelecimento de reformas (...) que permitam ao cidadão exercer um controle mais efetivo sobre seus representantes...” (PORTANTIERO, 1986, p. 15). Assim, na opinião de J. C. Portantiero, a questão relevante seria se haveria possibilidades genuínas de consolidar a democracia na Argentina sem implicar mudanças na estrutura principal do Estado, que até então era apenas tributária dos “... institutos do constitucionalismo liberal clássico...” (PORTANTIERO, 1986, p. 17).

Por outro lado, C. S. Nino, “...afastou-se do ideal positivista de neutralidade para afirmar que a lei é válida e obrigatória se for democrática e se cumprir certos direitos morais que derivam do princípio da autonomia, pilar de qualquer posição liberal...” (BASOMBRÍO, 2014, p. 387). C. S. Nino combinará seus estudos de filosofia política com outros da ciência política e da sociologia, propondo, a partir de uma perspectiva liberal igualitária, um liberalismo reformado, melhorado, que ele chamará de “amplo” para ser aplicado na Argentina. Tal liberalismo “amplo” ofereceria um teto normativo capaz de combater quatro obstáculos recorrentes a qualquer governo argentino que se diz genuinamente democrático, a saber: o “dualismo ideológico” entre liberais e conservadores, o “corporativismo” através do qual certos grupos assumem privilégios arbitrários, a “anomia” como tendência geral ao descumprimento das regras e a “concentração de poder” evidenciada em um sistema hiperpresidencialista de governo (BASOMBRÍO, 2008, pp. 22-23; 2014, p. 387).

A perspectiva normativista assumida por C. S. Nino é claramente evidenciada quando afirma que de modo algum se pode afirmar que o direito constitui um sistema de razões autossuficientes para justificar ações ou decisões, uma vez que essas razões autônomas “...são princípios ou normas que aceitamos por sua própria validade ou méritos e quando (...) têm um conteúdo intersubjetivo, são princípios ou normas de caráter moral ou de justiça...” (NINO, 2013, p. 147). Além disso, C. S. Nino afirmou que “...uma Constituição visa institucionalizar a deliberação pública por meio da qual a respectiva sociedade estabelece os princípios morais intersubjetivos com base nos quais os conflitos entre seus membros devem ser resolvidos...” (NINO, 2013, p. 180).

Como veremos na próxima seção, a proposta de C. S. Nino de assumir uma democracia deliberativa com fortes elementos republicanos, baseada como prevíamos, em um “liberalismo amplo”, conectou-se perfeitamente com aquele tripé fundamental estabelecido no discurso presidencial afonsinista, sendo composto por democracia participativa, modernização e ética da solidariedade (BASOMBRÍO, 2014, p. 391). Da mesma forma, as propostas de reforma constitucional, bem como as medidas legais adotadas para satisfazer o ideal de justiça humanitária, projetado por C. S. Nino e seus colaboradores, conectavam perfeitamente os princípios que norteavam a política de direitos humanos do governo alfonsinista, a saber: punir o terrorismo de Estado e as ações de organizações armadas; limitar as responsabilidades e assumir a impossibilidade de processar eficazmente todos os crimes; limitar igualmente a

duração dos julgamentos; investigar o destino dos desaparecidos; e projetar mecanismos legais para prevenir futuras violações dos direitos humanos (BASOMBRÍO, 2008, pp. 20-21).

## 2. REFORMA CONSTITUCIONAL E JUSTIÇA HUMANITÁRIA NO ALFONSINISMO

Nesta seção, nos concentraremos em especificar o contexto de enunciação e justificação das propostas de *reforma* constitucional e *medidas de justiça humanitária transicional* implantadas durante o governo democrático de R. R. Alfonsín (1983-1989), usando para o primeiro bloco temático as considerações expressas por C. S. Nino e pelo Conselho para a Consolidação da Democracia, bem como, para o segundo, as considerações expressas por O. M. Fiss como assessor técnico desse governo.

### 2.1. REFORMA CONSTITUCIONAL

Como foi justamente salientado “...o plano de Alfonsín para reconstruir a democracia tinha muitas facetas, incluindo a reforma da Constituição para reduzir as tensões entre os poderes executivo e legislativo...” (FISS, 2013, p. 17). Essa mentalidade reformista foi inscrita, como avançamos, em uma maneira especial de pensar a discursividade política e a normatividade democrática que poderia ser descrita como deliberativa. Nessa perspectiva política, a legitimidade democrática está intimamente ligada à possibilidade genuína de justificar normas, instituições e medidas políticas por meio de diversos processos discursivos dos cidadãos. Em suma, a democracia deliberativa poderia ser definida como aquela perspectiva segundo a qual a legitimidade democrática das normas, instituições e medidas políticas dependem da existência de um processo intersubjetivo de justificação política, no qual intervêm todos os potencialmente afetados por ela (GUTMANN, THOMPSON, 1996, pp. 1-10).

O escopo paradigmático de justificação, construção e projeção da abordagem política deliberativa foi o do Conselho para a Consolidação da Democracia (CCD) coordenado pelo já citado filósofo argentino C. S. Nino, criado em 24 de dezembro de 1985 por decreto presidencial, sendo integrado por diversos juristas e políticos argentinos. Em 07/10/1986, C. S. Nino, na qualidade de Coordenador do CCD, apresentou ao Presidente R. R. Alfonsín uma breve síntese do Parecer Preliminar no qual foram recolhidos antecedentes e opiniões, bem como a emissão de certos argumentos sobre a conveniência e viabilidade de uma futura reforma

constitucional (NINO, 2013, pp. 10-20). Esse Parecer Preliminar aconselha a realização de modificações parciais na parte dogmática da Constituição Nacional Argentina sancionada em 1853, o que implicaria a ampliação das declarações, direitos e garantias nela contidas, bem como a introdução de grandes modificações na parte orgânica da constituição, substituindo o regime hiperpresidencial por um sistema semipresidencialista, para o qual ele sugeriu “...a nomeação de um primeiro-ministro nomeado pelo presidente, que por sua vez é eleito por sufrágio universal e direto de acordo com o sistema de dupla rodada...”, sempre favorecendo “...a participação na tomada de decisão política dos cidadãos através da iniciativa popular, plebiscito e referendo...” (BASOMBRÍO, 2008, p. 44). Ainda nesse Parecer Preliminar foi sugerida a constituição de um Conselho Constitucional, cuja função seria resolver os conflitos de poderes resultantes do novo esquema organizativo do governo, e qual estaria composto por nove membros nomeados “...um terço pelo Presidente da Nação, outro terço pela Câmara dos Deputados e o restante pelo Senado...” (BASOMBRÍO, 2008, p. 45). Então, por volta de 1987, um Segundo Parecer foi publicado com comentários de notáveis teóricos socialistas, como J. R. Vanossi e J. C. Portantiero “...que defendeu a necessidade de reformas e aludiu ao momento político fundamental da transição democrática argentina...” (BASOMBRÍO, 2008, p. 46).

Destaca-se ainda o *Projeto de Constituição Nacional* diagramado por C. S. Nino e colegas desde o Centro de Estudos Institucionais (CEI) o qual “nasceu em 1989 com a intenção de se tornar um espaço “...a partir do qual o trabalho de reflexão teórica e desenho institucional realizado pelo Conselho para a Consolidação da Democracia (CDD) pudesse ser aprofundado...” (NINO, 2013, p. 234). Durante o primeiro biênio o CEI concentrou seu trabalho no Poder Executivo efetuando reuniões com diversos pesquisadores entre os quais destacam E. Bulygin, G. Carrió, E. Rabossi, M. Farrell, M. Böhmer, C. Rosenkrantz, R. Gargarella e M. Rodríguez. Durante o segundo biênio, o objetivo foi estudar o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, pretendendo “...traduzir as centenas de páginas produzidas pelo CCD e pelo CEI em um texto constitucional...” (NINO, 2013, p. 237).

## 2.2. JUSTIÇA HUMANITÁRIA

C. S. Nino advertiu no final dos anos 80 do século XX que durante as eleições R. R. Alfonsín deixou claro em seus discursos qual eram “...os princípios filosóficos sobre os quais o governo basearia sua política de direitos humanos...” (NINO, 1985, p. 218). Dentre eles,

podemos destacar os dois seguintes: “...os direitos humanos são direitos morais que todos os seres humanos possuem, independentemente de quaisquer circunstâncias contingentes...”; e “...a justificativa básica de uma organização política é a promoção dos direitos humanos; portanto, um governo é moralmente ilegítimo se suas ações não visam cumprir esse fim...” (NINO, 1985, p. 218).

Em primeiro lugar, o governo afonsinista teve que refazer o caminho traçado pela lei de autoanistia sancionada pelos militares antes de deixar o cargo. Como observado por C. S. Nino “...esta lei de autoanistia constituiu um grande desafio para o novo governo...” mas os juristas da democracia explicitaram “...um argumento jurisprudencial de que os estatutos promulgados por um governo de fato têm apenas uma validade precária, perdendo apenas para a repugnância do seu conteúdo...” (NINO, 1985, p. 223).

Em segundo lugar, entre as várias normas de proteção dos direitos humanos planejadas, justificadas e aprovadas pelo governo afonsinista, destacam-se as seguintes: 23.042 de nulidade das sentenças dos tribunais militares, 23.049 de abolição da jurisdição dos tribunais militares sobre crimes comuns cometidos por pessoal durante o serviço militar, 23.050 que alteram o Código Federal de Processo Penal, 23.052 sobre a proteção da liberdade de expressão, 23.054 sobre a ratificação da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, 23.077 sobre a Defesa da Democracia e da Ordem Constitucional (BASOMBRÍO, 2008, pp. 32-33; NINO, 1985, pp. 220-221).

Em terceiro lugar, deve-se notar que, a fim de investigar adequadamente os desaparecimentos forçados de pessoas durante o período ditatorial, R.R. Alfonsín ordenou a criação da Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas (CONADEP) por decreto presidencial de 15/12/1983, opondo-se assim à formação de uma comissão bicameral do Congresso, que ele entendeu que não cumpriria seu objetivo (BASOMBRÍO, 2008, p. 29). Os membros do CONADEP “...incluíam muitos dos cidadãos mais respeitados do país, conhecidos por sua preocupação com os direitos humanos...” (NINO, 1985, pp. 221-222). Assim, o CONADEP sistematizou importantes documentos sobre o paradeiro de indivíduos classificados como *desaparecidos* até então, bem como “...transferiu muitos casos para os tribunais e em 1984 emitiu um relatório que foi apresentado ao governo e publicado, com o aval do governo, sob o título *Nunca Más...*” (NINO, 1985, p. 222).

Em quarto lugar, os chamados Julgamentos das Juntas foram possíveis por meio da promulgação de dois decretos-lei (157/83 e 158/83), os quais ordenaram a “...acusação tanto dos membros das três juntas militares sob as quais ocorreram os piores abusos quanto dos líderes dos movimentos terroristas guerrilheiros...” (NINO, 1985, pp. 223-224).

O julgamento das juntas, em “...seu principal aspecto consistia no processo criminal das nove figuras centrais das juntas que governaram a Argentina entre 1976 e 1983...” (FISS, 2013, P. 24). É importante não esquecer que o processo foi iniciado num tribunal militar, mas devido à falta de vontade desse tribunal em realizar o julgamento, “...o mesmo foi logo transferido para a justiça civil...”, prosseguindo no mesmo ano calendário seu início e o seu culminar, em abril e dezembro de 1985 respectivamente, com penas de efetivo cumprimento de cinco dos acusados (FISS, 2013, P. 24).

Contudo, a persecução penal dos crimes não era ilimitada, mas tinha conteúdos e contornos bem definidos, que já haviam sido especificados em discursos de campanha presidencial, onde se apontava que seriam feitas distinções entre a) aqueles que estabelecessem o aparato do terrorismo de Estado e dessem ordens para implementá-lo; b) aqueles que, por ordem ou não de superiores, tenham cometido atos atroz; e c) aqueles que, em um clima geral de pressão e confusão, obedeciam ordens para cometer crimes que não constituíam atrocidades; indicando uma punição maior para aqueles que foram incluídos nos dois primeiros grupos e uma mais leve para aqueles que foram rotulados como parte do terceiro (NINO, 1985, p. 222).

Esses limites, contornos e restrições às perseguições judiciais foram claramente evidenciados em 1986 com a sanção da chamada Lei do Ponto Final e em 1987 com a referida de Obediência Devida. Por um lado, em dezembro de 1986, “...como consequência do medo de que os julgamentos fossem adiados indefinidamente no tempo, mantendo o país preso ao passado, impedindo-o de avançar com suas políticas públicas em vista do futuro...” foi emitida uma norma que estabelecia um prazo de sessenta dias para iniciar novos casos (FISS, 2013, pp. 29-30). Por outro lado, após um levante militar contra o governo democrático, R. R. Alfonsín propôs do Poder Executivo Nacional a implementação de uma norma que “...estabeleceu a presunção irrefutável de que, durante a ditadura, todos os oficiais subalternos agiram sob ordens aparentemente legítimas de seus superiores...” e, portanto, de acordo com a lei argentina, “...não eram criminalmente responsáveis por assassinato ou tortura, embora pudessem, em princípio, ser julgados por sequestro, estupro e roubo...” (FISS, 2013, pp. 30-31).

### 3. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E DIREITOS HUMANOS NA OBRA TEÓRICA DO C. S. NINO E O. M. FISS

Nesta seção faremos, de forma breve e precisa, algumas distinções teóricas, explicando o significado dos sintagmas *democracia constitucional* e *direitos humanos* nas obras filosóficas de C. S. Nino e O. M. Fiss.

#### 3.1. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Por um lado, C. S. Nino tem defendido um conceito complexo de *constitucionalismo democrático*, apontando que ele é composto por três elementos, dois do tipo ideal e um real. Os elementos ideais são a democracia e o direito, ou o procedimento democrático participativo e o sistema de direitos individuais. O elemento real é a história e a prática constitucional de cada sociedade e o sistema jurídico que dela deriva. Assim, em sua compreensão, a face prática, real, não ideal ou histórica é imanente ou inerente ao conceito de constitucionalismo democrático, ao invés de ser percebida como externa, não relevante, secundária ou derivada, como entendem os idealistas (NINO, 1997, p. 25). Nesse contexto, C. S. Nino aponta que, assim como se pode identificar uma relação dialética entre o elemento democrático e o elemento direito, ou em seus termos, entre a constituição da democracia e a constituição de direitos, também deve ser admitida uma relação dialética entre ambos os elementos ideais e o elemento real, a constituição histórica (NINO, 1997, pp. 26-27).

Por outro lado, C. S. Nino parte do pressuposto de que “...a democracia é moralmente muito superior a outras formas de governo...” (NINO, 2012, p. 381). Em sua opinião, a democracia é um substituto imperfeito para o discurso moral, que, ao contrário deste último, é limitado pela necessidade de tomar uma decisão em um tempo limitado. O processo democrático é entendido como um mecanismo aberto e público para discutir as posições existentes sobre a validade de determinadas medidas governamentais (NINO, 2012, pp. 386-387). C. S. Nino, ao contrário de outros liberais igualitários, critica teorias da democracia que buscam justificá-la única ou puramente no valor da igualdade política, uma vez que a democracia, em sua opinião, não implica necessariamente um procedimento político equitativo (NINO, 2012, pp. 381-382).

Na visão de C. S. Nino, a justificativa do procedimento democrático não é apenas instrumental, mas também intrínseca. Ele afirma que a justificação instrumental promove certas virtudes cívicas e resultados políticos epistemicamente valiosos (NINO, 2012, p. 398). Em relação à justificativa intrínseca, ele assevera que o procedimento democrático tem em si mesmo valor substantivo, uma vez que se baseia no valor da autonomia pessoal (NINO, 1992, p. 158). Assim, considerando o caráter epistêmico, pode-se dizer que a democracia para C. S. Nino é, com certas reservas, o procedimento mais confiável para poder acessar o conhecimento dos princípios morais. Dessa forma, ele aponta que, de acordo com seu modelo democrático deliberativo, o principal objetivo dos cidadãos ao deliberar é chegar à verdade moral usando um certo procedimento epistêmico (NINO, 1997, pp. 160-161).

Deve-se notar que C. S. Nino começará por volta dos anos 90 do século XX a entender o liberalismo como uma concepção ampla de moralidade social que é definida por certos princípios que excluem diferentes aspectos de uma concepção totalitária de sociedade (NINO, 1992, p. 158). Em particular, esse pensador defenderá um liberalismo amplo ou sociopolítico (NINO, 1992, p. 160). O *liberalismo amplo* é proposto como internamente coerente no sentido de que é composto por três princípios *a priori*, fundamentais, próprios da esfera do consenso constitucional ou núcleo normativo indiscutível (autonomia, dignidade e inviolabilidade) que estariam em harmonia com aqueles três princípios *a posteriori*, discutíveis próprios da esfera da interação política (fraternidade, democracia, igualdade) (NINO, 1992, pp. 161-162).

Assim, os princípios da autonomia pessoal, da inviolabilidade normativa e da dignidade humana são constitutivos, inerentes e *a priori* ao liberalismo amplo ou sociopolítico, e não devem ser submetidos à discussão, formando uma concepção liberal de sociedade que desqualifica absolutamente o perfeccionismo, holismo e determinismo normativo (NINO, 1992, p. 177). Já, os princípios da fraternidade, igualdade e democracia são complementares, instrumentais e *a posteriori* ao processo de deliberação e decisão cidadã (NINO, 1992, pp. 158-177). Esses três últimos princípios seriam ressignificados durante a prática política de deliberação e decisão cidadã, atendendo às condições normativas não ideais existentes nas sociedades reais onde a discussão ocorre (NINO, 1992, pp. 177-178).

### 3.2. DIREITOS HUMANOS

Por sua vez, em seu envolvimento com a experiência transicional argentina em meados dos anos 80 do século XX, O. M. Fiss apontou que os direitos *humanos* devem ser definidos como *ideais sociais* e não como meros direitos positivos, nem como direitos naturais. A distinção entre direitos jurídicos positivos e padrões sociais ideais, ou entre “...os direitos humanos como imperativos legais e os direitos humanos como ideais...”, constitui o centro de sua abordagem teórica (FISS, 2013, p. 14). No entanto, no final da década de 70, ou seja, antes de se envolver como conselheiro do Alfonsinismo, O. M. Fiss era a favor de definir os direitos humanos como “padrões legais positivos” e depois mudou de posição.

Depois de sua experiência como conselheiro do grupo liberal igualitário que acompanhou o Alfonsinismo, O. M. Fiss começou a afirmar que os direitos humanos como ideais sociais “...identificam as características ou qualidades que toda sociedade deve ter. Eles não são a expressão de um utopismo infundado, mas dão sentido às expectativas e demandas que ocorrem aqui e agora...” (FISS, 2013, p. 26). Em outras palavras, “...esses direitos, como ideais sociais, constituem uma norma cultural, dentro e fora da Nação, e, portanto, servem de base para discussão, crítica ou mesmo ação concreta...” (FISS, 2013, p. 26). Superando sua própria visão, segundo a qual, inicialmente, os direitos humanos eram mencionados como critérios normativos positivos, O. M. Fiss enfatizou a necessidade de defini-los como *ideais sociais*. Em suas palavras, “...ver os direitos humanos como ideais sociais, transcendendo qualquer ordem legal existente, nos permite usar esses direitos como um padrão autônomo útil para julgar todas as práticas sociais...” (FISS, 2013, p. 27).

Finalmente, O. M. Fiss, como C. S. Nino, distinguiu a categoria de *direitos humanos* da de direitos naturais, observando que enquanto “...os direitos humanos também fornecem um padrão para julgar as leis promulgadas pelo Estado (...) diferem da lei natural em dois aspectos...” (FISS, 2013, p. 34). Primeiro, “...enquanto os direitos humanos procuram reduzir o fosso entre as normas como devem ser e as normas como elas são, os direitos humanos não procuram erradicar ou negar essa lacuna...”, de modo que os direitos humanos não negam, como fazem os defensores dos direitos naturais, que certas normas jurídicas positivas são tais, mas apenas busca qualificá-los como humanitários, legítimos ou constitucionais (FISS, 2013, p. 34).

Em segundo lugar, haveria uma diferença metodológica entre as categorias de direitos naturais e direitos humanos, uma vez que os direitos humanos não emergiriam de uma certa visão, perspectiva ou visão antropológica, biológica ou teocrática, nem pretendem ser

princípios últimos, finais ou indiscutíveis de natureza filosófica, mas são simplesmente postulados como padrões, regulamentos ou ideais sociais aspiracionais, de modo que “...entendidos como ideais, os direitos humanos definem a comunidade em que as pessoas desejam viver...” (FISS, 2013, p. 34).

#### 4. O CONTEXTO TRANSICIONAL COMO AMBIENTE PROPÍCIO PARA À RESSIGNIFICAÇÃO TEÓRICA

Nesta seção, passaremos a explicar a influência do contexto democrático de transição argentino sobre as teorizações dos filósofos acima mencionados, dando conta: a) da abordagem feita por C. S. Nino a uma *teoria normativa não ideal* e a um liberalismo amplo com notórios *elementos republicanos cívicos*; e b) a ressignificação de O. M. Fiss de seu conceito de direitos humanos como *ideais sociais*, abandonando assim sua definição de meros padrões jurídicos positivos, bem como sua nuance de rejeição da Escola Crítica de Direito e sua aproximação a um certo *modelo político republicano*.

##### 4.1. DUAS VIRADAS CONCEITUAIS: A APROXIMAÇÃO DE C. S. NINO A TEORIA NORMATIVA NÃO IDEAL E REPUBLICANISMO CÍVICO NA SUA OBRA

Em termos de sua virada normativa não ideal, deve-se notar que em várias passagens de suas obras teóricas, projetadas após o governo de transição afonsinista, C. S. Nino afirma que a legitimidade política não é uma questão de tudo ou nada, mas deve ser medida por *graus*, sendo então um ideal regulador (NINO, 1997, p. 24).

Assim, não contentando-se apenas em participar das mais exaltadas discussões teóricas, é que C. S. Nino aplicou no início da década de 90 do século XX sua teoria normativa ao estudo de governos políticos reais, apontando que os defeitos de *legitimidade* e *estabilidade* democrática típicos dos sistemas atuais, podem ser superados, se somente estes incorporam reformas progressivas e graduais que os levam a adotar uma *concepção democrática deliberativa* (NINO, 1997, pp. 1-10).

Na opinião de C. S. Nino, ambos termos explicam preocupações igualmente relevantes, mas diversas em tipo e conteúdo. A questão da *estabilidade* política é empírica e envolve a análise de quais desenhos institucionais e dinâmicas de interação entre sujeitos políticos devem ser implementados e promovidos para alcançar sistemas presidenciais democráticos duradouros

ao longo do tempo. A questão da *legitimidade* política é normativa e implica atender à concepção democrática que justifica moralmente a adoção de um certo desenho institucional formal de governo e promover como desejável alguma interação entre atores políticos (NINO, 1992, pp. 177-178).

Além disso, pode-se apontar que a *perspectiva normativa não ideal* assumida por C. S. Nino tem duas peculiaridades. Em primeiro lugar, como mencionamos em outra seção, sua definição de *constitucionalismo democrático* incorpora a face prática ou real, de modo que a teoria não-ideal é uma parte imanente dela, com a qual é, em sua opinião, imprudente pensar a história e a prática constitucionais como um componente irrelevante ou externo à normatividade política. Em segundo lugar, a racionalidade específica da esfera política é de um tipo *intersubjetivo*, com o qual não é possível aplicar um ideal abstrato, presumivelmente objetivo, nem impor um horizonte subjetivo de sentido, por meio de intervenções individuais isoladas, mas deve partir do fato de que a política é uma prática coletiva (NINO, 1997, pp. 42-53).

Nesse referencial histórico específico e no ecossistema teórico, C. S. Nino apontou que o conceito de *direitos humanos* “...foi moldado no contexto de uma certa concepção moral substantiva que estava marcando algumas de suas características distintivas...” (NINO, 1989, p. 13). No entanto, este filósofo não renuncia a dar-lhes uma dimensão jurídica positiva, mas pensa neles como *direitos complexos*. Por um lado, em sua opinião “...parece óbvio que, quando falamos de direitos humanos, nos referimos a situações normativas que estão estipuladas em disposições do direito positivo nacional e internacional...” (NINO, 1989, pp. 14-15). Por outro lado, afirma que em certos contextos em que a referência à expressão direitos humanos assume importância radical, de protesto ou indignação contra normas, instituições ou medidas controversas, esses direitos não funcionam apenas como normas de direito positivo, mas deve-se admitir que “...derivam de princípios morais, ou mais precisamente, de um sistema de princípios morais...” (NINO, 1989, p. 25). Isso implica que para C. S. Nino, como para outros filósofos normativistas do direito, há uma certa conexão interna e não meramente externa entre os planos jurídicos positivos e morais ideais (NINO, 1989, pp. 15-25).

Da mesma forma, em relação à virada feita por C. S. Nino para os anos 90 de uma teoria idealista para uma *teoria normativa não ideal*, vale a pena insistir em suas definições de racionalidade coletiva. Nessa área, C. S. Nino afirmou que “...quando só podemos fazer uma contribuição para um trabalho coletivo cujo produto final não controlamos, o racional pode ser

escolher não o modelo ou princípio mais defensável, mas outros com méritos menores...” (NINO, 2013, p. 41). Tal tipo de racionalidade “...limitada por certas escolhas de outros no trabalho coletivo, poderia ser chamada de o segundo melhor, uma vez que muitas vezes nos leva a um afastamento progressivo do modelo ótimo...” (NINO, 2013, p. 41). Assim, em condições regulatórias não ideais, propostas de soluções para diversos problemas poderiam surgir a partir da “...adoção de um tipo de raciocínio escalonado em dois níveis...”, tendo no primeiro nível “...razões que legitimam ou não a prática social constituída por esta Constituição...” (NINO, 2013, p. 45), enquanto no segundo nível “...trata-se de aplicar essa Constituição para justificar ações ou decisões...” (NINO, 2013, p. 46).

Por outro lado, em relação à *virada republicana* feita por C. S. Nino em sua teoria democrática para a década dos anos 90’, que inicialmente se baseava plenamente em princípios liberais, deve-se notar que esse filósofo argentino moderou sua perspectiva no início puramente liberal, passando depois a considerar como aceitável o *republicanismo cívico*, isto é, àquela perspectiva política normativa pela qual se considera que as virtudes cívicas são instrumentalmente valiosas, como meios necessários, embora não suficientes, para promover a existência e a validade de um Estado de direito democrático legítimo e eficaz. Nessa *perspectiva republicana cívica*, C. S. Nino considerava que o Estado democrático deveria promover ativamente certas virtudes intelectuais e sociais cívicas, como a tolerância a diferentes modos de vida, a confraternização com indivíduos de diferentes grupos sociais e a capacidade argumentativa de marcar e justificar a própria posição em relação ao resto, não sendo então o Estado neutro nesses aspectos (NINO, 2012, pp. 385-386). Pelo contrário, C. S. Nino rejeita uma versão ou interpretação perfeccionista do republicanismo, segundo a qual as virtudes cívicas são condições intrinsecamente valiosas, assim como o Estado de Direito democrático legítimo e efetivo deve promover uma concepção abrangente e uniforme do bem comum (NINO, 2012, p. 385).

Além disso, C. S. Nino aponta por volta de 1992 que a crença de alguns liberais de que apenas se deve promover o respeito aos interesses individuais dos cidadãos, que se equilibram ao confrontar ou discutir, é completamente falsa, havendo uma espécie de mão educativa invisível (NINO, 2011, p. 234). Em consideração a esse filósofo argentino, “...isso é impossível porque existem estruturas de interação que fazem com que a busca dos interesses brutos dos indivíduos leve a frustrar esses mesmos interesses...” (NINO, 2011, p. 235). Esse primeiro

argumento poderia ser considerado pragmático ou baseado na eficiência, enquanto há um segundo argumento em sua obra, um pouco mais profundo de um tipo moral ou baseado na virtude cívica, que afirma o seguinte: “...as normas intersubjetivas que tornam possível uma autonomia pessoal máxima igualmente distribuída, ao contrário dos ideais pessoais de vida, não podem ser deixadas à livre escolha de cada indivíduo...”, pelo contrário, “...há normas intersubjetivas que devem necessariamente ser promovidas e até mesmo coercitivamente impostas para que a autonomia pessoal se materialize...” (NINO, 2011, p. 235). Essa passagem demonstra a intenção de C. S. Nino de conectar sua conhecida defesa do *construtivismo epistemológico* com sua abordagem do *republicanismo cívico*. A esse respeito, o autor afirma “...contra o elitismo epistêmico, que finge que através de nossa reflexão individual isoladamente podemos mais provavelmente chegar a conhecer princípios morais...”, deve-se afirmar que a deliberação entre todos os afetados que chega a uma decisão majoritária “...gera uma dinâmica que é mais provável que leve a que os interesses dos envolvidos sejam atendidos de forma imparcial...” (NINO, 2011, p. 236).

Finalmente, deve-se notar que tanto C. S. Nino quanto O. M. Fiss entendiam o *republicanismo cívico* como uma concepção normativa do político que promove os princípios da igualdade, liberdade e participação política. Nesse sentido, pode-se afirmar que há boas razões para reconhecer um modelo republicano “...associado às ideias de participação, primazia dos *demos* e deliberação, e que se opõe ao liberal, associado às ideias de delegação, direitos e negociação...” (OVEJERO LUCAS, 2008, p. 130). Em outras palavras, no caso do republicanismo “...a partir de princípios diferentes, procurou justificar uma ideia de democracia participativa, deliberativa e com prioridade das decisões dos cidadãos sobre qualquer outra consideração...” (OVEJERO LUCAS, 2008, p. 136).

Nesse contexto teórico, é relevante demarcar certas diferenças entre *liberalismo* e *republicanismo*. Como foi observado em vários trabalhos, “...a posição do liberalismo em matéria de direitos tem sua origem, provavelmente, na ameaça mais temida por essa concepção: a tirania da maioria...” (GARGARELLA, 2001, p. 29). Pelo contrário, “...o republicanismo (...) procura apoiar-se, em vez de limitá-la, na vontade da maioria. A principal ameaça, neste caso, parece vir de minorias opressoras...” (GARGARELLA, 2001, p. 29). No entanto, deve-se notar que “...embora as diferenças entre republicanismo e liberalismo sejam inegavelmente importantes...” (GARGARELLA, 2001, p. 32), esse antagonismo só se torna especialmente

relevante quando o contraste é entre um certo republicanismo participativo, progressista ou radical e um certo liberalismo clássico, conservador ou elitista. O liberalismo igualitário, no entanto, dificilmente poderia ser considerado “...uma opção contrária à oferecida pelo republicanismo. O liberalismo igualitário, ao contrário, parece coincidir com o republicanismo em muitas de suas reivindicações mais interessantes...” (GARGARELLA, 2001, p. 32).

#### **4.2. DUPLA MUDANÇA: DOS DIREITOS POSITIVOS AOS IDEAIS SOCIAIS, DO ANTI-CRÍTICISMO AO REPUBLICANISMO CÍVICO NA OBRA DE O. M. FISS**

Como afirmamos, a principal linha de argumentação de O. M. Fiss, voltada para sustentar a ideia de que os *direitos humanos* devem ser considerados como *ideais sociais* e não como meros direitos positivos ou como direitos naturais, foi alimentada por uma defesa expressa da legitimidade democrática de cada sociedade para julgar seus próprios criminosos. Nesse sentido, O. M. Fiss apontou que no caso argentino “...o uso de um tribunal nacional para atribuir responsabilidades aos generais também contribuiu para aliviar o conflito entre a justiça e outro ideal moral e político, o da democracia...”, atento que naquele caso “...o tribunal era parte de um sistema de governo que, em última análise, foi fundado no consentimento dos governados...” (FISS, 2013, p. 15).

Como apontamos, o chamado *Julgamento das Juntas*, um processo legal localizado em um tempo e lugar precisos, promoveu um novo olhar sobre o conceito de direitos humanos na obra de O. M. Fiss. A este respeito, esse pensador assinalou que, antes do julgamento das juntas argentinas, considerava os direitos humanos principalmente como *imperativos legais*, isto é, “...como uma expressão do que as pessoas devem receber dos outros e, ainda mais importante, o que alguma agência governamental é obrigada a impor ou implementar através de seus poderes coercitivos...” (FISS, 2013, p. 25). No entanto, após esse processo judicial propiciado pelo Alfonsinismo, O. M. Fiss começou a “...pensar que o que estava em jogo era uma dinâmica mais sutil. Os direitos humanos devem ser entendidos como ideais sociais e não como imperativos legais...” (FISS, 2013, p. 25). O *Julgamento das Juntas* ofereceu a O. M. Fiss, uma ratificação dessa hipótese, uma vez que considerava que “...na Argentina, durante as décadas de 1980 e 1990, os direitos humanos funcionavam não como imperativos legais, mas como ideais sociais...”, o que se observava “...não só nos protestos que antecederam a queda do regime militar, mas também (...) no julgamento em Buenos Aires...” (FISS, 2013, p. 27).

Nessa mesma direção, O. M. Fiss indicou que “...os direitos humanos não anularam a lei de anistia que a Junta aplicou a si mesma...”, disse atento, o decreto-lei militar foi realmente revogado por uma lei expressa do recém-eleito Congresso Nacional argentino, e depois foi criticado “...pela Suprema Corte da Argentina, cuja decisão foi baseada em uma análise constitucional convencional referente ao *status* dos decretos emitidos por uma junta...” (FISS, 2013, p. 27).

Da mesma forma, O. M. Fiss apontou, contra vários ataques teóricos conservadores, que “...os direitos humanos não põem em dúvida a autonomia da lei, mas, pelo contrário, a reafirmam, uma vez que são a própria expressão da justiça...” (FISS, 2013, p. 63). Além disso, O. M. Fiss enfatizou que “...os direitos humanos são colocados em um plano completamente diferente do mercado, ou do neoliberalismo em geral...” (FISS, 2013, p. 4). Isso é verdade, dado que “...o objetivo do neoliberalismo é o crescimento econômico e a instalação de um sistema de recompensas que são concedidas às pessoas com base em sua contribuição para a produtividade...”, enquanto “...o objetivo dos direitos humanos é muito mais robusto: a proteção da dignidade humana...” (FISS, 2013, p. 64).

No que diz respeito às nuances, reformas ou ajustes que formulou à sua perspectiva liberal igualitária, em defesa de um certo *republicanismo cívico*, vale ressaltar a disputa que O. M. Fiss tem mantido com os defensores da Escola Crítica de Direito. Inicialmente, no texto sugestivo “A morte do direito?”, concebido como artigo em 1985, e posteriormente publicado como capítulo de seu livro “O Direito como razão pública” (FISS, 2007), O. M. Fiss faz críticas aos Estudos Críticos do Direito, afirmando que eles “...rejeitam a noção de direito como um ideal público...”, ao “...proclamar a lei como política...” (FISS, 2007, p. 251).

Nesse texto de meados dos anos 80’, O. M. Fiss adverte que os membros dos Estudos Críticos do Direito “...argumentam que não há padrões que limitem os juízes ou determinem se uma decisão está correta na lei...” (FISS, 2007, p. 259). Assim, na opinião dos seguidores dessa perspectiva jurídica, “...o Direito não é o que parece: objetivo e capaz de levar a respostas corretas. É só política vestida com outras roupas...” (FISS, 2007, p. 259). Contra essa posição, O. M. Fiss observa que “...os magistrados estão sujeitos a disciplina no exercício de seu poder. Eles estão presos na teia composta pelas chamadas regras de disciplina, que, como uma gramática, definem e constituem a prática de julgar...” (FISS, 2007, p. 261). Pior ainda, na opinião de O. M. Fiss, os defensores dos Estudos Críticos do Direito argumentam “...que a lei,

por sua própria natureza, nunca pode suprir os limites necessários para atingir sua objetividade...” (FISS, 2007, p. 262). Em outras palavras, sua postura é mais enfática quando assevera que para os críticos “...não é que não existam respostas corretas, mas é que nunca poderá haver respostas corretas...” (FISS, 2007, p. 262). E assim, na opinião de O. M. Fiss, a Escola Crítica de Direito rejeita a ideia de que o direito deve ser entendido “...como uma personificação da moralidade pública...” (FISS, 2007, p. 264).

De uma perspectiva superadora, O. M. Fiss defende *uma concepção de direito como razão pública*, segundo a qual se exige “...uma crença nos valores públicos e uma vontade de agir sobre eles...” (FISS, 2007, p. 265). Em seu incisivo capítulo intitulado “Razão *versus* Paixão”, de seu livro “O Direito como razão pública” (FISS, 2007), O. M. Fiss afirma que a concepção de direito como razão pública considera que “...o método legal é racional...” e de “...natureza deliberativa...” (FISS, 2007, p. 269). Por um lado, nessa perspectiva normativa, O. M. Fiss afirma que, durante o processo judicial, os juízes devem “...refletir sobre tudo o que ouviram e tentar avaliar os pontos fortes e fracos dos argumentos...” (FISS, 2007, p. 269). Assim, “...dado o seu caráter deliberativo, a decisão judicial pode ser concebida como o modelo de todas as decisões racionais, particularmente as de natureza pública...” (FISS, 2007, p. 269). Por outro lado, a concepção de direito como razão pública, na opinião de O. M. Fiss deve combinar racionalidade instrumental e racionalidade substantiva. Nesse sentido, O. M. Fiss adverte que “...enquanto o raciocínio instrumental domina o estágio de remédio, a racionalidade substantiva –isto é, o refinamento e a elaboração de fins através do processo de deliberação– constitui a essência da fase de declaração de direitos do prêmio...” (FISS, 2007, p. 270).

Finalmente, essa perspectiva filosófica jurídica, que concebe o direito como razão pública e endossa a intersubjetividade do direito é orientada para uma definição de direito “...como força capaz de gerar a nossa vida pública...”, que assenta na ideia de que “...precisamos de uma moralidade pública para ter um direito, mas, ainda mais, precisamos do direito para ter uma moralidade pública...” (FISS, 2007, p. 266). Em suma, mesmo que não atinja plenamente seus objetivos, a verdade é, como O. M. Fiss aponta, que uma *concepção de direito como razão pública*, pelo menos “...pode tornar-nos plenamente conscientes dos perigos que surgem (...) dos Estudos Críticos do Direito e, assim, podemos fortalecer nossa determinação de resistir a esses movimentos...” (FISS, 2007, p. 266).

No entanto, é pertinente dizer que O. M. Fiss matizou fortemente sua crítica inicial à Escola Crítica de Direito e com isso marcou, como C. S. Nino, um certo distanciamento de uma formulação tradicional do liberalismo, conectando suas intuições a um certo *republicanismo cívico*. Em um valioso artigo subsequente publicado na Revista Doxa em 1992, O. M. Fiss afirmou que desejava oferecer “...uma atualização dessa ideia...” (FISS, 1992, p. 233) observando que na década dos anos 90’ seu “...ponto de vista sobre a Escola Crítica de Direito é, de certa forma, diverso...” (FISS, 1992, p. 234). Assim, O. M. Fiss aponta que “...dez anos depois, a Escola Crítica de Direito tornou-se um movimento mais pluralista e multifacetado...” (FISS, 1992, p. 235). Em seguida, ele passa a fazer duas fortes autocríticas de sua compreensão inicial das premissas em que se baseia a Escola Crítica de Direito, para as quais ele retoma o famoso slogan dessa perspectiva jurídica, segundo a qual “o Direito é política”. A este respeito, O. M. Fiss afirma que talvez em 1985 ele pudesse “...ter entendido mal o que ele quer dizer...” (FISS, 1992, p. 235). Aqui estão duas autocríticas notáveis. Primeiro, ele afirma ter acreditado “...que, ao proclamar que o Direito é política, os proponentes da escola crítica do direito tinham em mente uma forma bastante básica de política, a política como comportamento de mercado...”, no entanto, seus seguidores talvez quisessem assumir “...uma visão mais nobre e idealista da política (...) associado à tradição republicana clássica que está sendo redescoberta e revivida por uma coleção de juristas...” (FISS, 1992, p. 235). Em segundo lugar, adverte que erroneamente interpretou “...que o verbo *é* no slogan o Direito é política pretendia estabelecer uma identidade entre as duas esferas...”, enquanto talvez esse verbo realmente pretendesse “...enfraquecer a continuidade de ambos...” nos alertando sobre a função “...indispensável da política no direito...” (FISS, 1992, p. 237). A partir dessa nova leitura, O. M. Fiss afirmou então que “...a ênfase na política proposta pela escola crítica do direito...” nos permitiria identificar melhor as circunstâncias políticas em que a lei funciona (FISS, 1992, p. 239).

## CONCLUSÃO

No presente trabalho cumprimos três objetivos argumentativos específicos. Cada um desses objetivos explicativos recebeu um tratamento temático especial e correspondeu ao que foi desenvolvido nas seções que compõem este artigo.

Em primeiro lugar, colocamos as propostas intelectuais de C. S. Nino e O. M. Fiss no âmbito de um contexto intelectual expansivo, o processo de justificação normativa do

juízo das juntas militares argentinas e as propostas de reformas constitucionais feitas nesse país durante o referido período de transição política (1983-1989). Por um lado, no contexto do processo que justifica o julgamento dos conselhos, referimo-nos à interpretação particular que ambos os autores deram ao conceito de direitos humanos, especificando a influência prática que eles ofereciam. Por outro lado, no que se refere às propostas de reforma constitucional, resumimos brevemente algumas das principais recomendações feitas pelo Conselho para a Consolidação da Democracia (CDD) nos seus dois relatórios ou pareceres.

Em segundo lugar, reconstruímos sinteticamente as teorizações feitas sobre os termos democracia constitucional e direitos humanos pelos filósofos políticos C. S. Nino e O. M. Fiss. Assim, por um lado, introduzimos e desenvolvemos brevemente os conceitos de *liberalismo igualitário*, *constitucionalismo democrático*, *legitimidade democrática* e *direitos humanos* na obra de C. S. Nino, enquanto, por outro, apresentamos os conceitos de *direitos humanos como ideais sociais*, *justiça transicional*, *direito como razão pública* e *neoliberalismo* desenvolvido na obra do O. M. Fiss.

Em terceiro lugar, explicamos a influência do contexto transicional argentino em sua teorização, dando conta: a) da aproximação feita por C. S. Nino a uma teoria normativa não ideal e a um liberalismo amplo com elementos republicanos cívicos; e b) à ressignificação de O. M. Fiss de seu conceito de direitos humanos como ideais sociais, abandonando, assim, sua definição de direitos humanos como meros padrões jurídicos positivos, bem como a mitigação de suas objeções à Escola Crítica de Direito e sua aproximação a certo republicanismo cívico.

Finalmente, aplicando essas teorizações aos processos de democratização e justiça humanitária ocorridos durante a transição democrática argentina, consideramos que a implementação de uma *concepção republicana cívica de democracia e direitos humanos* implicou pelo menos três vantagens sobre uma típica estratégia liberal. Nesse sentido, cada um dos três argumentos que apresentaremos a seguir oficiaria razões auxiliares oferecidas em favor das medidas institucionais justificadas pelas teorias ressignificadas de C. S. Nino e O. M. Fiss.

Em primeiro lugar, a existência, no final de 1983, de uma força militarizada ainda convencida de seus próprios argumentos moralizadores da vida cívica política, restritiva de uma vida cívica plural e inclusiva, exigiu bases argumentativas um pouco mais sólidas, que não apenas abrissem espaço para o debate fundamentado, o diálogo racional, a deliberação política, mas também a retroversão da hegemonia militar em vigor. A dominação militar a ser

completamente superada não exigia somente medidas liberais, como proteção das liberdades de pensamento e expressão, mas a constituição de uma nova estrutura republicana de não-dominação, estável, robusta e intransponível. Não adotar esse caminho haveria significado deixar em aberto a possibilidade, sempre latente, de uma contraofensiva militar decisionista.

Em segundo lugar, a história sinala que medidas racionais e razoáveis, o bem desejáveis e exequíveis, em matéria de direitos humanos, precisam ser acompanhadas de medidas semelhantes no domínio da soberania econômica e financeira. A meta é evitar cair nas receitas neoliberais impostas pelas agências internacionais de crédito. A este respeito, o princípio da não-dominação promovido pelo republicanismo cívico exige não só uma participação equitativa em questões humanitárias estritamente jurídicas y políticas, mas também, em termos econômicos e financeiros, solicitando que cada nação não negligencie, abandone ou renuncie nunca às suas reivindicações de autonomia ou soberania econômico-social.

Em terceiro lugar, intimamente ligados ao ponto anterior, os avanços humanitários produzidos em termos jurídicos e políticos, em relação a certas práticas do Estado ou de indivíduos, que foram firmemente declaradas como indesejadas, como a militarização e a extrema polarização da política, projetaram uma série de medidas que atribuíram às organizações humanitárias um papel não somente expressivo o jurídico, como afirmavam certos liberais, mas também democrático participativo sobre as políticas de Estado, formando conselhos deliberativos com genuína capacidade decisória sobre importantes aspectos da vida política dos cidadãos, como recomendavam os partidários de um republicanismo cívico.

Em suma, em nossa opinião, a igual que para C. S. Nino e O. M. Fiss, uma defesa adequada da democracia e dos direitos humanos implica a construção de um núcleo de princípios políticos republicanos estabelecidos em uma Constituição que seja à prova de ataques autoritários, sejam eles militares, partidários ou mediáticos. Nesse sentido, o apropriado caminho para uma reforma constitucional deve de substanciar-se através de um conselho deliberativo cidadão, não somente de pareceres expertos como foi fomentado, em tanto genuíno suporte político do complexo processo reformista democrático a projetar, isto tendo em vista que sem apoio social popular e político-partidário as reformas normativas dificilmente se concretizam. A história mostrou a inexistência, naquela época, de condições suficientes para consolidar plenamente esses três avanços, mas a teoria política republicana ainda sobrevive.

## REFERÊNCIAS

ALFONSÍN, R. R. **Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos**, Buenos Aires: F.C.E., 2004.

BASOMBRÍO, M. C. Intelectuales y poder: la influencia de Carlos Nino en la presidencia de Alfonsín. **Temas de la historia argentina y americana**, Buenos Aires, n. 12, p. 15-51, 2008.

BASOMBRÍO, M. C. Intelectuales y poder: la confluencia socialismo-liberalismo durante la presidencia de Alfonsín. **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 376-398, 2014.

FISS, O. M. El derecho recuperado. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Madrid, n. 11, p. 233-246, 1992.

FISS, O. M. **El derecho como razón pública**. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

FISS, O. M. **Los mandatos de la justicia. Ensayos sobre Derecho y derechos humanos**. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

GARGARELLA, R. El republicanismo y la filosofía política contemporánea. *In*: BORON, A. (Comp.). **Teoría y Filosofía Política. La tradición clásica y las nuevas fronteras**. Buenos Aires: CLACSO, 2001. p. 23-43.

GUTMANN, A.; THOMPSON, D. **Democracy and Disagreement**, Harvard: Harvard U.P. 1996.

KYMLICKA, W. **Contemporary political philosophy. An introduction**. Oxford: Oxford U.P., 2002.

NINO, C. S. The Human Rights Policy of the Argentine Constitutional Government: A Reply. **The Yale Journal of International Law**, Nueva York, n. 11, p. 217-230, 1985.

NINO, C. S. **Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

NINO, C. S. **Fundamentos de Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 1992.

NINO, C. S. **Constitución de la democracia deliberativa**. Buenos Aires: Gedisa, 1997.

NINO, C. S. **Un país al margen de la ley**. 4. ed. Buenos Aires: Ariel, 2011.

NINO, C. S. **Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2012.

NINO, C. S. **Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades.** Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

OVEJERO LUCAS, F. **Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo.** Buenos Aires: Katz, 2008.

PORTANTIERO, J. C. La reforma del Estado. Una constitución para la democracia. **La Ciudad Futura**, Buenos Aires, n. 1, p. 15-18, 1986.

**Sobre o autor:**

**Nicolás Emanuel Olivares** | [olivares.nicolasemanuel@gmail.com](mailto:olivares.nicolasemanuel@gmail.com)

Graduação: Advogado (2009, UNC), Professor Universitário (2011, UCC). Pós-Graduação: Doutor em Direito e Ciências Sociais. (2017, UNC), Mestre em Direito e Argumentação Jurídica (2017, UNC). Trabalho de pesquisa: Bolsista de Doutorado CONICET-UNC (2012-2017), Bolsista de Pós-Doutorado Interno CONICET-IEHSOLP (2017-2019), Bolsista de Pós-Doutorado Externo CONICET-UdG (2019-2021), Pesquisador Científico Assistente do CONICET-IEHSOLP (2021-2023). Docência universitária: Professor em Direito Constitucional (UNLPam) e Professor em História das Instituições (UNLPam).

**Data de submissão:** 18 de novembro de 2022.

**Data do aceite:** 09 de janeiro de 2023.

