



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Vicente Higinio Neto

**Hermenêutica jurídica cosmopolita sob a  
perspectiva arendtiana-zagrebelskiana**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
Mestrado em Direito  
Econômico e Social

Curitiba, fevereiro de 2007

**CCJS - CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ**

**Vicente Higinio Neto**

**Hermenêutica jurídica cosmopolita sob  
a perspectiva arendtiana-zagrebelskiana**

**Dissertação de Mestrado**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Social.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Doutora Cláudia Maria  
Barbosa

Curitiba  
Fevereiro de 2007

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ**

**Vicente Higino Neto**

**Hermenêutica jurídica cosmopolita sob  
a perspectiva arendtiana-zagrebelskiana**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUCPR. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

**Prof<sup>a</sup>. Doutora Claudia Maria Barbosa**  
**Orientadora**

Programa de Pós-graduação em  
Direito Econômico e Social - PUCPR

**Prof. Doutor Menelick de Carvalho Netto**  
UFMG

**Prof<sup>a</sup>. Doutora Flávia Cristina Piovesan**  
PUCSP

**Prof<sup>a</sup>. Doutora Katya Kozicki**  
Programa de Pós-graduação em  
Direito Econômico e Social - PUCPR

Curitiba, fevereiro de 2007

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

## Vicente Higinio Neto

Graduou-se em Direito na FDC (Faculdade de Direito de Curitiba) em 1994. Especialista em Direito Constitucional pela ABDCONST (Academia Brasileira de Direito Constitucional) e em Direito Privado, Direito Tributário, Direito Processual Civil e Direito Contemporâneo pelo IBEJ (Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos). É advogado desde o ano de 1996.

## Ficha Catalográfica

|               |  |
|---------------|--|
| H634h<br>2006 | Higinio Neto, Vicente<br>Hermenêutica jurídica cosmopolita sob a perspectiva arendtiana-zagrebelskiana / Vicente Higinio Neto ; orientadora, Claudia Maria Barbosa. - 2006.<br>297 f. ; 30 cm  |
|               | Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006<br>Inclui bibliografia   |
|               | 1. Hermenêutica (Direito). 2. Direito constitucional. 3. Arendt, Hannah. 4. Zagrebelski, Gustavo. 5. Direitos civis. 6. Juízo. I. Barbosa, Claudia Maria. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título. |
|               | Doris - 4. ed. 340.326<br>341.22<br>342.115  |

## Agradecimentos

A idéia desta obra foi concebida durante o curso de especialização em direito constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional no ano de 2004, em Curitiba, sob a orientação da Professora Claudia Maria Barbosa, já lá estudada sob a perspectiva do Constitucionalismo.

Ao longo da realização dos créditos do mestrado no ano de 2005, a Professora Katya Kozicki, trabalhando a perspectiva arendtiana, nos contagiou com a riqueza do pensamento de Hannah Arendt, assim como o Prof. Daniel Omar Perez, com os conceitos de cosmopolitismo e hospitalidade, e aí começamos a pensar se a hermenêutica jurídica sob tal perspectiva se mostraria relevante, havendo o convencimento de tal assertiva.

Ao longo do amadurecimento da idéia, as sugestões de Katya Kozicki e Daniel Omar Perez foram fundamentais para que o projeto fosse levado adiante, ficando aqui meu profundo agradecimento a eles.

Meu maior agradecimento à minha orientadora, a Professora Claudia Maria Barbosa, pela paciência em indicar-me os excessos e as incoerências do trabalho, à liberdade que me concedeu ao decidir sobre o conteúdo do trabalho e à sua sabedoria em apontar caminhos.

Agradecimento especial há de ser feito à Professora Flávia Piovesan, pela enorme contribuição de suas idéias, presentes de forma marcante nesse trabalho, e também por acreditar que o diálogo entre o direito constitucional e o direito internacional há de ser aprofundado para que o processo hermenêutico reste enriquecido.

À Eva e à Isabel, trabalhadoras incansáveis do programa de mestrado e doutorado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, minha enorme gratidão pela assessoria e apoio logístico sem o qual a conclusão do mestrado se tornaria impossível.

Aos mestrandos dos anos de 2005 e 2006, o meu muito obrigado, pois foi com eles que as idéias amadureceram e por meio dos acirrados debates que o projeto foi ganhando corpo.

Agradeço especialmente à Pontifícia Universidade Católica do Paraná pela bolsa de estudos concedida sem a qual as dificuldades seriam muito maiores.

Agradeço também ao Tribunal de Contas do Estado do Paraná, por me conceder licença especial para escrever o presente trabalho, tempo valioso e sem o qual o trabalho dificilmente seria desenvolvido na perspectiva em que aqui o foi.

Impossível, por fim, deixar de agradecer ao que há de mais precioso em nossas vidas: nossa família. Assim, meu especial pedido de desculpas e agradecimentos mil não de ser dados à Márcia, minha mulher, e meus filhos Jamile, Jean e Vinicius, por privar-lhes de muitas horas que poderíamos ter compartilhado juntos.

## Resumo

Higino Neto, Vicente; Barbosa, Claudia Maria. **Hermenêutica jurídica cosmopolita sob a perspectiva arendtiana-zagrebelskiana**. Curitiba, 2007. 293 p. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Social, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Hermenêutica jurídica cosmopolita tem por objetivo pensar na possibilidade de uma hermenêutica jurídica mais plena de sentido, a partir do conceito de mentalidade alargada (do pôr-se no lugar do outro a partir da sensação de dor ou das conseqüências por ele suportadas), dos conceitos interdependentes de cosmopolitismo (terra como morada comum) e hospitalidade (não a da tolerância, caritativa, mas a da ética, da amabilidade, sem exigências, sem imposições), dos conceitos de juízo reflexionante (como decidir por meio de particulares) e de validade exemplar (o exemplo como modelo de julgamento), da ductibilidade do direito no século XXI, da potencialização da hermenêutica por intermédio do acoplamento entre direito constitucional e direito internacional, a partir de um marco jurídico principiológico e de uma teoria constitucional centrada nos direitos fundamentais. Cinco categorias ou vínculos constituem o esteio desse projeto: a) que sujeito se quer construir: um sujeito replicante, entificado, coisificado ou um sujeito ontológico, que busca pelos sentidos das coisas; b) os conceitos de cosmopolitismo e hospitalidade; c) o debate entre universalistas e relativistas; d) o regresso do político e e) a relação entre o político e o jurídico. A ação, o pensamento e o juízo exercidos num espaço plural (comunicável) que garanta o retorno do senso comum e da opinião são as categorias capazes de construir a verdade e servir de guia naqueles momentos em que parecem inexistir soluções ou parâmetros para a compreensão-construção-aplicação-concretização da norma jurídica, percurso este que levou à valorização da tópica e da retórica e a destacar a categoria da validade exemplar. A partir de uma abordagem zetética, verificou-se que é possível ampliar-se as condições do saber por meio da interdisciplinaridade com outras áreas de conhecimento, permitindo-se interpretar as regras e os princípios jurídicos já construídos ou construir novas regras e princípios sob ângulos mais iluminados, mais radiantes, capazes de erigir visões de mundo onde a ética e a responsabilidade impeçam o surgimento e a instalação



da banalidade do mal. Exige do aplicador do direito uma tomada de posição crítica que vá além da dogmática jurídica tradicional (subsunção) e crítica (regras e princípios), incorporando a hermenêutica filosófica, que não aceita as normas jurídicas postas sem questioná-las, sem colocá-las sob o crivo do diálogo, do discurso, das opiniões, do senso comum, da linguagem, do poder, da dominação, reconhecendo na hermenêutica filosófica a possibilidade de desocultar, desvelar novos sentidos para o que se faz e permita uma reflexão da ação humana de uma forma muito mais transparente; de uma forma que permita se inicie algo novo; que se criem mundos melhores que os até aqui construídos. A hermenêutica aqui defendida é uma hermenêutica que busca ampliar sentidos, uma hermenêutica preocupada em encontrar critérios adequados para os reais problemas humanos.

### **Palavras-chave**

Hermenêutica; constitucional; direitos fundamentais; regresso do político; cosmopolitismo; hospitalidade; mentalidade alargada; juízo reflexionante; validade exemplar; ductibilidade.

## Abstract

Higino Neto, Vicente; Barbosa, Claudia Maria (Advisor). **Cosmopolitan juridical hermeneutics under the arendtian-zagrebelskian perspective.** Curitiba, 2007. 293 p. MSc. Dissertation – Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Social, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

The cosmopolitan juridical hermeneutics has for objective to think in the possibility of a fuller of sense juridical hermeneutics, starting from the concept of enlarged mentality (of putting yourself in the place of the other starting from the pain sensation or the consequences supported by him), of the interdependent concepts of cosmopolitanism (earth as common home) and hospitality (not the one of the tolerance, charitable, but the one of the ethics, of the kindness, without demands, without impositions), of the concepts of reflexive judgement (how to decide through matters) and of exemplary validity (the example as judgement model), of the ductibility of the right in the XXI century, of the hermeneutics potencialization through the joining between the constitutional right and the international right, starting from a principle juridical mark and a constitutional theory centered in the fundamental rights. Five categories or bonds constitute the shore of this project: a) the subject that we want to build: a replicant subject or an ontological subject, that looks for the senses of the things; b) the cosmopolitanism and hospitality concepts; c) the debate between universalists and relativists; d) the return of the political; and, e) the relationship between the political and the juridical. The action, the thought and the judgement exercised in a plural space (communicable) that guarantees the return of the common sense and of the opinion are the categories capable to build the truth and to guide us on those moments in that it seems to inexistent solutions or parameters for the understanding-construction-application-materialization of the juridical norm, whose course took to the topic and the rhetoric valorization and to detach the category of the exemplary validity. Starting from a zetetic approach, it was verified that it is possible to enlarge the conditions of the knowledge through the interdisciplinarity with other knowledge areas, allowing to interpret the juridical rules and principles already built or to build new rules and principles under more illuminated, more radiant angles capable to build world visions in those the ethics and the

responsibility prevent the appearance and the installation of the banality of the evil. It demands from the applicator of the right a socket of critical position that goes besides the traditional (subsumption) and critical (rules and principles) juridical dogmatic, incorporating the philosophical hermeneutics, that does not accept the juridical norms presented without questioning them, without putting them under the sieve of the dialogue, of the speech, of the opinions, of the common sense, of the language, of the power, of the dominance, recognizing in the philosophical hermeneutics the possibility to reveal new senses for what we are doing, allowing us to see ourselves and our actions in a much more transparent way; in a way that allows we begin something new, that better worlds are created, worlds better than the ones built until then. The hermeneutics, that is defended in this paper, is an hermeneutics that looks for enlarging senses, an hermeneutics concerned in finding appropriate criteria for the real human problems.

## **Keywords**

Hermeneutics; constitutional; fundamental rights; return of the political; cosmopolitanism; hospitality; enlarged mentality; reflexive judgement; exemplary validity; ductibility.

## Sumário

|  |    |
|--|----|
| 1. Introdução  | 13 |
| 1.1. O problema  | 13 |
| 1.2. Pressupostos  | 13 |
| 2. Categorias possibilitadoras de uma hermenêutica jurídica cosmopolita          | 23 |
| 2.1. Cosmopolitismo e hospitalidade  | 23 |
| 2.2. Universalismo e relativismo: por um cosmopolitismo dúctil ou de confluência | 32 |
| 2.3. O político  | 33 |
| 2.3.1. O político em Hannah Arendt   | 34 |
| 2.3.2. O político em Carl Schmitt  | 40 |
| 2.3.3. O político e seu regresso em Chantal Mouffe                               | 49 |
| 2.3.4. O político e o jurídico em Dworkin  | 60 |
| 3. O pensamento de Hannah Arendt e sua importância para a hermenêutica jurídica  | 67 |
| 3.1. Uma breve mirada ao pensamento arendtiano: rumo ao juízo                    |    |

|   |     |
|---|-----|
| reflexivo   | 67  |
| 3.2. O pensar, o querer e o julgar  | 77  |
| 3.3. O pensar   | 79  |
| 3.4. O que nos faz pensar   | 81  |
| 3.5. A ação   | 82  |
| 3.6. O juízo reflexivo e a mentalidade alargada: como julgar a partir da relação entre o geral e o particular | 90  |
| 3.7. Conexão entre pensamento e juízo   | 102 |
| 3.8. O retorno do senso comum: o espaço da palavra e da ação  | 105 |
| 3.9. Política, opinião e verdade  | 107 |
| <br>  |     |
| 4. O pensamento de Gustavo Zagrebelski e o constitucionalismo do século XXI                                   | 111 |
| 4.1. O pensamento de Gustavo Zagrebelski  | 111 |
| 4.2. Constituição e política em Zagrebelski   | 117 |
| 4.3. O constitucionalismo e a ductibilidade do direito em Zagrebelski   | 120 |
| 4.4. A teoria contemporânea do constitucionalismo de Zagrebelski: por uma constituição plural                 | 122 |
| 4.5. Características do direito constitucional atual  | 129 |
| 4.6. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional  | 132 |
| 4.7. Direitos e lei   | 137 |
| 4.8. Justiça e lei  | 141 |

|   |     |
|---|-----|
| 4.9. A normatividade do direito: normas-princípio e normas-regra  | 143 |
| 4.10. A interpretação jurídica  | 149 |
| 5. Hermenêutica jurídica contemporânea: panorama  | 154 |
| 5.1. Evolução do direito e a crise da hermenêutica tradicional  | 158 |
| 5.2. Jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo: o constitucionalismo e a interpretação principiológica                                  | 163 |
| 5.3. Situando a dogmática crítica e a zetética  | 171 |
| 5.4. A norma jurídica, linguagem e a virada lingüística   | 177 |
| 5.5. A interpretação sistêmica  | 184 |
| 5.6. A tópica e a retórica  | 193 |
| 5.7. Hermenêutica é compreensão: é a incidibilidade entre interpretação-construção, aplicação e concretização da norma jurídica             | 198 |
| 5.8. Texto e interpretação  | 213 |
| 5.9. A tarefa teórica e prática da hermenêutica e os problemas da razão prática   | 216 |
| 5.10. Retórica, hermenêutica e crítica da ideologia   | 219 |
| 6. Hermenêutica jurídica cosmopolita: diálogo necessário entre direito internacional e direito interno, mediado pelos direitos fundamentais | 222 |

|   |     |
|---|-----|
| 6.1. Direito internacional, constitucionalismo e direitos humanos   | 222 |
| 6.2. O processo de internacionalização dos direitos humanos e o diálogo entre o direito interno e o direito internacional | 228 |
| 6.3. A Constituição Brasileira de 1988 e a institucionalização dos direitos e garantias fundamentais                      | 230 |
| 6.4. Técnicas hermenêuticas, constitucionalismo e direitos fundamentais   | 234 |
| 6.4.1. Teorias dos direitos fundamentais como método para uma hermenêutica jurídica cosmopolita                           | 235 |
| 6.4.2. Direitos fundamentais no constitucionalismo global e técnicas hermenêuticas  | 241 |
| 6.4.3. A interpretação dos direitos fundamentais no estado social de direito  | 246 |
| 7. Conclusão – A compreensão-construção-aplicação-concretização de uma norma jurídica mais plena de sentido               | 249 |
| 7.1. Condições de possibilidade de uma hermenêutica jurídica cosmopolita  | 250 |
| 7.2. Síntese do pensamento de Hannah Arendt e sua relevância para o processo hermenêutico                                 | 259 |
| 7.3. O juízo reflexionante: como decidir a partir de particulares   | 263 |
| 7.4. Zagrebelski e o constitucionalismo do século XXI e as relações   |     |

|   |     |
|---|-----|
| com o pensamento de Hannah Arendt   | 269 |
| 7.5. A hermenêutica jurídica contemporânea  | 276 |
| 7.6. Uma hermenêutica jurídica ampliada a partir da união entre direito interno e internacional   | 279 |
| 7.7. Considerações finais: a compreensão como processo incidível de interpretação-construção-aplicação-concretização de normas jurídicas mais plenas de sentido | 280 |
| 8. Referências bibliográficas   | 286 |



# 1

## Introdução

### 1.1.

#### O problema

A hermenêutica jurídica cosmopolita, utilizando-se dos conceitos de mentalidade alargada (age sempre sob a máxima por meio da qual esse contrato original pode ser atualizado numa lei geral), de hospitalidade e cosmopolitismo, do juízo reflexionante (em que medida poderei continuar a viver em paz comigo mesmo após ter cometido certos atos?), da validade exemplar, da ductibilidade do direito no século XXI e da possível potencialização entre direito constitucional e direito internacional, em um marco jurídico principiológico que conceba a norma jurídica aplicada como auto-implicação entre norma jurídica (princípios e regras) e realidade (caso concreto) pode ser um caminho adequado para o processo de interpretação-construção-aplicação-concretização das normas jurídicas?

### 1.2.

#### Pressupostos

Repensar o cosmopolitismo sob a perspectiva do direito constitucional e internacional constitui-se em tarefa inadiável, em razão dos efeitos da globalização financeira, política, cultural, tecnológica e científica, a exemplo do que já ocorre na União Européia, processos que encurtam distâncias e fazem antever que num tempo não muito distante poder-se-á ter efetivamente uma morada comum: a terra.

O presente trabalho tem o objetivo de trazer a debate as condições de possibilidade de uma hermenêutica jurídica cosmopolita, por meio dos conceitos de cosmopolitismo, hospitalidade, universalismo e relativismo, do político, e foi concebido como trabalho de base para avançar-se no desenvolvimento de posteriores trabalhos de pesquisa.

Essa possível antevisão, sob a perspectiva da hermenêutica jurídica, exige que as normas jurídicas e os processos hermenêuticos sejam mais plenos de sentido, impondo a necessidade de compreender-se (interpretar-construir-aplicar-concretizar) um novo complexo normativo oriundo da fusão do direito constitucional e do direito internacional, que propicie maior efetividade/concretização das normas jurídicas sem descurar-se do possível, do contingente, da realidade de cada país.

Este trabalho mostra-se coerente com a perspectiva do programa do mestrado e doutorado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, calcada na sustentabilidade e no ambientalismo, onde a ética e a responsabilidade para com o presente e com as futuras gerações marca e conforma a interpretação-construção-aplicação-concretização das normas jurídicas.

Adota-se a democracia radical de Chantal Mouffe e não a regra da democracia liberal da maioria, concebendo-se que somos sempre sujeitos múltiplos e contraditórios, habitantes de uma diversidade de comunidades (na verdade, tantas quantas as relações sociais em que participamos e as posições de sujeito que elas definem), construídos por uma variedade de discursos e precária e temporariamente cerzidos na intersecção dessas posições de sujeito. Esse é um dos principais aportes teóricos para se conceber uma nova forma de individualidade, verdadeiramente plural e democrática.

Assim, por meio do diálogo entre o direito interno (constitucional) e o direito internacional, buscar-se-á enriquecer o processo de interpretação de normas jurídicas num mundo que se globaliza em várias dimensões.

A hermenêutica jurídica cosmopolita exige uma mentalidade alargada (Kant), pois nunca o convívio entre diferentes esteve tão em evidência. Nunca a interculturalidade, a economia, a ciência e a tecnologia estiveram tanto em contato, permitindo o nascimento do novo. Ao mesmo tempo em que se tem o medo do deserto, tem-se a possibilidade bastante concreta de um mundo melhor.

Assim, a perspectiva do político na concepção arendtiana – princípio guia do presente trabalho - irá enriquecer a hermenêutica jurídica integrando o direito constitucional e o direito internacional por meio da gramática dos direitos fundamentais.

O primeiro aspecto que o leitor poderia deduzir seria que essa concepção é universalista. Não é essa concepção a que chega com a perspectiva arendtiana-zagrebeliskiana.

O regresso do político na abordagem arendtiana, schmittiana, mouffiana e dworkiana, juntamente com os conceitos de cosmopolitismo, hospitalidade e do debate entre universalismo e relativismo, foram fundamentais para o presente estudo, podendo sintetizar-se como condições de possibilidade em que uma hermenêutica jurídica cosmopolita poderá operar.

Esses conceitos-chave foram desenvolvidos no capítulo 2 e podem ser sintetizados como uma nova forma de ver o mundo, uma forma em que se ultrapasse a barreira, os limites da tolerância, para se avançar rumo a uma visão de mundo em que uma morada comum só é uma morada boa se forem responsáveis uns para com os outros, se não se transformar o sofrimento do outro em algo banal.

Cabe destacar que o político é a característica que marca o pensamento de Hannah Arendt e se mostra extremamente útil para a interpretação das normas constitucionais, primeiramente porque no Brasil qualquer juiz exerce jurisdição constitucional e em segundo lugar porque o método de interpretação das normas de direito constitucional e de direito internacional é eminentemente principiológico, mostrando-se incindível o político do jurídico.

Pensa-se na hermenêutica jurídica cosmopolita não como uma miragem, mas como algo realizável, factível, a partir da dicção dos arts. 4º e 5º, parágrafos 1º a 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, norma aberta que permite um diálogo profícuo entre o direito brasileiro e o direito internacional, enriquecendo o processo de interpretação do direito.

Importante também destacar que um trabalho que objetiva a busca de sentidos implica numa abordagem diferenciada da tradicional. Essa abordagem ou enfoque foi a zetética, conforme examinada no capítulo 5, seção 3.

Relevante registrar que Hannah Arendt é defensora do contingente, do singular e sua preocupação central está em apontar soluções ou modos de pensar que dêem conta do que se vive, da realidade.

Essa perspectiva foi fundamental para se pensar nos métodos interpretativos que melhor se adequam ao modo de pensar contingente: o juízo reflexionante e a validade exemplar, como abordado no capítulo 3.

Em síntese, hermenêutica jurídica cosmopolita foi gestada a partir da seguinte cadeia de pensamento: o ápice do desenvolvimento da aplicação das normas jurídicas está na concepção de que as normas jurídicas são compostas de princípios e regras, estas aplicadas segundo o critério de validade (valem ou não valem, aplicando-se, em caso de conflito, as regras relativas às antinomias entre normas) e os princípios, consoante o critério da ponderação, sem conceber-se uma hierarquia entre eles, sendo sempre o caso concreto que dirá qual princípio terá preferência.

No entanto, os princípios, dada sua abertura, carecem de um discurso mais aprofundado que busque por sentidos ou critérios que permita decidir e julgar diante da inexistência de parâmetros confiáveis ou razoavelmente debatidos e validados pela comunidade jurídica. Ou, numa linguagem streckiana: exige-se se dê nome às coisas, pois os princípios não são entidades metafísicas prontas que se alcançam para dar sentido à interpretação; não estão soltos no mundo sem referencial às coisas. Tal concepção implica superar a dicotomia sujeito-objeto evidenciando a incindibilidade entre eles.

Esses princípios, numa perspectiva cosmopolita (atos da fala e jogos de linguagem), não de ser mutáveis e concretizáveis de forma diferenciada, visto incidirem de forma diferenciada em cada sociedade.

Ao trabalhar a perspectiva arendtiana, inevitavelmente passa-se por Kant por meio da leitura da própria Hannah Arendt, mas não o Kant universal, da razão pura e da razão prática, e sim o Kant da crítica do juízo.

Hannah Arendt e Kant, no plano filosófico, foram dois pensadores que pediram uma lei internacional, contudo rejeitaram um Super-Estado, um governo ou uma república mundial. Zagrebelski, no plano do direito e da interpretação, é um pensador preocupado com a sociedade plural e com a importância do agir político (comunitário).

Pensou-se assim numa hermenêutica jurídica cosmopolita como possibilidade de construção de uma ponte que ligue o direito constitucional ao direito internacional, mediado pela idéia de cosmopolitismo e hospitalidade, oferecendo ao aplicador do direito uma dimensão mais ampla para a aplicação do direito, dimen-

são esta que inclusive se embasa na ampliação do conceito de dogmática para abarcar o conceito de ciência prática, auto-implicação entre caso concreto e norma jurídica.

Vislumbrou-se essa possibilidade a partir dos avanços que o constitucionalismo e o direito internacional têm vivenciado nos últimos 10 anos alçados à condição de normas jurídicas auto-aplicáveis, por meio dos princípios constitucionais, da mitigação do conceito de soberania, na ampliação das normas de direito internacional que internalizam no direito interno sem a necessidade de normas ratificadoras, na transformação do papel do Estado, enfim, em vários sinais que já apontam pela possibilidade da ampliação do processo hermenêutico jurídico, exigindo dos juristas uma abertura de horizontes no desempenho cotidiano do seu labor.

Os direitos fundamentais e seu regime jurídico fazem a mediação discursiva entre o direito interno e o internacional.

O sistema brasileiro é um sistema aberto, plural, que recepciona os direitos humanos e fundamentais numa dimensão sempre crescente, com um vetor sempre positivo, o que não impede seu exame de compatibilidade ou de limites com outros direitos quando da solução de casos concretos.

A dupla perspectiva também se justifica porque ambos estão preocupados com as situações concretas que afligem a humanidade, no pensamento como julgar, no espaço público, na ação e no discurso, na dimensão democrática e pluralista.

Gustavo Zagrebelski vem defendendo a ductibilidade do direito no século XXI, tratando não só de hermenêutica jurídica, mas do direito num conceito mais amplo que assinala perspectivas promissoras para um novo modo de aplicar o direito que supera a perspectiva positivista.

Hannah Arendt, por sua vez, está preocupada com o retorno do espaço da argumentação e do discurso, da opinião, do resgate da fundamental relação entre verdade e opinião, relação esta que passou a ser crítica após a morte de Sócrates, destacando que, a partir de então, até nossos dias, passou-se a privilegiar-se a busca por um tipo parcial de verdade que somente é aceito se seguir um método, resultando daí a ocultação da dimensão mais ampla de verdade que abarque a complexidade da vida humana em que as opiniões e sua relação com a verdade voltem a ter valor de destaque.

Pela concepção zagrebelskiana, a norma jurídica aplicável deve originar-se da auto-implicação entre caso concreto e norma jurídica (princípios e regras) tendo relevantes conseqüências para a Teoria da Constituição e para uma hermenêutica jurídica cosmopolita, porque dessa perspectiva é possível pensar-se que não há uma Teoria Geral da Constituição, aplicável a todos os povos, mas tantas teorias constitucionais quantas sejam as realidades de cada povo.

Justificam-se as perspectivas arendtiana-zagrebelskiana visto que ambos os autores sempre estiveram preocupados com as situações concretas das pessoas e sempre acreditaram na possibilidade da construção de um mundo melhor, elevando o pensamento (a busca pelos sentidos) para transformar a realidade.

O presente trabalho foi desenvolvido a partir do pensamento filosófico arendtiano e da concepção do direito de Zagrebelski, numa vertente preponderantemente jurídico-constitucional.

Não pretende ser um trabalho filosófico, mas apropriar-se do pensamento de Hannah Arendt e de Zagrebelski naquilo que pode contribuir para o desenvolvimento de uma compreensão do fenômeno jurídico hermenêutico como processo unitário em que *interpretar-construir-aplicar-concretizar* a norma jurídica faz parte de um momento único, de um processo incindível, já que é impossível separar-se a pré-compreensão do intérprete quando da solução dos casos concretos.

Utiliza-se assim o pensamento e as obras de Hannah Arendt como pressuposto para a aplicação responsável do direito, da necessidade do jurista buscar sempre resultados melhores para o seu labor e ao mesmo tempo não se desgarrar das conseqüências de seu agir no mundo jurídico; da tomada de consciência de que dependendo do tipo de decisão que tomar estará gerando nefastas conseqüências para a presente e futuras gerações.

Quando se imagina uma hermenêutica jurídica cosmopolita, imagina-se a possibilidade de um agir transformador do operador do direito; um situar-se questionador do porquê da exclusão (material, comunicativa, participativa, democrática, cidadã) em que a comunidade planetária, apesar de tanta técnica ainda padece.

Por meio da perspectiva zagrebelskiana, inexistente cindibilidade entre dogmática e ciência jurídica. O direito passa a ser concebido por Zagrebelski de uma forma mais ampla, mais aberta: como ciência prática. Isso permite transpor obstá-

culos defendidos pelo positivismo jurídico sobre os quais não cabe ao jurista indagar as razões da lei ou as razões que levaram o legislador a elaborá-la como tal.

Essa ampliação da forma de compreender o fenômeno jurídico (interpretação-construção-aplicação-concretização) se dá por inúmeros vieses ou pela constatação prática de que inúmeros conceitos ou dogmas do Estado liberal do direito vêm sofrendo abalos irrecuperáveis, como os conceitos de soberania, de Estado, de lei, de justiça, de direitos, de poder.

A perspectiva que aqui se adotou é relevante, pois não se tem conhecimento de obra que tenha feito essa ponte entre direito interno e internacional no plano da interpretação jurídica e tenha pensado numa hermenêutica cosmopolita, especialmente diante de situações-limite em que aparentemente não há bases seguras para decidir, conforme se destacou nas seções 2 a 8, do capítulo 3 ao se tratar da ação, do pensamento e do juízo reflexionante.

A perspectiva cosmopolita não pode resultar numa escolha radical de um método ou de uma técnica, uma vez que o que se busca é compreender os fenômenos jurídicos, dar nome às coisas e não a busca de métodos que, regra geral, são aporéticos por já definirem de antemão o resultado. Isso, no entanto, não implica na denegação do método: o relevante é não abrir mão do processo hermenêutico, da compreensão, do direito de questionar, de buscar por respostas adequadas, partilhadas, legítimas, verdadeiras no real sentido do termo ‘verdade’.

Decidiu-se pelo método dialógico, privilegiando-se novos tipos de racionalidade, em que a opinião, os jogos de linguagem, o discurso, o diálogo, o senso comum voltaram a ser vivificados.

O método dialógico trabalhado sob a abordagem zetética permite um discurso interdisciplinar com elementos fundamentais da teoria da constituição e da teoria jurídica, como a soberania, o poder, a força, a violência, o ‘poder’ do ‘discurso’, da ‘argumentação’, da ‘persuasão’, da ‘verdade’ como o experienciável no mundo das aparências, técnicas extremamente úteis ao processo comunicativo. O resgate dessas técnicas, aliadas ao constitucionalismo e às normas de direito internacional produz bons frutos para a aplicação do direito.

O viés sobre o qual se trabalha não é o universalista, pois tanto Arendt quanto Zagrebelski estão preocupados com o caso concreto, com o singular, com o contingente referido a uma pré-compreensão. Assim, é a incindibilidade entre caso concreto e norma jurídica (circulo hermenêutico) que permite solucionar

adequadamente os problemas, solução que Arendt foi buscar em Kant por meio dos juízos reflexionantes e da validade exemplar.

A partir do conceito de *político*, desenvolvido por Arendt, Schmitt, Mouffe e Dworkin, evidenciou-se que o político é uma das categorias fundamentais a ser desenvolvida numa sociedade cosmopolita, visto que por meio dele se instaura o discurso e o diálogo entre as diferentes culturas e no qual todas elas ficarão enriquecidas ao dialogarem, restando, tal qual no rio de Heráclito, que a sociedade humana, ao realizar o mergulho intercultural, construa perspectivas vivenciais sempre mais dignificantes.

Desenvolveram-se as condições de possibilidade de uma hermenêutica jurídica cosmopolita, a partir da confrontação entre hermenêutica e as condições do saber; adentrando-se em conceitos arendtianos fundamentais como ‘pensamento’, ‘ação’, ‘juízo’; relação esta que consistiu na principal crítica de Hannah Arendt a Heidegger, em que este teria esquecido do mundo (de nossas relações humanas, da pluralidade do agir humano) e se encastelado em seu próprio pensamento.

Do debate de idéias sobre o político entre Arendt, Schmitt, Mouffe e Dworkin, a dimensão agonística<sup>1</sup> do político de Chantal Mouffe se mostrou extremamente promissora para a hermenêutica jurídica, apresentando também de extrema importância o vínculo entre o político e o jurídico na concepção dworkiana, especialmente para a hermenêutica constitucional, objeto de nossa preocupação no presente trabalho.

Examinou-se a hermenêutica jurídica contemporânea para destacar que a dogmática tradicional já concluiu que o positivismo assentado no modelo da subsunção já não é suficiente para dar conta da complexidade da sociedade globalizada do século XXI, e que necessita de um modelo zetético que restará enriquecido pelos saberes de outras áreas, como a antropologia, a psicanálise, a psicologia, a lingüística, a filosofia, etc.

Discutiram-se os conceitos de cosmopolitismo e hospitalidade e se relacionou o pensamento de Hannah Arendt e Gustavo Zagrebelski, concluindo seja por meio dos conceitos de pensamento e juízo, seja como norma jurídica aplicada oriunda da auto-implicação entre norma jurídica (regras e princípios) e realidade, que o intérprete tem que compreender-construir-aplicar o direito unindo

---

<sup>1</sup> Como livre, sadio e democrático embate de idéias.



pensamento (busca pelos sentidos) e juízo (relação dessa busca com o mundo fenomênico), em que os efeitos dessas decisões sejam conseqüentes para a presente e para as futuras gerações<sup>2</sup>.

Abordou-se no capítulo 3 o pensamento de Hannah Arendt e sua importância para a hermenêutica jurídica, em que se destacam as categorias da banalidade do mal, da ação, do pensamento e do juízo reflexionante, base para a ação e o julgamento.

No capítulo 4, por meio do pensamento de Gustavo Zagrebelski, verificaram-se novas leituras em todos os temas relevantes para o processo hermenêutico, como o direito constitucional atual, o processo evolutivo do Estado de direito para o Estado Constitucional, a relação entre direitos e lei, a relação entre direitos de liberdade e direitos de justiça, a normatividade do direito e a interpretação do direito.

No capítulo 5, traçou-se um panorama atual da hermenêutica jurídica, podendo o processo hermenêutico ser classificado em três dimensões ou modelos operativos: a) dogmática jurídica clássica ou tradicional, estruturada sob o modelo da subsunção; b) a dogmática jurídica crítica, que concebe o sistema normativo como um sistema aberto de regras e princípios, reconhecendo plena normatividade aos princípios (plano da validade para as regras e do peso ou ponderação para os princípios) e c) a hermenêutica filosófica, cuja missão principal é a busca pela verdade e não por métodos, ampliando a interdisciplinariedade entre os vários ramos do saber, enriquecendo ou tornando mais sofisticado o processo de aplicação das normas jurídicas, que passam a ganhar maior legitimidade a partir da efetiva participação da comunidade de intérpretes-aplicadores-construtores da norma.

No capítulo 6, descreveu-se como o direito constitucional brasileiro é um direito que já reclama dos intérpretes uma dimensão hermenêutica mais ampla, através da integração de normas de direito constitucional e internacional, a partir da leitura dos art. 4º, 5º e seus parágrafos e do efeito irradiante da gramática dos

---

<sup>2</sup> Pensamento e juízo (ou ação), na perspectiva arendtiana e norma jurídica (princípios e regras) e realidade, na perspectiva zagrebelskiana do direito. A perspectiva zagrebelskiana tem um impacto significativo na teoria constitucional, resultando na impossibilidade de pensar-se uma teoria geral da constituição, mas uma teoria constitucional capaz de dar conta da realidade de cada povo, ou seja, a normatividade principiológica buscará sempre uma elevação de nível do processo hermenêutico-jurídico, exigindo do operador do direito a compreensão-construção-aplicação de uma norma jurídica sempre melhor elaborada, fundamentada, sem descuidar da realidade, da capacidade de efetivamente colocá-la em prática.

direitos fundamentais sobre esse ordenamento cosmopolita, destacando-se os métodos ou técnicas hermenêuticas atualmente utilizados.

O trabalho hermenêutico jurídico que aqui se desenvolveu, partiu de uma determinada realidade: a jurisdição constitucional brasileira, marcadamente a partir da teoria constitucional brasileira de 1988, em que a Constituição, ao adotar uma concepção jurídica principiológica e erigir os direitos fundamentais como núcleo essencial ou núcleo irradiante para todas as normas jurídicas constitucionais, abriu possibilidades hermenêuticas relevantíssimas, realizando uma virada copernicana na maneira de compreender-construir-aplicar o direito.

O trabalho, em síntese, procurou compreender como é possível uma hermenêutica jurídica cosmopolita que prime pela busca da verdade (verdades construídas) a partir dos juízos reflexionantes e da validade exemplar arendtiano-kantianos e dos conceitos de cosmopolitismo e hospitalidade com vistas a encontrar novas possibilidades hermenêuticas, a partir de uma perspectiva existencialista, do caso concreto que exige uma solução (uma norma) adequada, legítima.

## 2

### **Categorias possibilitadoras de uma hermenêutica jurídica cosmopolita**

#### 2.1.

##### **Cosmopolitismo e hospitalidade<sup>3</sup>**

Cosmopolitismo e hospitalidade são conceitos interdependentes sem os quais não é possível pensar-se em paz perpétua; estágio em que a humanidade alcançaria um nível de convivência desejável, mesmo com conflitos, mas conflito concebido como o sadio embate de idéias, solucionável por regras democráticas radicais (Chantal Mouffe), consoante examinado na seção 6 do presente capítulo.

Importante destacar que Lafer concebe os direitos de primeira geração como ‘direitos-garantia’, de cunho individualista; os de segunda geração – os direitos de crédito, de feição social e os de terceira geração, como os de titularidade coletiva.<sup>4</sup>

Lafer, a partir da experiência totalitária das pessoas descartáveis - *displaced persons* - destaca a conclusão de Arendt de que a ‘cidadania é o direito a ter direitos’, pois a ‘igualdade em dignidade e direitos não é um dado, mas um construído da convivência coletiva que requer o acesso ao espaço público’.<sup>5</sup>

Para Lafer, a partir da obra ‘as origens do totalitarismo’, Arendt influenciou o direito norte-americano, o direito constitucional democrático e as Convenções Internacionais de Direitos Humanos, em que a nacionalidade passou a ser considerada pelo direito internacional público contemporâneo como um

---

<sup>3</sup> Deve-se ao Prof. Daniel Omar Perez, professor do Programa de Mestrado em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, a inspiração para se trabalhar os conceitos de cosmopolitismo e hospitalidade, através do diálogo entre Kant e Derrida, categorias relevantes para o presente trabalho.

<sup>4</sup> LAFER, 1988, p. 21.

<sup>5</sup> Ibid., p. 22.

direito humano fundamental, sendo inaceitável a privação da cidadania como sanção.<sup>6</sup>

Observa ele que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América acatou esse pensamento concluindo que destituir alguém de sua cidadania é o mesmo que expulsá-lo do mundo, tornando-o supérfluo e descartável.<sup>7</sup>

Afirma também que os princípios da hospitalidade universal e confiança recíproca, de inspiração kantiana, é um princípio de *jus cogens* de ordem internacional<sup>8</sup>.

Destaca ainda que para Arendt, a questão da obediência à lei não se resolve pela força, mas pela opinião e pelo número daqueles que compartilham o curso comum de ação expresso no comando legal. A pergunta primeira não é ‘porque se obedece à lei’, mas ‘por que se apóia a lei, obedece-se-a’.<sup>9</sup>

Lafer concebe a Constituição como um construído convencional no qual a contingência do consenso, cuja autoridade deriva do ato de fundação, é uma virtude, já que a verdade da lei repousa na convenção criadora de uma comunidade política que enseja a gramática da ação e a sintaxe do poder. Assim, a preservação das condições para a gramática da ação e a sintaxe do poder são condições para a obediência à lei.<sup>10</sup>

O direito cosmopolita nessa perspectiva considera o indivíduo como membro de uma sociedade de dimensão mundial.<sup>11</sup>

A realização do direito cosmopolita, consoante Nour, resta ameaçada enquanto não se permitir a alteridade, pela exclusão da maior parte da população do planeta de se apresentar como sujeito político.<sup>12</sup>

---

<sup>6</sup> Ibid., 1988, p.22.

<sup>7</sup> Ibid., p. 22.

<sup>8</sup> Ibid., p. 23.

<sup>9</sup> Ibid., p.25.

<sup>10</sup> Ibid., p. 26.

<sup>11</sup> NOUR, 2004, p. 168 passim. Destaca Nour que tal idéia foi reconstruída a partir de 1990 como orientação para uma política cosmopolita dos direitos humanos. Conforme Nour, Kant define o direito como “o conjunto das condições pelas quais o arbítrio de um pode concordar com o arbítrio do outro segundo uma lei universal da liberdade”. Denuncia Kant, no entanto, segundo NOUR, que a manipulação dos direitos humanos que determinados Estados estão fazendo, implica numa moralização autodestrutiva da política, por tomarem um conceito universal para se identificar com ele contra o adversário, reivindicando para si a paz, a justiça, o progresso e a civilização, mas ao mesmo tempo negando-os ao inimigo.

<sup>12</sup> Ibid., p. 175.

Assim como Kant,<sup>13</sup> Arendt acredita, apesar das rupturas do pensamento, num grau supremo de humanidade, na busca de uma constituição política sempre mais perfeita.

Por meio de suas nove proposições, Kant evidencia essa crença, centrada no uso da razão que deve acompanhar a espécie humana, no antagonismo como a insociável sociabilidade dos homens, num progressivo iluminar-se, na possibilidade de uma sociedade civil que administre universalmente o direito. Concebe ainda a história da espécie humana como “a realização de um plano oculto na natureza para estabelecer uma constituição política”, concluindo pela “possibilidade de uma perfeita união civil entre a espécie humana.”<sup>14</sup>

Por sua vez, Terra,<sup>15</sup> retratando críticas de Arantes,<sup>16</sup> observa que Kant teria insistido no progresso das instituições políticas, mas ignorara outros aspectos como a técnica. Retrata também crítica de Philonenko<sup>17</sup>, para quem o problema do progresso técnico não era fundamental para Kant e tudo se passaria como se não houvesse um horizonte essencial. Kant, não teria tido a capacidade de avaliar os espantosos sucessos técnicos que já estavam em gestação em seu tempo.

Nour enfatiza que a paz perpétua de Kant é um projeto filosófico em que os Estados republicanos conviveriam sem guerras com outras repúblicas, destacando que Kant utilizava o vocábulo República para designar os regimes hoje denominados democráticos.<sup>18</sup>

Os seis artigos preliminares kantianos constituiriam os pressupostos para a conquista e manutenção da paz perpétua: a) a impossibilidade de uma reserva secreta com vistas a uma guerra futura como condição de validade de um acordo de paz; b) a impossibilidade de aquisição de um Estado por outro, por herança, troca, compra ou doação; c) a abolição dos exércitos permanentes; d) a impossibilidade de conexão entre débito nacional e assuntos externos do Estado; e) não intervenção na Constituição e Governo de outro Estado; f) não permissão de atos de hostilidade que tornem impossível a mútua confiança em uma época de paz futura.

---

<sup>13</sup> KANT, 2003, p. 1.

<sup>14</sup> Ibid., p. 17 et. seq.

<sup>15</sup> TERRA, 2003, p. 66.

<sup>16</sup> ARANTES, 1977, p. 57.

<sup>17</sup> PHILONENKO, 1982, p. 55.

<sup>18</sup> NOUR, 2004, prefácio.

Nos artigos definitivos, Kant concebe a Constituição Civil de todos os Estados como uma Constituição necessariamente Republicana (democrática), na qual onde o direito das nações seja baseado em uma Federação de Estados Livres e os Direitos Cosmopolitas regidos pelas condições da Hospitalidade Universal.

São seguidos de dois suplementos: um sobre a ‘Garantia da Paz Perpétua’ e outro como o ‘Artigo Secreto da Paz Perpétua’, em que os intelectuais deveriam ser consultados pelos Estados armados para a guerra.

Destaca Nour a crítica kantiana de que o discurso das nações civilizadas se referia eufemisticamente à conquista de outros povos como um suposto ‘direito de visita’, mas que o efetivo objetivo era a redução do outro à nulidade, tomando seus habitantes por ‘nada’.<sup>19</sup>

Perez, ao tratar da hospitalidade em geral, utiliza as considerações de Levinas e Derrida para introduzir o conceito kantiano na problemática do estrangeiro.<sup>20</sup>

Mostra também o significado moral e jurídico da hospitalidade kantiana, iniciando por conceituar hospitalidade como “o ato de acolher, de receber um hóspede em casa; de hospedar aquele que não é da nossa família”, além de afirmar que está implícito no conceito uma lógica da amabilidade.<sup>21</sup>

Considera ainda que da correlação da questão dos estrangeiros com o Estado de Direito, uma atitude gentil, hospitaleira “predispõe ou deveria predispor aos Estados republicanos, às democracias, a acolher o estrangeiro, o outro”.<sup>22</sup>

Indaga ele, no entanto, com base na leitura que Derrida faz dos diálogos platônicos (Apologia de Sócrates, em especial): como pedir a hospitalidade se se sujeita a uma primeira violência ao se obrigar o estrangeiro a pedi-la numa língua que não é a sua; numa língua que é a do dono da casa, do hospedeiro, do rei, senhor, do poder, da nação, do Estado, do pai, etc.?<sup>23</sup>

Pondera também se se deveria exigir do estrangeiro que nos compreendesse; que falasse nossa língua; que fosse de boa família; que tivesse um nome, um estatuto social, um visto, para só assim acolhê-lo; o gesto de gentileza deveria começar por uma inquisição?: quem é você? qual é a sua documentação? quanto

---

<sup>19</sup> Ibid., p. 57.

<sup>20</sup> PEREZ, 2005.

<sup>21</sup> Ibid., p. 1.

<sup>22</sup> Ibid., p. 1

<sup>23</sup> Ibid., p. 1.

dinheiro você tem? ou melhor, o outro seria outro quando responde a tudo o que eu também respondo? ou isso não representa tão-somente o acolhimento de mim mesmo, apagando o outro sob as figuras da moral, da política ou do direito?<sup>24</sup>

Todavia essa abertura total comporta riscos. Como saber se não estou acolhendo um parasita, um criminoso? Em resumo: a hospitalidade deve ser incondicional? tem limites? deve-se correr riscos? Aqui está a grande diferença entre Derridá, Levinas e Kant, conforme se verá a seguir.

Ao analisar a hospitalidade em Levinas, Perez defende que é preciso correr esse risco, pois se deve servir ao outro sem perguntar seu nome porque é o outro que nos constitui. ‘Sou responsável por ele porque ele me constitui’, exurgindo a idéia de responsabilidade incondicional, independentemente de qualquer culpa pela situação do outro.<sup>25</sup>

Também com base em Derrida, Perez conclui que a hospitalidade deve ser incondicional, dizendo que ela não é um convite em que o outro é obrigado a se adaptar às minhas leis, à minha linguagem, tradição, memória, etc., mas aberta a alguém que não é esperado ou convidado, um estranho, totalmente outro.<sup>26</sup>

Examina a hospitalidade kantiana, que pede documentação, tem limites, mas está inserida dentro de uma reflexão maior:

por um lado, no âmbito da legislação da liberdade interna e do respeito ao imperativo categórico (devo tratar bem aos meus convidados para ter um modo de vida virtuoso) e do dever de afabilidade (metafísica dos costumes de 1797); por outro, no âmbito da legislação da liberdade externa e do respeito à lei jurídica.<sup>27</sup>

Destaca também que no plano jurídico, Kant defende o direito de alguém estar em algum lugar e cuidar de sua própria vida. Todos têm o direito à posse comum da superfície da terra (paz perpétua e metafísica dos costumes), do que resulta que o dever de hospitalidade se justifica porque o planeta é redondo, o que exige que vivamos juntos, que toleremos a mútua presença mantendo uma determinada distância.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Ibid., p. 2.

<sup>25</sup> Ibid., p. 2

<sup>26</sup> Ibid., p. 2.

<sup>27</sup> Ibid., p. 4.

<sup>28</sup> Ibid., p. 6 passim.

Todos, assim, têm o direito de não receber um trato hostil por ter chegado de outro território; o direito de se apresentar em sociedade e aí entabular intercâmbios, comércios, circulação, etc.

Essa hospitalidade kantiana é a condição necessária para que se estabeleça a paz perpétua, a paz entre Estados e povos, pensando já aqui Kant numa Constituição Cosmopolita, ligando, portanto, hospitalidade e cosmopolitismo.

Observa Perez que Kant parte da concepção de que, em estado de natureza, os homens estão em guerra, posteriormente se organizaram numa constituição civil (produto e condição das capacidades naturais do homem, passando por uma relação legal entre Estados e desembocando numa Federação, ou estado de cidadania mundial ou cosmopolita).<sup>29</sup>

Todavia, como conceber um Estado cosmopolita? quais seriam suas bases? Kant vai responder que é a partir da insociável sociabilidade dos indivíduos e dos povos e não por amor. Por meio do espanto chegar-se-ia a tal resultado. Do espanto surge a razão e a providência, a primeira fruto da capacidade humana de escolher as melhores alternativas para sobreviver, evitando-se a guerra e escolhendo-se a paz, e através da providência, porque o homem não garante o próprio progresso.<sup>30</sup>

A república para Kant é o estágio intermediário para o cosmopolitismo e esse não se alcança sem que sejamos hospitaleiros.<sup>31</sup>

Kant, contudo, não ignorava que nada de hospitaleiro havia no comportamento dos Estados civilizados que deturpavam o direito de visita e desejavam de fato a conquista, atitude que ele critica, pois é fomentadora da guerra e não da paz.<sup>32</sup>

Conclui Kant, segundo Perez, que por uma razão prática (garantia dos direitos dos homens como cidadãos do mundo), faz sentido o termo hospitalidade; que “o direito de cidadania mundial não é uma fantasia, mas um complemento necessário do código não escrito do direito político das gentes”, favorecendo a paz perpétua e não a uma idéia de filantropia.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Ibid., p. 7.

<sup>30</sup> Ibid., p. 7.

<sup>31</sup> Ibid., p. 8.

<sup>32</sup> Ibid., p. 9.

<sup>33</sup> Ibid., p. 9.



Desse modo, conclui-se com Perez que para Kant, o conceito de hospitalidade está inserido dentro do conceito de razão prática, implicando uma relação moral (respeito à lei moral) e jurídico-política com o outro (caminho para a paz).

O estrangeiro, conseqüentemente, é para Kant um cidadão do mundo, independentemente de qual seja sua origem territorial; deverá ser tratado como pessoa, como fim em si mesmo. A língua da hospitalidade é a da razão prática e o agir é um agir racionalmente motivado.

São conceitos contraditórios afabilidade e colonialismo, diplomático e invasor, atitudes contrárias ao cosmopolitismo e à hospitalidade.<sup>34</sup>

Do exame da hospitalidade e do cosmopolitismo em Kant, poderia surgir a idéia de que Kant concebe a necessidade de um Estado Total Mundial. Observa Perez que Kant não defende essa idéia e sim acordos ou âmbitos de discussão dos quais os Estados possam se retirar livremente, acordos estes que não são aleatórios, mas visam a uma finalidade.

O pensamento de Perez está inserido no contexto da sociedade contemporânea, pois é cada vez mais nítida a aproximação entre os povos, ao mesmo tempo em que surgem movimentos de xenofobia (França, Alemanha, Estados Unidos, etc.) que vêem o estrangeiro como um invasor que quer tomar o seu espaço, comer o seu pão, desestabilizar sua segurança.

A idéia de hospitalidade kantiana mostra-se mais factível com a realidade contemporânea do mundo ocidental, haja vista o incremento crescente dos pactos e tratados internacionais, especialmente dos que tratam de direitos humanos e direitos fundamentais, apesar dos movimentos xenófobos mencionados.

Cita Borradori a crença kantiana na razão e em seu poder transformador, que cresce a partir do momento em que o indivíduo percebe a si mesmo como parte de uma comunidade. Destaca que Kant já pensara num Estado ou numa comunidade universal em que todos os membros estivessem habilitados a “se apresentar diante da sociedade dos outros, porque têm direito à posse comunal da superfície da terra”. Alcançada uma comunidade desse tipo, uma violação de direitos em uma parcela do mundo seria sentida em toda parte; só assim seria possível sustentar-se o avanço contínuo em direção a uma paz perpétua.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Ibid., p. 10.

<sup>35</sup> BORRADORI, 2004, p. 12.

Assinala a autora que enquanto Habermas defende uma noção de patriotismo constitucional, baseado na livre adesão à Constituição por cada cidadão, Derrida, por outro lado, destaca o desafio do existir nas fronteiras de múltiplos territórios (judaísmo e cristianismo, judaísmo e islamismo, Europa e África, França continental e suas colônias, etc.), não descartando, porém, que as instituições republicanas e a participação democrática – que também devem ser concebidos como construção e não como valores absolutos - têm se esforçado para a construção de um universalismo em sua infinita busca por justiça.<sup>36</sup>

O pensamento desses dois autores tem notas distintivas bem marcantes, apesar de compartilharem um compromisso com o iluminismo, conforme Borradori<sup>37</sup>: Habermas acredita no projeto inacabado da modernidade; segue com Kant e a crença em princípios universais.

Derrida, por outro lado, enfatiza que o projeto iluminista e o conjunto de padrões que impõe beneficiam uns e prejudicam outros, sendo necessário demarcar fronteiras e uma dessas principais fronteiras consiste na ética e na política, que ele denomina de responsabilidade com a alteridade e com a diferença, o que está além das fronteiras da descrição, do excluído e do silencioso.<sup>38</sup>

Essa responsabilidade com a alteridade e com a diferença é examinada como tolerância ou como hospitalidade, sendo conceitos opostos, em que a hospitalidade traduz a obrigação única que cada um tem para o outro enquanto a tolerância é mais uma forma de caridade e traduz um gesto paternalista no qual o outro não é aceito como um parceiro igual, que comporta limites em que a partir desse limite não seria mais lícito ou decente mais nada pedir (e.g. acolhimento de estrangeiros, imigrantes, etc.). Habermas, consoante Borradori acolhe tal concepção tanto nos campos ético como legal, oriundos da própria concepção de democracia constitucional em que se forma o consenso racional.<sup>39</sup>

A hospitalidade, por ser turno, de acordo com Derrida, é pura e incondicional e “(...) se abre ou está aberta para alguém que não é esperado nem convidado, para quem quer que chegue como um visitante absolutamente

---

<sup>36</sup> Ibid., p. 22 passim.

<sup>37</sup> Ibid., p. 27.

<sup>38</sup> Ibid., p. 27

<sup>39</sup> Ibid., p. 29.

estranho, como um recém-chegado, não identificável e imprevisível, em suma, um totalmente outro”.<sup>40</sup>

Habermas, indagado inúmeras vezes se sua teoria da ação comunicativa não foi colocada em xeque depois de 11 de setembro, conclui que nas sociedades ocidentais, pacíficas e prósperas, há uma violência estrutural representada pela desigualdade social desproporcionada, pela discriminação degradante, pelo empobrecimento e marginalização, mas que ao mesmo tempo a práxis de nossa vida cotidiana repousa sobre convicções fundamentais comuns, verdades culturais auto-evidentes e expectativas recíprocas. Por onde então passaria o caminho da transformação? Responde que pela mudança de mentalidade que deveria ocorrer sobretudo pela melhoria das condições de vida, papel que o poder inibidor das relações internacionais não está ainda em condições de realizar porque a lei tem um papel fraco.<sup>41</sup>

Dessa forma, Habermas defende a necessidade da domesticação política do capitalismo irrefreado, de um reequilíbrio das disparidades na dinâmica do desenvolvimento econômico, para que regiões e continentes inteiros não continuem privados de bens básicos e continuem miseráveis, sob pena de intratabilidade da devastadora estratificação da sociedade mundial.

Acredita Habermas que nos encontramos em um processo de transição da lei internacional clássica para um Estado de cidadania mundial ou Estado constitucional, citando o papel das Nações Unidas, o Tribunal de Haia, o caso Milosevic, o caso Pinochet, a Corte Criminal Internacional e inúmeras situações interventivas concretas que demonstram esse processo de transição.<sup>42</sup>

Destaca, entretanto, que a organização mundial não passa de um tigre de papel, que depende da boa vontade das grandes potências em colaborar. Há, assim, uma discrepância entre o que deveria e o que poderia ser feito, entre a justiça e o poder, lançando uma luz negativa sobre a credibilidade da ONU, bem como sobre a prática das intervenções não-autorizadas.

Para a concepção habermasiana, a passagem da lei internacional clássica para uma nova ordem cosmopolita se operacionaliza por meio do ‘republicanismo’ e do ‘patriotismo constitucional’ em que a lealdade à

---

<sup>40</sup> Ibid., p. 28.

<sup>41</sup> Ibid., p. 28

<sup>42</sup> Ibid., p. 51.

Constituição atestaria a participação consensual de todos os cidadãos e a lealdade a uma idéia de direitos universais, condição necessária para a coexistência dos seres humanos<sup>43</sup>.

Para Habermas, a instituição da Corte Internacional criminal e a superação do princípio da não-intervenção nos afazeres domésticos constituem a primeira estação da linha cosmopolita, adotando assim a posição kantiana de que somente Estados republicanos constitucionais poderiam inaugurar uma nova ordem cosmopolita em que cada nação poderia exigir das outras a adoção de uma constituição civil semelhante na qual, por meio de uma ‘federação de povos’, os direitos de cada um pudessem ser assegurados.<sup>44</sup>

## 2.2.

### **Universalismo e relativismo: por um cosmopolitismo dúctil ou de confluência**

O debate entre universalistas e contextualistas ocupa o centro das reflexões filosóficas atuais. Destaca Chantal Mouffe que tanto ela como Michel Walzer e Richard Rorty entendem que a democracia liberal deve renunciar ao seu clamor por universalidade: o que é importante é fornecer uma pluralidade de respostas legítimas à questão sobre o que é um sociedade política justa, ao contrário de autores como Dworkin, Rawls e Habermas que afirmam que o objetivo da teoria política é estabelecer verdades universais, válidas para todos e que não são dependentes do contexto; não há um ponto de vista que possa estar situado fora das práticas sociais e instituições de uma cultura particular e a partir de onde juízos universais e contextualmente independentes possam ser produzidos.<sup>45</sup>

Para o aporte contextualista ou relativista, as instituições liberais devem ser vistas como definidoras de um possível “jogo de linguagem”, entre tantos outros possíveis.

---

<sup>43</sup> Ibid., p. 64.

<sup>44</sup> Ibid., p. 66.

<sup>45</sup> MOUFFE, 2004, p. 381 et. seq.

O que se exige para a democracia é um conjunto de práticas e movimentos pragmáticos que objetivem convencer as pessoas a ampliar seu grau de comprometimento com os outros e construir uma sociedade mais inclusiva.

Mouffe, com base em Wittgenstein, observa que para haver acordos em opiniões – acordos sobre formas de vida, que por sua vez exigiria acordos em julgamentos - é preciso haver primeiro acordos quanto à linguagem utilizada; somente a partir dessas premissas a sociedade poderia existir antes de um conjunto de procedimentos funcionar (contraponto a Habermas evidenciando que procedimentos somente existem como um conjunto complexo de práticas).<sup>46</sup>

Os argumentos, segundo Mouffe<sup>47</sup>, não são estabelecidos em significados (*Meinungen*), mas em formas de vida (*Lebensform*), fusão de vozes tornada possível por formas comuns de vida e não *Einverstand* – produto da razão, como quer Habermas.

As considerações de Wittgenstein, observa Mouffe, implica em fortalecer uma pluralidade de formas de cidadania democrática (com a aparição de lutas entre adversários: lutas legítimas – pluralismo agonista e não entre inimigos) e criar instituições que tornariam possível seguir regras democráticas de diferentes formas.<sup>48</sup>

### 2.3.

#### O político

O político é a categoria fundamental para uma hermenêutica jurídica cosmopolita. Arendt, Carl Schmitt e Chantal Mouffe são pensadores que radicalizaram a dimensão política da ação humana, vindo contemporaneamente Niklas Luhmann, Dworkin, Streck e outros a evidenciar a relevância do acoplamento entre o jurídico e o político, especialmente quando se busca dar concretude a uma hermenêutica jurídica no marco jurídico da jurisdição constitucional.

---

<sup>46</sup> Ibid., p. 385.

<sup>47</sup> Ibid., p. 387.

<sup>48</sup> Ibid., p. 389.

Dessa maneira, examina-se a partir das seções seguintes o político na perspectiva desses pensadores, iniciando-se por Hannah Arendt.

### 2.3.1.

#### O político em Hannah Arendt

Extrai-se do pensamento de Arendt uma categoria central: o político<sup>49</sup>. O sentido da política é a liberdade<sup>50</sup>.

Textualmente afirma: “a política organiza, de antemão, as diversidades absolutas de acordo com uma igualdade *relativa* e em contrapartida às diferenças *relativas*”.<sup>51</sup>

Não há política no homem, afirma ela, mas no intra-espaço, na relação entre eles.<sup>52</sup>

O pensamento político baseia-se, assim, na capacidade humana de formação de opinião.<sup>53</sup>

Arendt está em busca de resposta à seguinte pergunta: tem a política hoje algum sentido? Tenta respondê-la, baseada no fato de que a política, o agir plural e a liberdade estão comprometidos no mundo moderno porque a força substituiu o poder, corrompendo o político.

Por consequência, a perda da coisa política é a perda da liberdade. Destaca, todavia, que no mundo moderno não está em jogo somente a liberdade, mas a continuidade da existência da humanidade e de toda a vida orgânica na terra dada a potencialidade de extermínio total da humanidade com o arsenal atômico armazenado. Assim, indaga: que liberdade se tem diante da ameaça de morte instantânea de toda a humanidade? A política, o agir e conversar estão ameaçados de ser riscados da face da terra. Questiona Arendt a conveniência ou inconveniência dos meios públicos de força, já que a força que deveria proteger a

---

<sup>49</sup> ARENDT, 2004a.

<sup>50</sup> Ibid., p. 176.

<sup>51</sup> Ibid., p. 24.

<sup>52</sup> Ibid., p. 23.

<sup>53</sup> Ibid., p. 30.

vida ou a liberdade tornaram-se tão terrivelmente poderosas que ameaçam tanto a liberdade quanto a própria vida.<sup>54</sup>

A política perpassa toda a obra de Hannah Arendt porque é por meio da política, do interagir humano, do diálogo e do discurso, do convívio e opiniões, da pluralidade humana que se constrói e se cuida do mundo. Um mundo sem política é um mundo supérfluo, um mundo sem cuidado, um mundo onde não se pensa nos destinos da humanidade.

Por todas as obras de Arendt se extrai uma idéia central: seu *amor-mundi*, a preocupação com o mundo e a sobrevivência dos homens neste mundo, destacando que o mundo moderno nos ameaça de ‘ser coisa’ e não ‘alguém’. É essa idéia central que nos motiva a seguir seus passos para apontar a possibilidade de uma hermenêutica jurídica cosmopolita; na possibilidade de uma hermenêutica jurídica mais cheia de sentido.

O político em Arendt, vivenciado pela pluralidade humana, constrói e cuida do mundo, por meio da liberdade, do interagir humano, do diálogo, do discurso, do convívio de opiniões, da igualdade.

O agir entre os homens cria uma rede de relações que desencadeia novas relações, que sobreviverá a eles próprios.

Para Arendt, só há mundo por meio do convívio humano, do agir em conjunto dos homens, do conversar entre si, surgindo desse processo o ‘poder’ e não a força, a qual é vinculada à violência, à relação entre dominador e dominado.

Arendt afirma que “quanto mais pontos de vista houver num povo, a partir dos quais possa ser avistado o mesmo mundo, habitado do mesmo modo por todos e estando diante dos olhos de todos, do mesmo modo, mais importante e mais aberta para o mundo será a nação”.<sup>55</sup>

Precisa-se assim enxergar o mundo por várias perspectivas, pois só há mundo onde a pluralidade do gênero humano seja mais que simples multiplicação da espécie.

Ao pensar no sentido da política, Arendt afirma que na política há a necessidade de diferenciar objetivo, meta e sentido.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Ibid., p. 77 et. seq.

<sup>55</sup> Ibid., p. 109.

<sup>56</sup> Ibid., p. 127.

O sentido de uma coisa está contido nela mesma; o sentido de uma atividade existe enquanto dura essa atividade. O objetivo, por sua vez, começa a aparecer quando a atividade que o produziu chega ao seu fim, assim como se finaliza a fabricação de um objeto. As metas, por outro lado, produzem os parâmetros pelos quais julga-se o que se faz. A meta deve limitar os objetivos e os meios e isolar o agir contra um perigo de excesso inerente a este.<sup>57</sup>

Salienta também que o agir conveniente se tornou sem objetivo quando os meios de força foram disponibilizados ao agir político. Dessa forma, sem objetivo e sem meta, qual o sentido da política?<sup>58</sup>

Denuncia ainda que se substituiu o político pela força, pela violência, a partir da capacidade moderna de extermínio total e, com isso, a força tomou o espaço do político-público.<sup>59</sup>

O poder de convencimento, o conflito agonal, democrático-radical, tal como o defende Chantal Mouffe, realizado de forma franca e transparente, é o que marca o pensamento de Arendt.

Arendt faz acirradas críticas a Marx afirmando que foi justamente pelos conceitos de dominador e dominado, ações que se davam no âmbito privado, da casa, que Marx foi construir sua teoria da expropriação e sua ditadura do proletariado.<sup>60</sup>

Para ela, Marx é o grande responsável pela superfluidade do homem moderno, visto que com os conceitos de dominador e dominado, trabalho e produção, morreu a coisa política e o homem se tornou supérfluo.<sup>61</sup>

Arendt tem grande admiração pela *doxa*<sup>62</sup> e pela *maiêutica* (o método de perguntas e respostas) e visa resgatá-la, demonstrando que foi a partir da tragédia da morte de Sócrates que a força persuasiva foi relegada a segundo plano.

---

<sup>57</sup> Ibid., p. 127.

<sup>58</sup> Ibid., p. 130.

<sup>59</sup> Arendt destaca em praticamente todas as suas obras que com a energia nuclear disponível no mundo, parece não haver mais sentido se falar em guerra, pois a possibilidade de extermínio total da humanidade hoje é uma realidade. Como a decisão sobre a potencialidade de tal catástrofe está fora de controle da maioria dos Estados, o cosmopolitismo e o político possível, tanto no sentido mouffiano quanto no arendtiano, é aquele que se acredita na capacidade da argumentação, do diálogo, do discurso, no senso comum, no caráter produtivo da relação entre adversários, entre pessoas que dividem um espaço simbólico, sendo este que dá sentido à específica forma da política democrática.

<sup>60</sup> Id., 2003b, p. 13 passim.

<sup>61</sup> Ibid., p. 43 et. seq.



A resolução da questão social é condição fundamental para a fundação da liberdade, consistindo aí a denúncia de Arendt sobre o fracasso da Revolução Francesa<sup>63</sup>.

Arendt resgata o conceito grego de política, em que o homem deveria ter suas necessidades básicas supridas para com elas não mais se preocupar e, a partir daí, partir para a *polis*, para o estar entre iguais, para discutir e resolver seus problemas.

Ela afirma que o espaço livre da coisa política no mundo grego se apresentava como uma ilha em que o princípio da força e da coação eram eliminados das relações humanas, pois todos, nesse âmbito, eram considerados livres e iguais<sup>64</sup>.

Importante, porém, observar que a família e as relações da *polis* com outras unidades políticas continuavam sujeitas ao princípio da coação e ao direito do mais forte<sup>65</sup>.

Arendt afirma que, com a criação da Organização das Nações Unidas – ONU, todas as relações inter-estatais devem ser consideradas como relações entre livres e iguais, deixando-se a tal organização o papel de dirimir eventuais controvérsias<sup>66</sup>.

Não se concebia a desigualdade nesse diálogo entre iguais. Era o poder de convencimento, o conflito agonial, democrático, realizado em praça pública que decidia os destinos da *polis*. O único campo em que não havia igualdade e havia dominação era no lar, na relação familiar e na relação com os escravos.

Arendt faz esse resgate da coisa política na *polis*, bem como do conceito pré-político de dominação que se dava no ambiente familiar para afirmar que foi justamente aqui no conceito de dominador e dominado que Marx foi construir sua teoria da expropriação, da ditadura do proletariado.

Dessa forma, o enxergar o mundo por meio de uma mesma lente, de uma mesma perspectiva, resultará no fim do mundo no sentido político. Logo, só há

---

<sup>62</sup> Opinião ou crença, cf. LALANDE, 1999, p. 1252. Também para ABBAGNANO, 2003, p. 294: doxologia ou praticologia, como o nome dado por Leibniz para certas formas de expressão que se coadunam com o uso popular ou corrente, ainda que não rigorosamente exatos.

<sup>63</sup> ARENDT, 2004a, p. 229.

<sup>64</sup> Ibid., p. 104.

<sup>65</sup> Ibid., p. 104.

<sup>66</sup> Ibid., p. 104.

mundo onde a pluralidade do gênero humano seja mais que a simples multiplicação da espécie.<sup>67</sup>

Observa Arendt que para os romanos, na guerra, o inimigo deveria ser poupado e mantido vivo, pois isso ‘aumentava a cidade’, abrangendo esse estrangeiro numa ‘nova aliança’. Enriqueciam-se culturalmente a si próprios com tal processo, mesmo que tal aliança, tal pacto, não se desse entre iguais.<sup>68</sup>

Constata também que o aumento dos meios de força e extermínio se deram tanto em razão das invenções técnicas como ao fato de o espaço público ter se tornado um lugar de força, daí resultando que o progresso técnico se tornou o progresso das possibilidades de extermínio. Dessa maneira, o poder, ao invés de surgir do agir comum humano, no espaço público, ocorreu num espaço dominado pela força, surgindo a ilusão de que poder e força sejam a mesma coisa.<sup>69</sup>

Adverte Arendt que da união da força - fenômeno do indivíduo ou de uma minoria – ao poder – fenômeno que se origina do agir plural – surge um aumento monstruoso do potencial de força, que aumenta e se desenvolve às custas do poder.<sup>70</sup>

Observa que a força e a necessidade,<sup>71</sup> que eram fenômenos fronteirços e marginais da coisa política, foram guindadas ao centro do agir político e com isso passou a força a ser meio para atingir-se o objetivo mais elevado: a conservação e instituição da vida. Assim, adverte, o âmbito político passa a ameaçar aquilo para o qual ele se justificava.<sup>72</sup>

Baseando-se em Kant, afirma também que a liberdade consiste na espontaneidade, no fato de cada homem ser capaz de iniciar uma série nova de ações por si mesmo, em que a liberdade de agir equivale a estabelecer um início e começar alguma coisa.<sup>73</sup>

Destaca o extraordinário significado político do ‘poder começar algo novo’, pois as formas de dominação totalitária não se contentam em por fim ao livre externar da opinião, mas objetivaram especialmente a por fim à espontaneidade do homem em todas as áreas. Essa privação da espontaneidade, a

---

<sup>67</sup> Ibid., p. 109.

<sup>68</sup> Ibid., p. 118.

<sup>69</sup> Ibid., p. 79.

<sup>70</sup> Ibid., p. 79.

<sup>71</sup> A força era necessária apenas para proteger; e o sustento da vida era uma condição pré-política de acesso à vida (Ibid., p. 83).

<sup>72</sup> Ibid., p. 83.

<sup>73</sup> Ibid., p. 57 et. seq.

privação do direito de começar algo novo, implica em que o curso do mundo passa a ser determinado e previsto de maneira determinística.<sup>74</sup>

Afirmado que até hoje ‘apenas poucas grandes épocas’ conheceram a coisa política, destaca ainda que a coisa política não é uma necessidade absoluta como a fome ou o amor, iniciando-se somente a partir do término do reino das necessidades materiais e da força física.<sup>75</sup>

O grande problema é que

o verdadeiro novo e assustador desse empreendimento não é a negação da liberdade ou a afirmação que a liberdade não é boa nem necessária para o homem, e sim a concepção segundo a qual a liberdade dos homens precisa ser sacrificada para o desenvolvimento histórico, cujo processo só pode ser impedido pelo homem quando este age e se move em liberdade.<sup>76</sup>

Destaca Arendt a confusão que o mundo moderno fez ligando igualdade ao conceito de justiça e não de liberdade. Isonomia, destaca ela, não significa que todos são iguais perante a lei nem que a lei seja igual para todos, mas que todos têm o direito à atividade política, direito de falar<sup>77</sup>, que se dava por meio da conversa mútua.<sup>78</sup>

A política é o instrumento que impede a obstrução à liberdade, baseando-se na pluralidade humana, sendo sua função a de organizar e regular o convívio entre diferentes. A política não surge no homem, mas entre os homens<sup>79</sup>.

Arendt compara a capacidade humana de agir, de tomar iniciativas, de ‘impor um novo começo’, de recomeçar, de começar uma cadeia espontaneamente, de fazer algo diferente, à capacidade maravilhosa e misteriosa de fazer milagres. Enquanto estiverem presentes estas condições, os homens serão capazes de fazer o improvável, o incalculável. O milagre da liberdade, observa, está nessa capacidade de poder começar.<sup>80</sup>

O livre agir arendtiano é o agir em público, sendo o público o espaço original do político.<sup>81</sup>

---

<sup>74</sup> Ibid., p. 57 et. seq.

<sup>75</sup> Ibid., p. 50.

<sup>76</sup> Ibid., p. 51.

<sup>77</sup> Arendt destaca que para a tragédia grega e seu drama o ‘falar’ consistia em espécie de ação. Ver também AUSTIN, 1990.

<sup>78</sup> ARENDT, op. cit., p. 49.

<sup>79</sup> Ibid., p. 8.

<sup>80</sup> Ibid., p. 9 passim.

<sup>81</sup> Ibid., p. 11.

Por dependerem uns dos outros, há a necessidade de um provimento da vida relativo a todos, sem o qual não seria possível justamente o convívio. Assim, a tarefa da política é a garantia da vida no sentido mais amplo possível, permitindo aos indivíduos a busca da paz e da tranqüilidade, objetivos estes que somente podem ser conquistados por meio do Estado, visto que é ele que impede a guerra de todos contra todos.<sup>82</sup>

### 2.3.2.

#### O político em Carl Schmitt

Carl Schmitt foi um dos grandes pensadores que se debruçou sobre o exame do político, destacando, tal qual Hannah Arendt e Chantal Mouffe, seu caráter inerradicável.

Schmitt foi intelectual crítico, assumindo a tarefa de analisar, sem piedade, os momentos fracos de uma ordem constitucional.

Ao tratar do conceito de político, destaca o esvaziamento do sentido do político pela falta de um espaço autônomo de decisão sobre os critérios do agir político, observando que a legitimidade política na sociedade da democracia de massa não se baseia mais em convicções de valores principais, mas única e exclusivamente na legalidade formal do procedimento.<sup>83</sup>

A importância do pensamento de Schmitt sobre o político é a manutenção do lugar do político na época moderna, na época do crescimento do parlamentarismo democrático, ao qual Schmitt se opôs com insistência.<sup>84</sup>

O núcleo da teoria de Schmitt é a sua concepção de soberania e, por consequência, a recuperação da área do político dentro das comunidades modernas, cujas características consistiram no debate sem fim, forma de desresponsabilização dos agentes políticos frente às necessidades de decisão concreta.<sup>85</sup>

Formula também juízo devastador sobre o mero formalismo da democracia moderna na sua forma parlamentar, em que o parlamentarismo democrático

---

<sup>82</sup> Ibid., p. 45 et. seq.

<sup>83</sup> SCHMITT, 1992, p. 26.

<sup>84</sup> Ibid., p. 10.

<sup>85</sup> Ibid., p. 10.

substitui a decisão política pela exclusiva valorização da maioria quantitativa de votos.<sup>86</sup>

Observa ainda que o parlamentarismo perdeu seu fundamento e credibilidade no momento em que a livre discussão pública entre cidadãos independentes arruinou-se pelo compromisso tático dos partidos, fazendo desaparecer o ser público no processo de decisão política, dando lugar às negociações e comissões fechadas.<sup>87</sup>

A perversão do parlamentarismo teria cortado os laços com os princípios constitutivos das idéias liberais da tradição – com o ser público da decisão e com a disputa racional de opiniões políticas: “a situação do parlamentarismo hoje é tão precária devido ao fato de o desenvolvimento da moderna democracia de massas ter feito da discussão público-racional uma mera formalidade” e, em sendo assim, o parlamentarismo (mero formalismo da decisão política) poderia ser falsificado por qualquer outro tipo de decisão formalmente legitimada.<sup>88</sup>

A questão da democracia e do parlamentarismo teria de ser radicalmente diferenciada devido à oposição entre os princípios nelas vigentes: a democracia, baseada na idéia de homogeneidade do povo e o parlamentarismo, na contradição dos interesses particulares entre as camadas da sociedade.<sup>89</sup>

Schmitt se centrou nos processos sócio-políticos que condicionam e até aceleram a dissolução da homogeneidade política do povo em camadas contrárias umas às outras, gerando inimigos públicos no sentido romano de “hostes”.<sup>90</sup>

Perdeu-se o espaço autônomo do político na democracia parlamentar representativa dos tempos modernos pela falta de normas fundamentadoras capazes de justificar o ato soberano de criação da ordem.<sup>91</sup>

Para Schmitt, a idéia do político foi deformada pelo espírito do liberalismo convertendo a vida pública em espetáculo e reduzindo o espaço político a mero divertimento.<sup>92</sup>

Sublinhou a necessidade de reconquistar para o agir político a sua área e os seus princípios fundamentadores, capazes de serem eficazes de modo originário e

---

<sup>86</sup> Ibid., p. 11.

<sup>87</sup> Ibid., p. 12.

<sup>88</sup> Ibid., p. 12.

<sup>89</sup> Ibid., p. 12.

<sup>90</sup> Ibid., p. 12.

<sup>91</sup> Ibid., p. 21 et. seq.

<sup>92</sup> Ibid., p. 24.

sem contrapartida às diferentes áreas autônomas do agir humano (moral, estético, econômico).<sup>93</sup>

A tendência objetiva do liberalismo é escamotear a argumentação fundamentadora do político, favorecendo a neutralização da vida política, em que resulta na denúncia de meras estruturas formais do político, sem valores últimos, tampouco capacidade de se opor à usurpação do poder pelas camadas da sociedade civil. A privatização do espaço do político, o estigma do sistema parlamentar-democrático, desembocaria em um generalizado neutralismo espiritual que, por sua vez, resulta em uma sociedade presa à magia de uma tecnologia aparentemente neutra, perdendo qualquer noção de *res pública*.<sup>94</sup>

A descoberta maior de Schmitt, segundo Flickinger, foi a descoberta de um abismo, de um momento constitutivo do político, sem que este seja deduzível de argumentos da própria razão política. Assim, abrem-se dois caminhos: ou se ignora o momento não fundamental pela rede conceitual do político, proporcionando-se o caminho para o surgimento de mitos destrutivos e não legitimáveis ou procura-se princípios de decisão sobre valores últimos do agir humano, aos quais os critérios do agir político deveriam ser submissos.<sup>95</sup>

Pela substituição dos critérios políticos pelos da racionalidade econômico-capitalista, a sociedade liberal burguesa perdeu a possibilidade de refletir sobre um lugar autônomo do político.

Ao relacionar o estatal e o político, Schmitt afirma que Estado é um estado (Zustand) peculiar de um povo, o Estado que fornece a medida em caso de decisão e que diante de muitos *status* individuais e coletivos pensáveis, o *status* pura e simplesmente. Afirma que *status* e povo adquirem seu sentido por meio do marco característico do político, tornando-se incompreensíveis sem o correto entendimento do político. Surge o Estado como algo político e o político como algo estatal, círculo que não se desfaz.<sup>96</sup>

Porém, não se pode realizar a equivalência estatal=político, já que na medida em que Estado e sociedade se interpenetram, todos os assuntos até então políticos tornam-se sociais e vice-versa e todos os assuntos até então apenas sociais tornam-se estatais. Áreas neutras como religião, cultura, economia,

---

<sup>93</sup> Ibid., p. 24.

<sup>94</sup> Ibid., p. 24.

<sup>95</sup> Ibid., p. 25.

<sup>96</sup> Ibid., p. 43.

educação deixam de ser neutras no sentido de não-estatal e não-político. Tudo é ao menos potencialmente político e a referência ao Estado já não mais consegue fundamentar um marco distintivo específico do político.<sup>97</sup>

Para Schmitt, a democracia deve abolir todas as distinções, todas as despolitizações típicas do século XIX e ao apagar a oposição Estado – Sociedade (político oposto ao social) também fará desaparecer as contraposições e separações que correspondem à situação do século XIX, qual seja, oposição de religioso, cultural, econômico, jurídico, científico, etc. como oposto de político.<sup>98</sup>

Tem-se aqui a concepção de Estado total que nada mais reconhece como absolutamente apolítico e que exige a abolição das despolitizações do século XIX e liquida o axioma da economia livre em relação ao Estado (não política) e do Estado livre em relação à economia.<sup>99</sup>

Uma das categorias principais da tese Schmittiana é a relação amigo-inimigo, que se manifesta ou por meio da guerra ou da revolução (no âmbito interno relativizado diante da existência da unidade política do Estado).

A diferenciação entre amigo e inimigo para Schmitt, tem o sentido de designar o grau de intensidade extrema de uma ligação ou separação, de uma associação ou dissociação. Pode ser teórica ou prática e subsistir sem a necessidade do emprego de distinções morais, estéticas, econômicas ou outras. O inimigo político não precisa ser moralmente mal ou esteticamente feio; não tem que surgir como concorrente econômico, podendo haver conflitos com ele.<sup>100</sup>

Os conceitos de amigo e inimigo devem ser tomados no sentido existencial, concreto. Observa Schmitt que o liberalismo reduziu o inimigo a um *concorrente* na perspectiva da economia e a um *oponente de discussões* na perspectiva do espírito. O inimigo, afirma, não é o concorrente ou adversário, tampouco o adversário particular que se odeia por sentimentos de antipatia, mas um conjunto de homens combatente e que se contrapõe a um conjunto semelhante. Inimigo (*hostis*) é apenas o inimigo público, pois tudo que se refere a esse conjunto de homens, especialmente a um povo inteiro torna-se público.<sup>101</sup>

---

<sup>97</sup> Ibid., p. 47.

<sup>98</sup> Ibid., p. 47.

<sup>99</sup> Ibid., p. 48 et. seq.

<sup>100</sup> Ibid., p. 53 et. seq.

<sup>101</sup> Ibid., p. 54 et. seq.

Observa que o antagonismo político é a mais intensa e extrema contraposição e qualquer antagonismo concreto é tanto mais político quanto mais se aproximar do ponto extremo, do agrupamento amigo-inimigo.

A título de exemplo, afirma Schmitt que só existe uma política social a partir do momento em que uma classe politicamente considerável apresente suas reivindicações “sociais”; a assistência social de que se beneficiavam antigamente os pobres e miseráveis não era considerada como problema social e nem tinha este nome e só havia uma política religiosa na qual a Igreja se apresentava como um adversário político considerável.<sup>102</sup>

Palavras como Estado, república, sociedade, classe, soberania, Estado de Direito, absolutismo, ditadura, planejamento, Estado neutro ou total são incompreensíveis quando não se sabe quem, em concreto, deve ser atingido, combatido, negado ou refutado com tal palavra.<sup>103</sup>

Os conceitos de amigo, inimigo e luta adquirem seu real sentido pelo fato de terem e manterem primordialmente uma relação com a possibilidade real de aniquilamento físico, sendo que a guerra decorre da inimizade, já que esta é a negação ontológica do ‘Ser’, mas a definição do político não é belicista nem militarista, imperialista ou pacifista. O político está preparado para a luta por toda a vida, ao contrário do soldado que apenas está excepcionalmente.<sup>104</sup>

A guerra não é fim e objetivo ou sequer conteúdo da política, afirma Schmitt e sim pressuposto sempre presente como possibilidade real, a determinar o agir e o pensar humanos de modo peculiar, efetuando assim um comportamento singularmente político. A partir da possibilidade extrema é que a vida das pessoas adquire uma tensão especificamente política.<sup>105</sup>

Salienta também que num mundo sem possibilidade de conflito, um globo pacificado, seria um mundo sem distinção entre amigo e inimigo, um mundo sem política.<sup>106</sup>

Ao tratar do Estado como forma de unidade política, Schmitt considera que toda contraposição religiosa, moral, econômica, étnica, ou outra, transformasse numa contraposição política se tiver força suficiente para agrupar

---

<sup>102</sup> Ibid., p. 56.

<sup>103</sup> Ibid., p. 59.

<sup>104</sup> Ibid., p. 59 et. seq.

<sup>105</sup> Ibid., p. 60.

<sup>106</sup> Ibid., p. 61.



objetivamente os homens em amigos e inimigos, tais como: a igreja, os sindicatos, o mercado, uma classe (sentido marxista), levando a sério a luta de classes e o opositor como verdadeiro inimigo, combatendo-o seja na forma de Estado contra Estado ou numa guerra civil no interior do Estado.<sup>107</sup>

Observa ainda que pode o político extrair sua força dos mais variados setores da vida humana: religiosos, econômicos, morais e outros. Político então é sempre o agrupamento humano determinante; e a unidade política, se estiver presente, será sempre a unidade normativa e “soberana”, no sentido de que a ela caberá sempre, por definição, resolver o caso decisivo, mesmo que seja um caso excepcional.<sup>108</sup>

Se as forças opositoras forem fortes o suficiente a ponto de determinarem a opção acerca do caso de guerra, estas tornam-se a nova substância da unidade política. Deve, portanto, ser unidade decisiva para o agrupamento amigo-inimigo e nesse sentido, soberana.<sup>109</sup>

Ao esclarecer em que dimensão concebe a guerra e o inimigo, Schmitt observa que a guerra tem sentido existencial, não havendo nenhuma legitimidade ou legalidade que possa justificar que os homens se matem mutuamente a não ser no sentido existencial. Só tem sentido quando for necessário repelir e lutar contra o adversário. É o povo – enquanto existente na esfera do político – quem deve decidir a diferenciação entre amigo e inimigo, aí se encontrando a essência de sua existência política. Só há guerra contra um inimigo real.<sup>110</sup>

Para Schmitt ainda, o mundo não é uma unidade política, mas um *pluriversum* político, destacando que deixaria de existir política e Estado quando desaparecer os conceitos de amigo – inimigo, vindo isso a ocorrer se a sociedade chegar um dia a um Estado em que a luta perder sentido, em que não houver mais conflitos.<sup>111</sup>

Observa que a humanidade não pode fazer guerras, pois ela não tem inimigos (humanidade exclui o conceito de inimigo) já que o inimigo também é homem, não ocorrendo, assim, diferença específica. Diz, no entanto que em nome da humanidade têm-se feito guerras, mas que humanidade é um instrumento

---

<sup>107</sup> Ibid., p. 63 et. seq.

<sup>108</sup> Ibid., p. 64.

<sup>109</sup> Ibid., p. 66.

<sup>110</sup> Ibid., p. 75 et. seq.

<sup>111</sup> Ibid., p. 80.

ideológico que tem sido útil para expansões imperialistas e, em sua forma ético-humanitária, um veículo específico de imperialismo econômico.<sup>112</sup>

Schmitt, ao examinar o fundamento antropológico das teorias políticas, afirma que como é na esfera do político que, em última análise, determina-se a possibilidade real da existência do inimigo, as noções e raciocínios políticos não podem tomar o “otimismo” antropológico como ponto de partida.<sup>113</sup>

O homem assim teria uma tendência irresistível de resvalar da avidez para o mal quando nada atua contrariamente. Diz Schmitt que o liberalismo burguês nunca foi radical num sentido político e que suas negações do Estado e do político, suas neutralizações, despolíticas e declarações de liberdade possuem igualmente um determinado sentido político e se dirigem polemicamente numa determinada situação, contra um determinado Estado e seu poder político. Não negou radicalmente o Estado, mas também não encontrou nenhuma teoria positiva do Estado e nenhuma reforma própria do Estado, contudo procurou prender o político ao ético e subordiná-lo ao econômico.<sup>114</sup>

Tratando especificamente do direito, Schmitt destaca que o “império do direito” não significa outra coisa senão a legitimação de um determinado *status quo*, em cuja manutenção obviamente têm interesse todos aqueles cujo poder político ou cuja vantagem econômica se estabilizam neste direito.<sup>115</sup>

Com base em Hobbes, afirma também que a soberania do direito significa apenas a soberania dos homens que estabelecem e aplicam as normas jurídicas, e que o império de uma “ordem superior” é um palavrório vazio se não tem o sentido político que determinados homens querem dominar, apoiados numa ordem superior, sobre homens de uma ordem inferior. O pensamento político é aqui, na autonomia e coerência de sua esfera, irrefutável, uma vez que são sempre grupos humanos concretos que, em nome do “direito”, ou da “humanidade” ou da “ordem” ou da “paz” lutam contra outros grupos humanos concretos; o observador de fenômenos políticos, se permanecer conseqüentemente no seu pensamento político, pode reconhecer até mesmo na repreensão da imoralidade e de cinismo, sempre de novo apenas um meio político de homens concretos em luta.<sup>116</sup>

---

<sup>112</sup> Ibid., p. 80.

<sup>113</sup> Ibid., p. 86 passim.

<sup>114</sup> Ibid., p. 88.

<sup>115</sup> Ibid., p. 93.

<sup>116</sup> Ibid., p. 93.

Criticando a despolitização da sociedade moderna pela polaridade entre ética e economia, Schmitt ressalta que pelo liberalismo do século XIX foram alteradas e desnaturadas todas as representações políticas de uma maneira singular e sistemática: como realidade histórica, não escapou ao político, o mesmo ocorrendo em outros movimentos humanos como o cultural, o econômico, que também tiveram um sentido político. Tais movimentos ligaram-se a idéias não liberais como os nacional-liberais, os social-liberais, os conservadores-liberais, católicos e até com forças antiliberais, pois eram essencialmente políticas.<sup>117</sup>

Diz que o pensamento liberal ignora ou ignora de uma maneira sumamente sistemática o Estado e a política, movimentando-se em uma polaridade típica que sempre retorna de duas esferas heterogêneas: a ética e a economia; espírito e negócio; cultura e propriedade. A desconfiança em relação a Estado e política se esclarece a partir dos princípios de um sistema para o qual o indivíduo tem de permanecer *terminus a quo e terminus ad quem*.<sup>118</sup>

Todo estorvo, toda ameaça à liberdade individual, em princípio ilimitada, à propriedade privada e à livre concorrência era chamada de violência, logo ruim. O que o liberalismo deixa valer do Estado e da política, reduz-se a assegurar as condições de liberdade e ao eliminar as perturbações da liberdade.<sup>119</sup>

No pensamento liberal, o conceito político de luta se transforma no aspecto econômico em *concorrência* e no aspecto espiritual, em *discussão*. O Estado se torna sociedade e de um lado espiritual-ético se transforma em representação ideológico-humanitária da “humanidade”; de outro, numa unidade econômico-técnica de um sistema unitário de produção e comércio.<sup>120</sup>

De um povo unido politicamente, surge um público culturalmente interessado e do outro lado, em parte um pessoal da fábrica e do trabalho, em parte uma massa de consumidores. Da dominação e do poder surgem, no pólo espiritual, *propaganda e sugestão de massas* e no pólo econômico, *controle*.

Fazendo acirradas críticas ao sistema liberal, afirma Schmitt que torna-se interessante para tal sistema que pontos de vista políticos sejam despojados de toda validade e subordinados às normatividade e “ordenações” de moral, direito e economia, uma vez que na realidade concreta do ser político não regem

---

<sup>117</sup> Ibid., p. 96.

<sup>118</sup> Ibid., p. 97.

<sup>119</sup> Ibid., p. 97 et. seq.

<sup>120</sup> Ibid., p. 97.

ordenações abstratas e séries abstratas de normas e sim sempre e somente, homens concretos ou associações que dominam outros homens concretos e associações; sendo assim natural que, visto politicamente, o “império” da moral, do direito, da economia e da norma, não tenha jamais senão um sentido político concreto.<sup>121</sup>

Uma dominação sobre os homens, apoiada sobre a base econômica, justamente quando ela permanece apolítica, esquivando-se de toda responsabilidade e visibilidade política, tem de aparecer como uma fraude terrível. O conceito de troca não exclui que um dos contraentes sofra um prejuízo, nem que um sistema de acordos mútuos se transforme num sistema de pior exploração e opressão.<sup>122</sup>

Schmitt, ao afirmar que no século XX se vive a era das neutralizações e despolitizações, destaca que esse século se mostra como o século da técnica e da crença nela. Diz que depois das inúteis disputas e brigas teológicas do século XVI a humanidade européia procurava uma área neutra em que cessasse a luta e onde as pessoas pudessem entender-se, concordar e se convencer mutuamente. No século XIX, tornam-se grandezas neutras primeiro o monarca e depois o Estado.<sup>123</sup>

A técnica é sempre somente instrumento e arma e por servir a qualquer um não é neutra, sendo que hoje as invenções técnicas são meios de enorme dominação de massas. A técnica nada pode fazer senão intensificar a paz ou a guerra, estando predisposta a ambas da mesma maneira.<sup>124</sup>

Como se tivesse enxergando o futuro, Schmitt ressalta que hoje a guerra mais terrível é a que se realiza em nome da paz e a mais medonha, em nome da liberdade, e a mais terrível desumanidade, em nome da humanidade.<sup>125</sup>

Considera que é falso resolver um problema político com antíteses de mecânico e orgânico, morte e vida, sendo que uma vida que não tem diante de si mesma nada mais do que a morte não é mais vida e sim impotência e desamparo.<sup>126</sup>

---

<sup>121</sup> Ibid., p. 99.

<sup>122</sup> Ibid., p. 104.

<sup>123</sup> Ibid., p. 114.

<sup>124</sup> Ibid., p. 117.

<sup>125</sup> Ibid., p. 119.

<sup>126</sup> Ibid., p. 119.

### 2.3.3.

#### O político e seu regresso em Chantal Mouffe

A interpretação-construção-aplicação-concretização do direito não pode mais ser realizada sem a pré-compreensão do político, da democracia, da pluralidade, da cidadania; a democracia radical passa a ser concebida como uma perspectiva importante que pode dar conta da complexidade das relações sociais no século XXI.

Katya Kozicki, reconhecendo a contingência, a indeterminação de sentido e abertura como características marcantes das sociedades contemporâneas, vai dizer que direito e democracia radical pressupõe um ao outro, implicando o entrelaçamento de questões políticas e jurídicas, fundadas nos princípios políticos da igualdade e da liberdade.<sup>127</sup>

Para ela, “o compromisso com a justiça implica na consciência de que é sempre necessário descobrir e reinventar o direito ao mesmo tempo, num movimento infinito de significações”.<sup>128</sup>

Chantal Mouffe é uma pensadora que defende uma democracia radical e pluralista e uma lógica democrática da igualdade ao lado de uma lógica liberal da liberdade, enxergando possibilidades onde Schmitt não as viu, especialmente porque Schmitt não percebeu a complexidade da sociedade do século XX e XXI.

O pensamento de Chantal Mouffe é relevante para a perspectiva cosmopolita, sendo impossível conceber-se qualquer teoria jurídica ou social sem passar pelos temas tratados por Mouffe, como o debate entre universalistas e relativistas ou singularistas, entre o universal e o particular ou contingente.

Mouffe, tal como Boaventura de Souza Santos, defende um universalismo de confluência, concebendo, no entanto, tal universalismo não como um projeto definido, mas, um projeto em aberto, indefinível.

Mouffe trabalha de forma positiva e não dissimuladora, não ‘veladora’ do antagonismo, reconhecendo-o e ao mesmo tempo objetivando trazê-lo para a praça pública para que o antagonismo passe pelo crivo do debate, da discussão e do diálogo.

---

<sup>127</sup> KOZICKI, 2000, p. 2 et. seq.

<sup>128</sup> Ibid., p. 253.

Há inúmeros pontos de contato no pensamento de Mouffe e Arendt, destacadamente a valorização do singular, do contingente e especificamente do político.

Ambas ressaltam que a moderna categoria de indivíduo foi construída de uma forma que postula um ‘público’ universal e homogêneo, relegando a particularidade e toda diferença ao ‘privado’.<sup>129</sup>

Critica ainda o modelo de democracia de Bobbio porque apesar de Bobbio concordar que é necessário um maior grau de participação política, seu modelo não é o da democracia participativa, não dando ênfase à democracia direta<sup>130</sup>.

Mouffe defende também que a teoria da democracia liberal passa por uma crise de eficácia e legitimidade por ser incapaz de compreender os conflitos étnicos, religiosos e nacionalistas.<sup>131</sup>

Destaca que o universalismo, o racionalismo e o individualismo da teoria liberal têm-na cegado à especificidade do político, especialmente ao papel do antagonismo e do poder na vida social.<sup>132</sup>

Propõe uma reformulação completa das categorias centrais da teoria política como a cidadania, a comunidade e o pluralismo, ao mesmo tempo em que pretende fazer perceber a defasagem entre a teoria democrática e os acontecimentos turbulentos de nosso tempo.<sup>133</sup>

Quer destacar o caráter inerradicável do político no século XXI, evidenciando porque é tão importante a relação amigo-inimigo, que ela prefere denominar de antagonismo ou relação agonística, em que é importante definir um ‘nós’ e um ‘eles’, entretanto, tal fronteira não pode representar o aniquilamento do outro, negar a humanidade do outro, mas no respeito às suas idéias, respeito este que deve dar-se num ambiente plural onde se oportunize a todos externar seus pontos de vista e opiniões. Trava um debate com inúmeros autores, como Aristóteles, Maquiavel, Kant, John Rawls, Bobbio, Dworkin e especialmente com Carl Schmitt.

Destaca Mouffe que

---

<sup>129</sup> Ibid., p. 111.

<sup>130</sup> MOUFFE, 1996, p. 138.

<sup>131</sup> Ibid., contracapa.

<sup>132</sup> Ibid., contracapa.

<sup>133</sup> Ibid., contracapa.

somos sempre sujeitos múltiplos e contraditórios, habitantes de uma diversidade de comunidades (na verdade, tantas quantas as relações sociais em que participamos e as posições de sujeito que elas definem), construídos por uma variedade de discursos e precária e temporariamente cerzidos na intersecção dessas posições de sujeito.

Esse é um dos principais aportes teóricos para se conceber uma nova forma de individualidade, verdadeiramente plural e democrática.<sup>134</sup>

Para que tal estratégia seja viável, é preciso abandonar o universalismo abstrato do iluminismo e a concepção essencialista de uma totalidade social e o mito de um sujeito unitário.<sup>135</sup>

Nesse contexto plural, Mouffe afirma que ao invés de se pensar a democracia radical como uma ameaça, com tais características, passa a ser instrumento indispensável à realização de seus objetivos.<sup>136</sup>

Observa que é “só no contexto de uma tradição que dê realmente lugar à dimensão política da existência humana e que permita pensar a cidadania como algo mais do que a simples titularidade de direitos é que podemos falar de valores democráticos”.<sup>137</sup>

Pensa também num projeto de democracia radical e plural a partir da multiplicidade, da pluralidade e do conflito, este, a razão de ser da política, caracterizando assim uma hegemonia de valores democráticos, por meio da multiplicação de práticas democráticas.

Salienta que conceitos-chave do liberalismo como direitos, liberdade e cidadania são hoje reclamados pelo discurso do individualismo possessivo, que bloqueia o estabelecimento de uma cadeia de equivalências democráticas.

Diz Mouffe que com a ‘dissolução dos sinalizadores de certeza’, na “sociedade democrática moderna já não pode existir uma unidade substancial e a divisão tem de ser encarada como constitutiva”.<sup>138</sup>

Um aspecto fundamental do pensamento de Mouffe consiste em que sua concepção de cidadania, respeita ao mesmo tempo o pluralismo e a liberdade

---

<sup>134</sup> Ibid., p. 36.

<sup>135</sup> Ibid., p. 36.

<sup>136</sup> Ibid., p. 36.

<sup>137</sup> Ibid., p. 50.

<sup>138</sup> Ibid., p. 74.

individual, afirmando que se deve resistir a qualquer tentativa de regressar a uma *universitas* e reintroduzir uma comunidade moral.<sup>139</sup>

Afirma também que uma das tarefas de uma filosofia política democrática moderna é a de facultar uma linguagem que articule a liberdade individual com a liberdade política, construindo novas posições de sujeito e criando diferentes identidades de cidadão.<sup>140</sup>

Sua defesa do caráter inerradicável do político insere para dentro da esfera pública tudo o que é objeto de controvérsia, afirmando que negar o político não o faz desaparecer, apenas conduz ao espanto perante as suas manifestações e à impotência do seu tratamento.

Sintetiza-se o pensamento de Mouffe no desejo de desenvolver e multiplicar o maior número possível de relações sociais, discursos, práticas, ‘jogos de linguagem’, que produzem ‘posições de sujeito’ democráticas. Mouffe quer criar um espaço para o pluralismo de culturas, de formas coletivas de vida e regimes, assim como o pluralismo de sujeitos, opções individuais e concepções de bem.<sup>141</sup>

Para ela, um projeto de democracia radical e plural tem de conciliar-se com a dimensão de conflito e antagonismo da política, aceitando as conseqüências da irredutível pluralidade de valores, pensando-se em como criar as condições em que as forças agressivas podem ser diluídas e canalizadas, tornando possível assim um ordem democrática pluralista.<sup>142</sup>

Destaca Mouffe que o mundo feminino, o privado, a natureza, a particularidade, a diferenciação, a desigualdade, a emoção, o amor e os laços de sangue foram separados do reino público, universal – e masculino -, da convenção, da igualdade civil, da liberdade, da razão, do consentimento e do contrato.<sup>143</sup>

Observa que o liberalismo contribuiu para a formulação da noção de cidadania universal, baseada na afirmação de que todos nascem livres e iguais, mas também reduziu a cidadania a um mero estatuto legal, destacando que a

---

<sup>139</sup> Ibid., p. 80.

<sup>140</sup> Ibid., p. 80.

<sup>141</sup> Ibid., p. 201.

<sup>142</sup> Ibid., p. 203.

<sup>143</sup> Ibid., p. 58.



maioria dos pensadores liberais estranha as noções de vida pública, de atividade cívica e de participação política numa comunidade.<sup>144</sup>

Enfatiza que o reino público da cidadania moderna foi construído de forma universalista e racionalista, excluindo o reconhecimento da divisão e do antagonismo e relegando para o privado todas as particularidades e diferenças, resultando daí que “a distinção entre o público e o privado – embora fundamental para a afirmação da liberdade – atuou como um poderoso princípio de exclusão”.<sup>145</sup>

Mouffe realça a importância da compreensão do antagonismo do ‘dois-em-um’ - o conflito que cada indivíduo encontra em si mesmo -; entre o ponto de vista impessoal, que origina uma poderosa exigência de imparcialidade e igualdade universais, e o ponto de vista pessoal, que dá origem aos motivos individualistas que impedem a realização dessas idéias.<sup>146</sup>

Mouffe, no entanto, se contrapõe a Schmitt dizendo que para ele a idéia liberal de igualdade de todas as pessoas enquanto pessoas é estranha à democracia: é uma ética individualista humanitária, mas não uma possível organização política.<sup>147</sup>

Diz ainda que para Schmitt, a idéia de uma democracia da humanidade é impensável porque uma igualdade humana absoluta, uma igualdade sem a correlação de desigualdade seria uma igualdade despida de valor e substância, sem significação.<sup>148</sup>

Por isso, enfatiza Mouffe, Schmitt conclui que nos Estados democráticos modernos onde foi estabelecida a igualdade humana universal, os direitos sempre significaram na prática a exclusão daqueles que não pertencem ao Estado.<sup>149</sup>

Diz também que para Schmitt a moderna democracia de massas se funda numa confusão entre a ética liberal de absoluta igualdade humana e a forma de identidade política democrática entre governados e governantes, gerando uma crise que resulta da contradição entre um liberalismo individual sobrecarregado

---

<sup>144</sup> Ibid., p. 113.

<sup>145</sup> Ibid., p. 113.

<sup>146</sup> Ibid., p. 196.

<sup>147</sup> Ibid., p. 142.

<sup>148</sup> Ibid., p. 142.

<sup>149</sup> Ibid., p. 142.

com uma conotação moral e um sentimento democrático guiado por ideais políticos.<sup>150</sup>

Segundo ela, Schmitt também critica a democracia parlamentar por ser uma união entre dois princípios políticos completamente heterogêneos, o da identidade, próprio da forma democrática de governo e o da representatividade, próprio da monarquia. Esse sistema híbrido é o resultado do compromisso que a burguesia liberal conseguiu estabelecer entre a monarquia absoluta e a democracia proletária, conjugando dois princípios de governo opostos.<sup>151</sup>

Assim, para Schmitt, o elemento representativo constitui o aspecto não democrático da democracia, e enquanto o parlamento constituir a representação da unidade política, está em oposição à democracia.<sup>152</sup>

Em síntese, a aliança entre as idéias parlamentares liberais e as idéias democráticas é antinatural e atingiram seu momento de crise, perdendo o regime parlamentar sua razão de ser visto que os princípios que lhe serviram de justificação deixaram de merecer credibilidade nas circunstâncias da moderna democracia de massas, já que a essência do parlamentarismo liberal é a deliberação pública de argumentos e contra-argumentos, debate público e discussão pública.<sup>153</sup>

Afirma Mouffe que para Schmitt, o que normalmente se discute no parlamento é a linha econômica de acordo com a qual a harmonia social e a maximização da riqueza derivam da livre concorrência econômica entre os indivíduos, da liberdade de contratar, da liberdade de comércio e da liberdade de empresa.<sup>154</sup>

Enfatiza que para Schmitt, a ordem parlamentar liberal baseava-se numa série de importantes questões controversas, como a religião, a moral, a economia, confinadas à esfera privada, mecanismos estes criados para criar a homogeneidade, condição necessária ao funcionamento da democracia.<sup>155</sup>

---

<sup>150</sup> Ibid., p. 142.

<sup>151</sup> Ibid., p. 143.

<sup>152</sup> Ibid., p. 143.

<sup>153</sup> Ibid., p. 143.

<sup>154</sup> Ibid., p. 143.

<sup>155</sup> Ibid., p. 144.

Desse modo, o parlamento podia aparecer como a esfera em que os indivíduos, separados dos seus interesses conflitantes, podiam discutir e alcançar um consenso racional.<sup>156</sup>

Com o desenvolvimento da sociedade de massas, surgiu o ‘Estado total’ e a pressão democrática para estender direitos, exigindo do Estado a intervenção num número cada vez maior de áreas da sociedade.<sup>157</sup>

Com isso, o parlamento perdeu grande parte de sua importância uma vez que muitas decisões relativas a questões fundamentais começaram a ser tomadas por meio de outros procedimentos, além de ele se transformar numa arena em que se defrontam interesses antagônicos, marcando tanto o fim do Estado liberal quanto da democracia.<sup>158</sup>

Mouffe, ao relacionar o liberalismo e o político no contexto schmittiano, observa que Schmitt permite tomar-se consciência dos defeitos do liberalismo<sup>159</sup> e que é preciso que se leia de forma crítica para que se possa compreender a importância fundamental da articulação entre o liberalismo e a democracia e os perigos envolvidos em qualquer tentativa de renunciar ao pluralismo liberal.<sup>160</sup>

Mouffe não aceita a tese schmittiana de que existe uma inevitável contradição entre o liberalismo e a democracia, afirmando que essa contradição resulta da incapacidade de Schmitt em compreender a especificidade da democracia moderna entre os seus dois princípios constitutivos de liberdade e igualdade.<sup>161</sup>

Destaca, porém, aspectos fundamentais do pensamento de Schmitt como o de que o individualismo liberal é incapaz de compreender a formação de

---

<sup>156</sup> Ibid., p. 144.

<sup>157</sup> Ibid., p. 144.

<sup>158</sup> Ibid., p. 144.

<sup>159</sup> Para uma leitura atual do liberalismo e seu ocaso, consultar Immanuel Wallerstein (2002), que afirma que a destruição do Muro de Berlim e a dissolução da União Soviética não implicaram no triunfo do liberalismo como ideologia. A partir de uma leitura do que ocorreu entre 1789 e 1989, afirma que o liberalismo agoniza e, a partir daí, pensa num projeto possível de libertação para o século XXI, cuja estratégia deve estar voltada tanto para a supressão dos problemas materiais, sociais, culturais, morais e espirituais da humanidade (causados pelo liberalismo), bem como pensa na construção de um novo sistema histórico, diferente do liberalismo, o que vai demandar muita luta política, problemas estes que devem ser atacados concomitantemente. Wallerstein vê que no decorrer da atual transição mundial é preciso trabalhar tanto em nível local quanto no internacional.

<sup>160</sup> MOUFFE, 1996, p. 146.

<sup>161</sup> Ibid., p. 148.

identidades coletivas e não consegue apreender o aspecto coletivo da vida social como constitutivo<sup>162</sup>.

Considera que para Schmitt, o pensamento liberal evita o Estado e a política; tenta aniquilar o político como um domínio de poder conquistador e de repressão.<sup>163</sup>

Ressalta a conclusão de Schmitt de que o liberalismo acredita que a restrição das questões controversas à esfera privada seria suficiente para regular a pluralidade de interesses da sociedade, destacando que tal tentativa é um fracasso, pois é impossível aniquilar, domesticar ou erradicar o político. O grande mal de tal tentativa é a retirada de energia dos mais variados esforços humanos.<sup>164</sup>

Mouffe registra que Schmitt tem razão ao sublinhar as deficiências do individualismo liberal em relação ao político e que muitos dos problemas atuais das democracias liberais têm origem no fato de a política ter sido reduzida a uma atividade instrumental, à realização egoísta de interesses privados ou a limitação da democracia a um mero conjunto de procedimentos neutros, transformando os cidadãos em consumidores políticos, bem como a insistência liberal numa suposta ‘neutralidade’ do Estado, provocando o esvaziamento da política de toda a sua substância.<sup>165</sup>

Salienta ainda que toda a questão da democracia moderna gira em torno do pluralismo e há limites para ele. O pluralismo exige fidelidade ao Estado como um ‘Estado ético’, que cristaliza as instituições e os princípios próprios da forma de existência coletiva que é a democracia moderna.<sup>166</sup>

A democracia moderna exige a afirmação de um certo número de ‘valores’ que, como a igualdade e a liberdade, constituem seus princípios políticos.<sup>167</sup>

Diz ela que a liberdade individual encontra-se numa posição precária quando a riqueza e o poder se concentram nas mãos de grupos que cada vez mais fogem ao controle do processo democrático.<sup>168</sup>

Para atingir um verdadeiro pluralismo democrático, Mouffe entende que é necessário, de um lado, um equilíbrio difícil entre a democracia entendida como

---

<sup>162</sup> Ibid., p. 148.

<sup>163</sup> Ibid., p. 148.

<sup>164</sup> Ibid., p. 149.

<sup>165</sup> Ibid., p. 149.

<sup>166</sup> Ibid., p. 176.

<sup>167</sup> Ibid., p. 176.

<sup>168</sup> Ibid., p. 177.

um ‘conjunto de procedimentos necessários para manter o pluralismo’ e, de outro, a democracia como ‘adesão a valores que moldam um determinada forma de coexistência’,<sup>169</sup>

Acredita ainda, diferentemente de Schmitt que concebe a democracia pluralista como uma conjugação contraditória de princípios inconciliáveis, que é a existência da tensão entre a lógica da identidade e a lógica da diferença que define a essência da democracia pluralista.<sup>170</sup>

Observa que o apregoado ‘triunfo’ da democracia liberal chegou num momento em que se verificam cada vez mais discordâncias quanto à sua natureza, sendo uma das principais, a que versa sobre a neutralidade do Estado.<sup>171</sup>

Faz a seguinte pergunta: uma sociedade liberal é aquela em que o Estado é neutro e permite a coexistência de diferentes modos de vida e concepção de bem ou deve ser uma sociedade em que o Estado promove fins específicos, como a igualdade e a autonomia pessoal?

Destaca Mouffe que os três principais defensores do Estado neutral: Rawls, Dworkin e Ackerman não conseguem evitar a referência a uma teoria substantiva de bem e que a teoria da justiça como equidade, de Rawls, sequer é procedimentalmente neutra, pois seus princípios de justiça são substantivos e exprimem muito mais que simples valores procedimentais.<sup>172</sup>

Salienta que mesmo Dworkin nunca aceitou a idéia de uma neutralidade absoluta, visto que no coração do liberalismo há uma concepção de igualdade.<sup>173</sup>

Enfatiza também que o que está em jogo sobre a neutralidade do Estado é a natureza do pluralismo e o seu lugar na democracia liberal, defendendo um liberalismo não mais concebido num quadro individualista e racionalista fadado a ignorar a existência do político, mas num quadro plural.<sup>174</sup>

Traz à lembrança o pensamento de Derrida que afirma que a constituição de uma identidade é sempre baseada na exclusão de algo e no estabelecimento de uma hierarquia violenta entre dois pólos resultantes: forma/matéria, essência/acidente, preto/branco, homem/mulher, revelando assim que não existe

---

<sup>169</sup> Ibid., p. 177.

<sup>170</sup> Ibid., p. 178.

<sup>171</sup> Ibid., p. 179.

<sup>172</sup> Ibid., p. 180.

<sup>173</sup> Ibid., p. 180.

<sup>174</sup> Ibid., p. 181.

uma identidade em si mesma que não seja construída a partir de uma diferença e que qualquer objetividade social é criada por atos de poder.<sup>175</sup>

Chega-se à pergunta sobre que concepção de justiça é mais adequada à realização dos valores da liberdade e da igualdade nas instituições básicas?<sup>176</sup>

Responde-se a tal pergunta, relacionando o pluralismo e sua indeterminação, destacando, com Wittgenstein, o papel da argumentação e o fato de que a argumentação só é possível em casos em que haja um enquadramento comum: em que um acordo quanto à linguagem utilizada seja pré-condição para um acordo sobre opiniões ou, mais que acordos sobre opiniões, acordos sobre modos de vida.<sup>177</sup>

Mouffe destaca a seguinte passagem de Wittgenstein<sup>178</sup>: “para que a linguagem seja um meio de comunicação tem de haver acordo não apenas quanto às definições, mas também (por estranho que possa parecer) quanto às opiniões”.<sup>179</sup>

Enfatiza a referência feita por John Gray<sup>180</sup> a Wittgenstein quanto às regras e seu respectivo cumprimento dizendo que elas são incompatíveis com o raciocínio liberal porque este visa a um enquadramento comum para uma argumentação sobre o modelo de um diálogo ‘neutro’ ou ‘racional’; enquanto para Wittgenstein,

seja o que for que exista de conteúdo definitivo na deliberação contratual e na sua formação, deriva das opiniões particulares que se sente inclinado a emitir como participante de modos de vida específicos. Os modos de vida em que as pessoas se encontram são eles próprios sustentados por uma rede de acordos pré-contratuais, sem os quais não haveria qualquer possibilidade de entendimento mútuo ou, portanto, de discordância.<sup>181</sup>

Para ela, a abordagem wittgensteiniana constitui-se numa alternativa frutuosa ao racionalismo liberal visto que pode ser desenvolvida de forma a destacar o caráter histórico e contingente dos discursos que constroem as nossas identidades.<sup>182</sup>

---

<sup>175</sup> Ibid., p. 187.

<sup>176</sup> Ibid., p. 190.

<sup>177</sup> Ibid., p. 191.

<sup>178</sup> WITTGENSTEIN, 1958, p. 241.

<sup>179</sup> MOUFFE, op. cit., p. 191.

<sup>180</sup> GRAY, 1989, p. 252.

<sup>181</sup> MOUFFE, 1996, p. 192.

<sup>182</sup> Ibid., p. 192.

Conclui que

é muito importante reconhecer essas formas de exclusão pelo que são e pela violência que significam, em vez de as ocultar sob um véu de racionalidade. Mascaram a verdadeira natureza das necessárias ‘fronteiras’ e modos de exclusão exigidos por uma ordem democrático-liberal, fundamentando-os no caráter supostamente neutro da ‘racionalidade’, cria efeitos de ocultação que põem em causa o correto funcionamento da política democrática.<sup>183</sup>

Assim, diz também que a especificidade da democracia pluralista não está na ausência de dominação e de violência, mas no estabelecimento de um conjunto de instituições por meio das quais podem ser limitadas e contestadas.<sup>184</sup>

Observa que a política democrática moderna está ligada à Declaração dos Direitos Humanos implicando numa referência à universalidade, porém tal universalidade é concebida como um horizonte que nunca pode ser alcançado. Desse modo, o conteúdo universal deve ficar sempre indeterminado, pois é essa indeterminação que constitui a condição de existência da política democrática.<sup>185</sup>

Defende ainda que ao invés de se “tentar eliminar os traços do poder e da exclusão, a política democrática exige que eles sejam trazidos à praça pública, tornando-os visíveis para que possam entrar no terreno da contestação”.<sup>186</sup>

Mouffe pensa na democracia moderna como uma nova forma política, um novo ‘regime’ em que estarão em tensão a *lógica democrática da igualdade* de um lado e a *lógica liberal da liberdade*, de outro, lógicas estas que se deve valorizar e proteger e não dissolvê-las, uma vez que é essa lógica que é constitutiva da democracia pluralista. Não ignora a dificuldade da relação entre liberalismo e democracia, destacando que a democracia pluralista exacerba de um lado as diferenças e a desintegração e de outro a homogeneização e poderosas formas de unidade.

---

<sup>183</sup> Ibid., p. 194.

<sup>184</sup> Ibid., p. 194.

<sup>185</sup> Ibid., p. 195.

<sup>186</sup> Ibid., p. 198.

### 2.3.4.

#### O político e o jurídico em Dworkin

O político tratado nos itens precedentes foi concebido como a categoria que indica as condições de possibilidade em que uma hermenêutica jurídica cosmopolita se torna possível.

Contudo, o político pode ainda ser analisado sob a perspectiva em que se vincula com o jurídico. Na lição de Dworkin, o político é incidível do jurídico e esse vínculo se torna acentuado no Brasil porque aqui qualquer juiz exerce jurisdição constitucional.<sup>187</sup>

Para Dworkin, política, arte e direito estão unidos de algum modo na filosofia.<sup>188</sup>

Assim, faz-se necessário que se aponte em que sentido se dá esse vínculo. Seguir-se-ão aqui os passos de Dworkin em suas três principais obras: ‘uma questão de princípio’; ‘o império do direito’ e ‘levando os direitos a sério’.

Vigo sintetiza o pensamento de Dworkin afirmando que Dworkin é um defensor incondicional dos direitos fundamentais; que Dworkin rejeita o juridicismo como tentativa de compreender o direito apartando a moral e a política; a crítica das visões ingênuas e irrealis do direito que o reduzem a um sistema de normas; a confiança nas possibilidades do juiz como responsável por encontrar a resposta para o caso; a afirmação da razão jurídica como uma razão inequivocamente prática; a superação dos preconceitos em face da filosofia jurídica e da filosofia geral; a visão preocupada com o problema, mais que pelo

---

<sup>187</sup> Para uma análise crítica do pensamento de Dworkin, consultar Sandra Martinho Rodrigues (2005), em que critica idéias-chave do pensamento de Dworkin, como ‘coerência, a ‘resposta correta’, a ‘*chain novel*’ (romance em cadeia) e a ‘eliminação da discricionariedade’, apontando falhas no pensamento de Dworkin. Em síntese, afirma que a coerência não pode ser elevada a critério decisivo e último de validade das decisões concretas, pois isso implica na desconsideração da dimensão específica exigida pelo caso concreto e dos momentos normativos-interpretativos específicos que concorrem para essa decisão. Assim, Dworkin estaria mais preocupado com a integração da decisão no todo da prática jurídica do que com a adequação da decisão ao caso concreto. A idéia do romance em cadeia, segundo Rodrigues, padece de legitimidade metodológica porque Dworkin não identifica onde termina a dimensão de adequação (fit) e onde começa a dimensão de justificação (value), mas vê aspectos positivos entre a cadeia de decisões judiciais e a criação de um romance em cadeia, em que, ao mesmo tempo, o juiz é autor e intérprete, contribuindo para uma visão conjunta e não estanque dos momentos da interpretação, integração e aplicação do direito, contrariando a visão tradicional da interpretação jurídica. Quanto à questão da resposta correta, esta está diretamente ligada à questão da coerência, entendendo Rodrigues ser isso impossível, o mesmo ocorrendo com a discricionariedade.

<sup>188</sup> DWORKIN, 2005, p. 249.



sistema; a não aceitação de uma cisão absoluta entre o ponto de vista descritivista e o prescritivista.<sup>189</sup>

Uma primeira conclusão de Dworkin é a de que o império do direito é definido pela atitude, não pelo território, poder ou processo. Essa atitude é uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais alto sentido: “é uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância”.<sup>190</sup>

Diz ele que “a atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado”.<sup>191</sup>

Afirma também que esse império é uma atitude fraterna,

uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.<sup>192</sup>

Dworkin observa que quando um juiz decide baseando-se em fundamentos políticos, não está decidindo com base em fundamentos de política partidária, mas nos princípios políticos em que acredita, como o princípio da igualdade.<sup>193</sup>

Dworkin questiona: os juízes devem tomar decisões políticas? ao fazer, tornam-se legisladores? Rechaça a opinião de que direito e política pertencem a mundos diferentes e independentes, mas adverte que os juízes devem apenas impor convicções políticas que acreditam de boa fé poder figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade.<sup>194</sup>

Distingue os argumentos de política dos argumentos de princípio afirmando que os primeiros visam a demonstrar que a comunidade estaria melhor se um programa particular fosse seguido: são, portanto, argumentos baseados no objetivo. Já os argumentos de princípio são baseados em direito.<sup>195</sup>

---

<sup>189</sup> VIGO, 2005, p. 79.

<sup>190</sup> DWORKIN, 1999, p. 492.

<sup>191</sup> Ibid., p. 492.

<sup>192</sup> Ibid., p. 492.

<sup>193</sup> Id., 2005, p. 4.

<sup>194</sup> Ibid., p. VI passim.

<sup>195</sup> Ibid., p. IX.

É esse segundo aspecto que Dworkin destaca; todavia afirma que as Cortes Constitucionais, especialmente o Supremo Tribunal Federal, deve decidir ou revisar questões fundamentais de moralidade política que serão expostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político, o que obriga o debate político a incluir o argumento acerca do princípio.<sup>196</sup>

Conclui assim que os tribunais desempenham um papel no governo, entretanto não o papel principal. O que Dworkin sustenta é que o Judiciário deve levar algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio, pois isso permitirá que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade poderão tornar-se questões de justiça, de direito.<sup>197</sup>

Dworkin se questiona se decisões judiciais de questões de princípio (distintas das de política) poderiam ofender alguma teoria plausível de democracia. Essa possível ofensa ocorreria em pressupondo que na democracia há uma igualdade de poder político entre os cidadãos e que tal poder é exercido por meio do legislativo, a retirada ou deslocamento de tal poder do legislativo poderia enfraquecer o poder político dos cidadãos. Ele responde que não somente razões de exatidão, mas também de equidade indicam que a legislação não é a estratégia exclusiva para decidir que direitos as pessoas têm.<sup>198</sup>

Afirma que a suposta ilegitimidade dos juízes que decidem com base em princípios desaparece quando se reconhece que essas decisões são compatíveis com a democracia e inclusive recomendadas por uma concepção atraente de Estado de Direito.<sup>199</sup>

Destaca ainda a mudança realizada pelo Supremo Tribunal nos Estados Unidos em que a interpretação baseada em argumentos históricos foi deslocada para a interpretação baseada em argumentos políticos, procedimento este que não foi acompanhado de nenhuma perda séria de confiança do público pelas decisões do Tribunal.<sup>200</sup>

---

<sup>196</sup> Ibid., p. 102.

<sup>197</sup> Ibid., p. 103.

<sup>198</sup> Ibid., p. 27 et. seq.

<sup>199</sup> Ibid., p. 29.

<sup>200</sup> Ibid., p. 30.

Ao tratar de política e interpretação, Dworkin enfatiza que valer-se de uma teoria política não é uma corrupção da interpretação, mas parte do que significa interpretação.<sup>201</sup>

Aduz também que “se os princípios políticos inscritos na Constituição fazem parte do direito, a prerrogativa dos juízes para decidir o que determina a Constituição fica confirmada, pelo menos *prima facie*”.<sup>202</sup>

Nesse contexto, a hermenêutica jurídica cosmopolita, com enfoque zetético, tem grandes contribuições a oferecer, por que reconhece a incidibilidade entre o jurídico e o político e seus vínculos com outras áreas do saber, colocando os princípios acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado, mas buscando revelar que pessoas se quer ser e que comunidade se pretende ter.

Uma das questões relevantes colocadas por Dworkin é sobre o que é o direito: a) uma questão de fato, como insistem os positivistas puros ou b) uma questão moral, em que inexistente diferença entre os princípios de direito e os princípios morais. Diz que a colocação do problema nesses termos é equivocada porque em alguns casos a resposta sobre o que é exigido pelo direito pode depender da questão do que é exigido pela moral básica, sendo enganoso considerar o direito como simples questão de fato na intenção humana que a descrição representa.<sup>203</sup>

As pessoas têm direitos jurídicos e os princípios da moralidade política figuram entre eles ao se decidir que direitos elas têm.<sup>204</sup>

Desse modo, o princípio deve oferecer um limiar adequado de ajuste, afirmando que para se saber se um determinado princípio é aplicável ao decidir o que é o direito é, em parte, um problema normativo visto incluir um juízo sobre a validade do princípio na moralidade política.<sup>205</sup>

Salienta Dworkin que para Hart, uma regra pode tornar-se obrigatória para uma comunidade por meio de suas práticas: a) ora porque essa comunidade aceita essas regras como padrão de sua conduta ou b) ora porque é promulgada de acordo com a regra secundária que estipula que regras assim promulgadas são

---

<sup>201</sup> Ibid., p. 247.

<sup>202</sup> Id., 2002, p. X.

<sup>203</sup> Ibid., p. 524.

<sup>204</sup> Ibid., p. 527.

<sup>205</sup> Ibid., p. 525.

obrigatórias, tornando-se válidas. Em síntese, as regras são obrigatórias porque ou são aceitas ou são válidas.<sup>206</sup>

Diz Dworkin que Hart defende a existência de uma regra secundária fundamental, denominada ‘regra de reconhecimento’, que pode ser de natureza simples (uma lei qualquer) ou complexa, como por exemplo, a Constituição e toda sua complexidade hermenêutica. Conseqüentemente, a regra de reconhecimento depende de sua aceitação e seu domínio de aplicação diz respeito ao funcionamento do aparelho estatal (Legislativo, Executivo e Judiciário).<sup>207</sup>

Afirma Dworkin que Hart diz que as regras jurídicas possuem limites imprecisos, possuem uma ‘textura aberta’ e os casos problemáticos são decididos discricionariamente, posição esta com a qual Dworkin não concorda, pois diz que quando os operadores do direito, especialmente os juízes, recorrem ao poder discricionário para decidir casos difíceis o que eles fazem é recorrer a padrões que não funcionam como regras, mas como princípios, políticas ou outros tipos de padrões.<sup>208</sup>

Esses padrões são os direitos e deveres que um Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) tem o dever de reconhecer e fazer cumprir por meio das instituições.<sup>209</sup>

Dworkin tem uma concepção mais ampla de princípio, entendendo como princípio todo o conjunto de padrões que não são regras, ou como ‘tipos particulares de padrões’. Princípio é um padrão que deve ser observado porque é uma exigência de justiça e equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (e.g. nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos). Política para ele é o tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico ou social da comunidade.<sup>210</sup>

Ressalta que os argumentos de princípio tentam justificar uma decisão política que beneficia alguma pessoa ou grupo mostrando que eles têm direito ao

---

<sup>206</sup> Cf. DWORKIN, 2002, p. 32 et. seq. Destaca-se que Dworkin é um dos maiores opositores de Hart, trazendo primeiramente a distinção de Hart entre normas primárias e secundárias. As normas primárias são aquelas que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade (e.g. tipos penais), enquanto as secundárias são aquelas que definem como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais ou modificadas ou abolidas (regras do processo legislativo), sendo, portanto, normas válidas se se obedecerem a tais critérios.

<sup>207</sup> Ibid., p. 33.

<sup>208</sup> Ibid., p. 35 et. seq.

<sup>209</sup> Ibid., p. 75.

<sup>210</sup> Ibid., p. 36.

benefício, enquanto os argumentos de política tentam justificar uma decisão mostrando que, apesar do fato de que os beneficiados não têm direito ao benefício, sua concessão favorecerá um objetivo coletivo da comunidade política.<sup>211</sup>

A diferença entre princípios e regras é de natureza lógica: as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada (a regra é válida ou não), em nada contribuindo para a decisão, pois a decisão já foi tomada, bastando aplicar a regra. São elas funcionalmente importantes ou não, solucionando-se o conflito entre elas por meio das regras de solução de antinomias (hierarquia, especialidade, temporariedade), não podendo ambas serem válidas ao mesmo tempo.<sup>212</sup>

Já um princípio, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, necessitando de uma decisão particular. Destaca Dworkin que os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm: a dimensão do peso ou importância, devendo aquele que vai resolver o conflito levar em conta a força relativa de cada princípio. Os princípios, diferentemente das regras, apóiam-se mutuamente.<sup>213</sup>

Considera Dworkin que quando uma regra contém palavras como ‘razoável’, ‘negligente’, ‘injusto’, ‘significativo’, sua aplicação depende até certo ponto de princípios e políticas que a extrapolam.<sup>214</sup>

Os padrões que os princípios encerram dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedentes, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas e com um grande número de padrões do mesmo tipo.<sup>215</sup>

Dessa forma, Dworkin sustenta que a concepção dos princípios como direito significa que uma obrigação jurídica pode ser imposta por uma constelação de princípios ou de regras, existindo uma obrigação jurídica sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela.<sup>216</sup>

Ao examinar a tese dos direitos e a relação entre princípios e políticas, Dworkin afirma que os argumentos de princípio justificam uma decisão política e

---

<sup>211</sup> Ibid., p. 452.

<sup>212</sup> Ibid., p. 36 passim.

<sup>213</sup> Ibid., p. 42 passim.

<sup>214</sup> Ibid., p. 45.

<sup>215</sup> Ibid., p. 65.

<sup>216</sup> Ibid., p. 71.

mostram que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.<sup>217</sup>

Os princípios são proposições que descrevem direitos, enquanto as políticas são proposições que descrevem objetivos.<sup>218</sup>

Ao levar os direitos a sério, Dworkin destaca que a Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como, por exemplo, de que as leis observem o princípio da igualdade. Esses direitos morais são transformados em direitos jurídicos pela Constituição.<sup>219</sup>

Diz ele que se os direitos têm sentido,

a violação de um direito relativamente importante deve ser uma questão muito séria. Significa tratar um homem como menos que um homem ou como se fosse menos digno de consideração que outros homens. A instituição de direitos baseia-se na convicção de que isso é uma grave injustiça e que vale a pena arcar com o custo adicional, em política social ou eficiência, necessário para impedir sua ocorrência.<sup>220</sup>

Ao levar os direitos a sério, destacadamente a observância da Constituição e as leis, Dworkin vai dizer que as regras nunca podem ser as regras do mais forte que a classe dominante impõe aos mais fracos, mas que

a parte principal do direito – a parte que define e executa as políticas sociais, econômicas e externas – não pode ser neutra. Deve afirmar, em sua maior parte, o ponto de vista da maioria sobre a natureza do bem comum. Portanto, a instituição dos direitos é crucial, pois representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas.<sup>221</sup>

Os direitos jurídicos, para Dworkin, são direitos institucionais, direitos genuínos que oferecem razões importantes e poderosas para a tomada de decisões políticas.<sup>222</sup>

Rodrigues destaca que o recurso sistemático de Dworkin aos princípios introduz na interpretação jurídica um horizonte ético-político, e supra-jurídico, que só pelos princípios pode ser fornecido.<sup>223</sup>

---

<sup>217</sup> Ibid., p. 129.

<sup>218</sup> Ibid., p. 141.

<sup>219</sup> Ibid., p. 285 passim.

<sup>220</sup> Ibid., p. 306.

<sup>221</sup> Ibid., p. 314.

<sup>222</sup> Ibid., p. 500.

<sup>223</sup> RODRIGUES, 2005, p. 157.

### 3

## O pensamento de Hannah Arendt e sua importância para a hermenêutica jurídica

### 3.1.

#### Uma breve mirada ao pensamento arendtiano: rumo ao juízo reflexivo

Trabalhar na perspectiva arendtiana significa primeiramente retomar o papel da filosofia, assumindo a crítica arendtiana de que os filósofos atuais estão a reboque do método científico e viraram epistemologistas.<sup>224</sup>

Seu pensamento pareceu mais atual que nunca porque a violência se faz presente nas relações sociais, nas instituições políticas, nas ruas, no espaço doméstico, transformada em espetáculo pelos meios de comunicação, grassando indiferença diante desses fenômenos.

Suas idéias lançam desafios a quem se dispõe a pensar e agir no mundo.

Considera-se o conceito ‘banalidade do mal’ uma trincheira em que Hannah Arendt se refugia para olhar, sentir na própria pele, tentar compreender e criticar as atrocidades humanas praticadas contra humanos como se houvesse categorias de pessoas ou de seres humanos.

A banalidade do mal ocorre quando o mal perde a qualidade pela qual a maior parte das pessoas o reconhecem – a qualidade da tentação.<sup>225</sup>

A banalidade do mal é um conceito importante para a hermenêutica jurídica cosmopolita porque tem uma dimensão ética e busca resgatar nossa capacidade de sentir o horror e eliminá-lo; consiste numa janela privilegiada por meio da qual se reflete sobre o que se está fazendo; permite perguntar porque a humani-

---

<sup>224</sup> ARENDT, 2003a, p. 307.

<sup>225</sup> Id., 1999, p. 167.

dade parece ter perdido a capacidade de se colocar no lugar do outro: de se imaginar sofrendo, suportando carências vitais mínimas, exclusões e discriminações de todas as espécies, ódios, mortes, guerras.

Ao construir o conceito de banalidade do mal, Arendt objetivava obter uma resposta a uma grande pergunta: onde está a consciência humana quando se defronta diante do 'inaudito' e precisa julgar, distinguir o certo do errado diante da inexistência de regras claras sobre o que fazer. Onde está a consciência humana que não reflete sobre as conseqüências de suas ações? onde estava a consciência de Eichmann que não se deu conta de que o que estava fazendo não era certo?

É um conceito extremamente atual, pois o fantasma do inaudito continua a nos assombrar por meio de inúmeras formas de dominação e de possibilidade de extermínio total, conforme destaca Giorgio Agamben.<sup>226</sup>

Através da banalidade do mal, Arendt busca, a exemplo de Sócrates (peixe poraquê e da parteira), chocar-nos ao sermos colocados diante dos problemas humanos que exigem decisões que podem ser tomadas em outro sentido, mas que não o são devido à nossa ação autômata, irrefletida; e, em segundo lugar, como parteira, em que por meio da reflexão, da crítica sobre nosso agir, é possível construir soluções mais adequadas para nossos problemas.

A relevância do político no pensamento arendtiano e o papel político ineradicável das Cortes Constitucionais e das normas de direito internacional, no sentido que Dworkin lhe dá, conforme capítulo 2, indicaram que tal perspectiva contribuiu para enriquecer o processo de aplicação do direito, especialmente num momento em que se reconhece ao intérprete um papel de destaque na interpretação-construção-aplicação da norma jurídica.

A síntese do pensamento arendtiano está nas três faculdades do agir humano: o pensar (agir), o querer e o julgar. Arendt foi uma pensadora que pensava pela própria cabeça, a partir do diálogo antecipado com os outros, modo de mover-se em liberdade no mundo e estimular outras pessoas ao pensamento independente, tudo isso a partir da experiência totalitária por ela vivida.

Essas três faculdades se contrapõem ao processo de virtualização e descartabilidade do ser humano nas sociedades contemporâneas, remetendo-nos a uma postura de esperança, pois 'agir' é fundar; 'julgar' é transcender às pressões

---

<sup>226</sup> AGAMBEN, 2004a, p. 13 passim. Ver também AGAMBEN, 2004b.



do mimetismo; e ‘querer’ é sair da indiferença e iniciar e escolher num mundo povoado por muitos.

A partir da experiência do totalitarismo e da violência, Arendt tomou consciência do fato de que não é possível contentar-se em ser espectador, sendo necessário agir para que esse estado de coisas não aconteça. Esse agir há de dar-se no plural, por meio da união dos homens, gerando o ‘poder’. É esse ‘poder’, gerado pelo político, pela ação conjunta, que impede o totalitarismo e a violência, desde que asseguradas regras de participação democrática que não eliminem o antagonismo, mas permita que pontos divergentes venham a público e sejam levados em conta.

Conforme destaca Ramos, Arendt vê no político e em sua autonomia - sendo a liberdade o fundamento, a especificidade política - uma alternativa ao modelo liberal, à social-democracia e ao próprio socialismo.<sup>227</sup>

Somente a política é capaz de colocar o mundo de ponta cabeça ao mostrar, via oposição, diálogo e pluralidade a insensatez da humanidade. A política é a forma e o *locus* da resistência. Resistir é mais que reagir, é fundar.

Importa registrar que em Arendt, a política não visa à realização de valores metafísicos, mas à possibilidade de que os homens busquem a realização e a constituição de suas próprias identidades. Dá-se no *pathos* da singularização, na vida em comum, não na solidão ou na virtualidade.

A ação em Arendt tem um conteúdo ético inalienável: revela um agente, um iniciador, um ser ativo. No lugar de um ‘o que’, a ação política revela um ‘quem’, uma pessoa.

Relevante salientar também que quando Arendt pensa em resistência, ela pensa em termos democráticos, tanto formal como material, em instituições capazes de salvaguardar a capacidade humana de começar coisas novas no mundo.

Concebe que a vida reduzida à sua dimensão natural, biológica, é algo fútil, sem sentido. O que é relevante é proteger o surgimento de individualidades, de seres capazes de agir livremente.

Assim, sua idéia principal é a questão do sentido, a busca possível para um sentido no mundo presente. Seu pensamento é marcado pela busca de um modo de reconectar os âmbitos do pensar e do agir.

---

<sup>227</sup> RAMOS, 2004, p. 185.

A liberdade é um dos temas mais caros a Arendt, visto que para ela tudo é contingente. Nós e toda vida orgânica na terra somos contingentes. Observa Ramos que Arendt destaca que aos pensadores profissionais, não lhes agradou a liberdade, dado seu caráter inelutavelmente aleatório; não estiveram dispostos a pagar o preço da contingência pelo dom questionável da espontaneidade, pela capacidade de fazer o que se poderia também deixar de ser feito.<sup>228</sup>

Aguiar, por sua vez, ressalta que em face da crise dos valores e das instituições ocidentais no mundo contemporâneo, Arendt dá uma importância fundamental à faculdade do juízo. O juízo é operado por Arendt como um modelo para o pensamento político, forma prudencial de pensar por meio de nossa capacidade de considerar a existência das outras pessoas no mundo e na habilidade de realizar acordos com elas. O juízo funciona como uma espécie de opinião (*doxa*). Por intermédio do juízo, os homens manifestam como o mundo se revela para eles.<sup>229</sup>

O juízo como modelo operador do pensamento político serve também de modelo para o jurídico, em especial para uma hermenêutica jurídica reveladora de sentidos para as normas jurídicas (princípios e regras).

Não se está, portanto, em busca de uma *epistême*, mas de posições no mundo, posições reveladas por opiniões, já que o mundo é visto do lugar específico que cada um ocupa nele, a partir do juízo.

Destaca Aguiar que há uma dimensão reconciliadora presente no juízo ressaltado por Arendt. Por meio do julgamento, os homens tentam se reconciliar com o que efetivamente ocorreu e com a forma como ocorreu, saindo a dignidade humana fortalecida, pois ao invés de se fugir à dor e aos acontecimentos, os homens são capazes de encará-los, mesmo que à custa de muitas lágrimas.<sup>230</sup>

Ressalta que em Arendt, a faculdade de julgar é uma instância fundamental para se pensar a possibilidade da resistência no mundo contemporâneo. Julgar funciona como uma forma de barrar o mal ou de abster-se de praticá-lo.

O pensar, no exercício do juízo, impõe um parar. Parar para pensar como inerente ao julgar vai implicar numa barragem aos processos de virtualização e de anonimato que tendem a aniquilar a capacidade de dizibilidade.<sup>231</sup>

---

<sup>228</sup> Ibid., p. 180.

<sup>229</sup> AGUIAR, 2004, p. 255.

<sup>230</sup> Ibid., p. 256.

<sup>231</sup> Ibid., p. 257.

As idéias centrais do pensamento arendtiano são o político, o discurso, a ação, a persuasão, o consenso e o dissenso (agonismo), a pluralidade humana, a liberdade, liberdade que pressupõe sempre a igualdade substancial e a eliminação do reino da necessidade (necessidades para a manutenção do ciclo biológico da vida, como alimentação, vestuário, moradia, educação), ou seja, para Arendt, sem a supressão dessas necessidades não há liberdade, sendo o homem escravo enquanto não tiver recursos financeiros ou propriedades que o libertem do ciclo repetitivo da vida.

Arendt não admite a racionalização e a regularização da ação comunicativa, sendo já uma resposta à sociedade de massas contemporânea, uma vez que, tal como Foucault e Lyotard, pode levar à criação de sujeitos dóceis cujos comportamentos são normatizados e previsíveis.<sup>232</sup>

O poder para Arendt surge da ‘ação em concerto’, do dissenso, do ‘nós’ (mais plural e dissonante, agonístico), diferentemente de Habermas que defende que o poder advém da formação da vontade comum por meio da comunicação visando ao entendimento recíproco (poder das convicções comuns produzidas comunicativamente). Veja-se como Arendt concebe o poder:

o poder corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concerto. O poder nunca é a propriedade de um indivíduo; ele pertence a um grupo e permanece em existência apenas na medida em que o grupo conserva-se unido.<sup>233</sup>

O poder não é instrumental, tampouco um bem material, mas um fim em si mesmo. Só se origina legitimamente na ação em concerto e num ‘ser-com discursivo’ em que “a palavra e o ato não se divorciam”, em que as “palavras não são vazias e os atos não são brutais”; em suma, “quando as palavras não são usadas para velar intenções, mas para revelar realidades, e os atos não são usados para violar e destruir, mas para criar novas relações e realidades”.<sup>234</sup>

Só há poder se se preservam as condições favoráveis para a ação coletiva e para a troca de opiniões divergentes em um espaço público, carecendo o poder de reatualização constante por meio de promessas e atos e palavras não violentos.<sup>235</sup>

---

<sup>232</sup> Ibid., p. 228.

<sup>233</sup> DUARTE, 2000, p. 242.

<sup>234</sup> Ibid., p. 242.

<sup>235</sup> Ibid., p. 243.

O poder não precisa de justificação, porque é inerente à existência das comunidades políticas, surgindo onde quer que as pessoas unam e ajam em concerto.<sup>236</sup>

A necessidade (bens materiais necessários para a manutenção do repetitivo ciclo biológico) subjuga e reduz o homem ao ciclo vital de seu corpo, constituindo-se num dos principais entraves à fundação revolucionária da liberdade. Assim, destaca Duarte, é preciso primeiramente a satisfação das exigências do processo vital tornando a todos ‘cidadãos’ para que, libertos, possam exercer a liberdade<sup>237</sup>.

Celso Lafer salienta que diante da particularidade da experiência de judia alemã, especialmente do nazismo, pretendeu Arendt ‘transmitir a mensagem universal de liberdade’, “exercida através da recuperação e reafirmação do mundo público que permite a identidade individual através da palavra viva e da ação vivida, no contexto de uma comunidade política criativa e criadora”.<sup>238</sup>

Diz que tal qual as três críticas de Kant (da razão pura, da razão prática e do juízo), Arendt, na obra ‘a vida do espírito’, tem a intenção de repropor em termos contemporâneos algo parecido, que são o ‘pensar’, o ‘querer’ e o ‘julgar’, três atividades mentais básicas que permite a compreensão da existência racional.<sup>239</sup>

Estabelece que Arendt tenta compreender em ‘a condição humana’ quais são as origens do isolamento e do desenraizamento, sem os quais não se instaura o totalitarismo, entendido como uma nova forma de governo e dominação, baseado na organização burocrática de massas, no terror e na ideologia. O isolamento destrói a capacidade política, a faculdade de agir, colocando os homens num impasse no qual a esfera política de suas vidas, em que agem em conjunto na realização de um interesse comum, é destruído. Não ter raízes significa não ter no mundo um lugar reconhecido e garantido pelos outros.<sup>240</sup>

Observa que a conjugação de isolamento, destruidor das capacidades políticas e, desenraizamento, destruidor das capacidades de relacionamento social, que permite a dominação totalitária, produz-se quando “o homem isolado, que

---

<sup>236</sup> Ibid., p. 252.

<sup>237</sup> Ibid., p. 273.

<sup>238</sup> LAFER, 1988, p. 13-31.

<sup>239</sup> Ibid., p. 275 et seq.

<sup>240</sup> Ibid., p. 275 et seq.

perdeu seu lugar no terreno político da ação, é também abandonado pelo mundo das coisas, quando já não é reconhecido como *homo faber*, mas tratado como *animal laborans*". Esse isolamento e desenraizamento são conseqüências de um mundo cujos valores maiores são ditados pelo labor, em que o próprio *homo faber* se viu degradado.<sup>241</sup>

Enfatiza a originalidade do ponto de partida de Arendt a qual ela afirma que é a natalidade e não a mortalidade a categoria central do pensamento político, contrariamente à tradição do pensamento metafísico e religioso que gira em torno da *meditatio mortis*.<sup>242</sup>

A natalidade presente no pensamento de Arendt significa esperança, esperança na ação que a natalidade enseja, na permanente e igualitária capacidade de começar de novo.<sup>243</sup>

Destaca Lafer que o interesse maior de Arendt é pela *res pública*, em que deve imperar a liberdade pública de participação democrática, que exige um espaço próprio, o espaço público da palavra e da ação. O debate público é imprescindível para se lidar com as coisas de interesse coletivo que não são suscetíveis de serem regidas pelos rigores da cognição.<sup>244</sup>

O que o pensamento de Hannah Arendt deseja é propor uma reflexão sobre "o que estamos fazendo"; sobre a "perda da capacidade humana de pensar" e a partir daí, agir. As experiências totalitárias por ela vividas marcaram profundamente seu pensamento deixando sempre a pergunta: como o homem é capaz de tanta estupidez.

Arendt busca compreender porque a vida se tornou sem sentido; o que contribuiu para que categorias importantes como a ação, o discurso, o poder, o senso comum perdessem importância e a violência passasse a ocupar papel tão relevante no mundo contemporâneo; por que categorias tão importantes como o poder não são mais exercidas no sentido grego, como o poder que se origina da convivência entre os homens e de sua ação conjunta.

Arendt mostra uma possível solução para tais dificuldades, assumindo uma posição original, realizando escavações até chegar ao ponto de ruptura em que a tradição, o permanente e a estabilidade deixaram de ser relevantes (a descoberta

---

<sup>241</sup> Ibid., p. 275 et. seq.

<sup>242</sup> Ibid., p. 275 et seq.

<sup>243</sup> Ibid., p. 275 et seq.

<sup>244</sup> Ibid., p. 275 et. seq.

do telescópio e com ele o desespero humano), iniciando-se, a partir daí, o ‘processo’ em que tudo é regido pela categoria de meios e fins e o efêmero, o labor e a fabricação passaram a ser o sentido de tudo, inclusive do próprio homem.

Assim, como o nascimento traz sempre a esperança de algo novo, pois cada ser humano é singular, ela acredita no potencial da ação e do discurso e na possibilidade de correção do sentido da vida, na esperança de construção de um mundo diferente, num mundo que volte a se assentar em categorias permanentes, duráveis e estáveis.

O pensamento de Hannah Arendt é fundamental para o processo hermenêutico, especialmente o jurídico, porque a partir da conclusão da incompletude do modelo hermenêutico da subsunção e da construção de uma hermenêutica jurídica principiológica que começa a dialogar e se enriquecer com outras formas de saber (filosofia, antropologia, psicanálise, psicologia, linguagem, etc.), há a necessidade de se compreender melhor esse novo potencial da hermenêutica com vistas à extração de sentidos mais ricos para a aplicação do direito.

Parte-se da definição de ‘compreensão’ da própria Hannah Arendt, em que ela o concebe como um “processo complexo”, “uma incessante atividade, sempre variada e em mudança, por meio do qual ajusta-se o real”, sendo a compreensão criadora de sentido, de “um sentido que se enraíza no próprio processo da vida na medida em que tentamos, através da compreensão, conciliar-nos com nossas ações e nossas paixões”.<sup>245</sup>

Arendt propõe a reconsideração da condição humana à luz das mais novas experiências e de nossos temores mais recentes, como a banalidade do mal (totalitarismo), a capacidade de total extermínio da humanidade, dado o poderio nuclear acumulado.

Por isso vai sempre questionar a técnica, seu destino, as conseqüências de seu emprego. Essa pergunta responsável pelo que se está fazendo é fundamental para os juristas do século XXI, quando a ‘moldura’ da dogmática tradicional, se exercida de forma acrítica, produzirá males do tipo produzido por Eichmann que ao atuar para o extermínio de pessoas dizia estar obedecendo às regras do Führer e do Reich.

---

<sup>245</sup> ARENDT, 2003, p. 346.

Arendt afirma que os homens estão atrelados aos grilhões do trabalho e já não conhecem mais atividades superiores (a ação e o pensar, por exemplo), para as quais valeria a pena obter sua liberdade. Se libertos não saberiam o que fazer com a liberdade. O trabalho está a nivelar todos, inclusive os governantes.

Outro aspecto fundamental do pensamento de Hannah Arendt, é o destaque que dá a decadência da esfera pública e a necessidade do retorno do espaço público; a tentativa de resgate da noção de homem como animal político, que discursa e age.<sup>246</sup>

Os conceitos de ação e discurso são categorias fundamentais do político em Arendt, afirmando ela que sem a ação para pôr em movimento no mundo o novo começo de que cada homem é capaz por ter nascido ‘não há nada novo debaixo do sol’.<sup>247</sup>

É somente por meio da ação e do discurso que se pode fugir do labor e da fabricação. O homem escapou do labor desenvolvendo uma outra capacidade humana, a fabricação. A redenção da vida do labor é a mundanidade mantida pela fabricação (abolição do significado). Escapa de ambos (do labor e da fabricação) unicamente por meio da ação e do discurso.<sup>248</sup>

Arendt dá importância fundamental à força do processo de ação, pois ao contrário do processo de fabricação que é absorvido e exaurido pelo produto final, a força do processo de ação nunca se esvai num único ato; sua durabilidade é ilimitada, não tem fim.<sup>249</sup>

A substituição da ação pela fabricação é o grande mal do qual padece a humanidade. A ação e o discurso são concebidos por Arendt como faculdades para se escapar da categoria de meios e fins.<sup>250</sup>

Somos assim escravos da necessidade e não exercemos a liberdade que se dá no mundo plural, no mundo político.<sup>251</sup>

O objetivo do *homo faber* é o de tornar o mundo mais útil e belo e o do *animal laborans* é o de tornar a vida mais fácil e longa.<sup>252</sup>

---

<sup>246</sup> ARENDT, 2003, p. 130 passim.

<sup>247</sup> Ibid., p. 216.

<sup>248</sup> Ibid., p. 248.

<sup>249</sup> Ibid., p. 245.

<sup>250</sup> Ibid., p. 241 passim.

<sup>251</sup> Ibid., p. 75.

<sup>252</sup> Ibid., p. 220.

Arendt desferiu críticas acirradas ao conceito de soberania, afirmando que “o ideal da inflexível auto-suficiência e auto-domínio (sic) contradiz a própria condição humana da pluralidade. Nenhum homem pode ser soberano porque a Terra não é habitada por um homem, mas pelos homens (...)”.<sup>253</sup>

Resgata a importância do senso comum, visto que percebeu que a razão e a fé dependiam dos sentidos, reunidos e presididos pelo senso comum, que segundo Arendt é o mais alto de todos os sentidos, pois é ele que integra o homem à realidade que o rodeia.<sup>254</sup>

Examina a condição humana de nosso século colocando em destaque suas três categorias fundamentais: o labor, o trabalho e a ação.

O *labor* é a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano, sendo sua condição a própria vida, assegurando a sobrevivência do indivíduo e a vida da espécie. Destina-se à manutenção das necessidades vitais do homem, à supressão das necessidades corporais, consumindo-se em seu próprio metabolismo. É a atividade que os homens compartilham com os animais, daí Arendt denominar o homem que vive do labor de *animal laborans*.<sup>255</sup>

O *trabalho* (work), por sua vez, corresponde ao artificialismo da existência humana, à construção de um mundo artificial de coisas; revela a capacidade criativa do homem; não está diretamente ligado ao processo vital da espécie. Por meio do trabalho, o *homo faber* cria coisas extraídas da natureza, “convertendo o mundo num espaço de objetos partilhados pelo homem”. É um habitat cercado de objetos que se interpõem entre a natureza e o ser humano, unindo e separando homens entre si. A condição humana do trabalho é a mundanidade. O trabalho “empresta permanência e durabilidade à futilidade da vida mortal e ao caráter efêmero do tempo humano”.<sup>256</sup>

A *ação* (action), por outro lado, é a única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação de coisas ou da matéria; é a fonte do significado da vida humana, a capacidade de começar algo novo e que permite ao indivíduo revelar sua identidade; corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo. A

---

<sup>253</sup> Ibid., p. 246.

<sup>254</sup> Ibid., p. 287 passim.

<sup>255</sup> Ibid., p. 15 passim.

<sup>256</sup> Ibid., p. 15 passim.



ação empenha-se em fundar e preservar corpos políticos, criando as condições para a lembrança.<sup>257</sup>

A pluralidade humana é a condição básica da ação e do discurso, sendo-lhe ínsita a igualdade e a diferença. Igualdade porque se não fossem iguais, os homens não se compreenderiam e diferentes porque se assim não fossem não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender. A vida sem ação e sem discurso está morta para o mundo, não é vida humana. É com palavras e atos que se insere no mundo humano.<sup>258</sup>

A ação é a única faculdade milagrosa que o homem possui. Esse milagre é o nascimento (do homem e da ação), a salvação do mundo. O nascimento de novos seres humanos e de novas ações; esse incessante recomeço é que dá sentido ao mundo.<sup>259</sup>

### 3.2.

#### **O pensar, o querer e o julgar**

O pensar, o querer e o julgar são as três principais faculdades humanas construídas por Arendt capazes de dotar o humano da capacidade de refletir e agir evitando o mal e construindo um mundo melhor.

Arendt, ao escrever sobre a atividade de ‘pensar’, procura saber ‘como se decide’, ‘como se julga a partir de particulares’, tendo na faculdade do juízo, do gosto, do belo, a resposta; seja por meio da idéia de contrato original da humanidade, de intencionalidade (quando há um geral para indicar a solução para o particular) ou pela da validade exemplar, quando não há esse geral.

A experiência totalitária, que resultou na superfluidade e descartabilidade do ser humano dentro de um sistema de valores consagrados de justiça e de direito avocados pela modernidade, resultou na ruptura da tradição e na crise do direito, ou seja, o direito não foi capaz ou não teve mecanismos eficazes para conter tal barbárie.

A partir desse rompimento com a tradição, Arendt conclui que um novo modo de pensamento é necessário, um modo de reflexão sobre o particular e para

---

<sup>257</sup> Ibid., p. 15 passim.

<sup>258</sup> Ibid., p. 188.

<sup>259</sup> Ibid., p. 258 et. seq.

o qual não existia um dado universal. Como pensar a partir da inexistência de segurança? Esse foi o objeto de estudo de Arendt ao tratar do juízo reflexivo e raciocinante.

Instaurou-se aí a ruptura entre passado e futuro, resultando em que o pensamento jurídico (a lógica do razoável) não foi capaz de oferecer critérios para a ação futura ou para o não razoável; daí a preocupação em seguir com Arendt pela busca ou resgates dos sentidos na aplicação do direito, pois vários elementos totalitários continuam presentes em nosso século.

Um primeiro aspecto a destacar do juízo reflexivo é o pressuposto de que a liberdade se choca com o fundamento do campo de investigação científica e teórica que são “nada vem do nada” e “tudo tem sua causa”.<sup>260</sup>

Esse choque entre as duas formas de pensar se dá porque uma valoriza a liberdade, que aceita a contingência pelo dom da espontaneidade e outra, teórica e voltada ao rigor da cognição, que não se sente à vontade com a liberdade e com o que ela tem de aleatório.<sup>261</sup>

O ‘eu quero’ da vontade é incompatível com a liberdade política do ‘eu posso’, que caracteriza a reflexão de Arendt sobre o poder como um agir em conjunto, sendo assim impossível basear a liberdade na vontade, já que esta é privada e individualizante, não se coadunando com a liberdade política.<sup>262</sup>

Para Arendt, a vontade é unitária e indivisível, por isso incapaz do compromisso e do acordo, indispensáveis ao agir humano, diferentemente da opinião que comporta mediação e reconciliação.<sup>263</sup>

Os desígnios da ação, por sua vez, dependem das circunstâncias materiais do mundo, requerendo a identificação de uma meta. A identificação dessa meta não é uma questão de liberdade, mas de juízo certo ou equivocado. Esse juízo que precede a ação a que a vontade dá início é o juízo prospectivo.<sup>264</sup>

Arendt outorga grande importância a esse juízo prospectivo, oriundo do conceito kantiano de ‘mentalidade alargada’: ‘capacidade de pensar no lugar e na posição dos outros’, tendo no diálogo com aqueles com os quais se deve chegar a

---

<sup>260</sup> LAFER, 1988, p. 288, ao examinar o ‘querer’, destaca Lafer que três pensadores foram importantes para Arendt sobre a vontade, a liberdade e a responsabilidade inerentes aos juízos reflexivos: Santo Agostinho, Duns Scoto e Kant.

<sup>261</sup> Ibid., p. 288.

<sup>262</sup> Ibid., p. 294.

<sup>263</sup> Ibid., p. 295.

<sup>264</sup> Ibid., p. 296.

um acordo e no poder desse diálogo para dar início a uma ação, a área de jurisdição da mentalidade alargada.<sup>265</sup>

Tratando do juízo reflexivo como afirmação da liberdade humana e fundamento para uma reconstrução tópica dos direitos humanos, Lafer lembra que Arendt sustenta existir uma lacuna entre os ‘universais’ e os ‘particulares’ que não pode ser preenchida por fórmulas inequívocas de subsunção. Desse problema advém o peso e a responsabilidade do juízo, não reconhecidos no idealismo platônico ou no realismo (utilitarismo), que reduz o juízo a um cálculo.<sup>266</sup>

Em síntese, Arendt está a pensar na prudência como instrumento da razão prática, em que a razoabilidade desempenha o papel de adequação concreta de um comportamento às circunstâncias.

Porém, Lafer destaca que o conteúdo da razoabilidade é variável no tempo e no espaço e está vinculado às aspirações do meio, traduzindo percepções compartilhadas pela comunidade. Assim, como praticar a prudência em tempos de ruptura, em que o totalitarismo passa a obedecer à lei do movimento e a razoabilidade da prudência já não ilumina o absurdo de uma situação-limite, não servindo a razoabilidade para ensejar um juízo reflexivo capaz de questionar os fins e não somente a adequação de meios e fins? É o que se verá na próxima seção.

### 3.3.

#### O pensar

Arendt procurou construir seu pensamento libertário, o pensamento ‘sem corrimão’, ou por conta própria, buscando mostrar possibilidades para se tomar decisões mesmo em situações-limite, quando não se têm quaisquer parâmetros para julgar, para decidir. A liberdade, então, é uma das idéias centrais de Arendt, a condição de possibilidade para a ação humana.

Arendt distingue os modos ativo e contemplativo de viver, afirmando que a maneira ‘ativa’ de viver é ‘laboriosa’, enquanto a ‘contemplativa’ é pura ‘quietude’; a ‘ativa’ ocorre em ‘público’, enquanto a ‘contemplativa’, no ‘deserto’; a

---

<sup>265</sup> Ibid., p. 297.

<sup>266</sup> Ibid., p. 299.

‘ativa’ é devotada à ‘necessidade do nosso próximo’; a ‘contemplativa’ à ‘visão de Deus’.<sup>267</sup>

Ressalta que com a ascensão da era moderna, o pensamento tornou-se servo da ciência, do conhecimento organizado, caindo em descrédito tudo o que não é visível, tangível, palpável, do que resulta que se está em risco de perder o próprio passado com nossas tradições.<sup>268</sup>

Arendt evidencia o erro do cartesianismo, inclusive de Hegel<sup>269</sup> que acreditava que os resultados de suas especulações possuíam o mesmo gênero de validade dos resultados dos processos cognitivos, ignorando a contribuição de Kant que já destacara a diferença entre ‘razão’ e ‘intelecto’, entre a ‘necessidade urgente de pensar’ e o ‘desejo de conhecer’. Afirma também que ‘razão’ e ‘intelecto’ coincidem com duas atividades diferentes do espírito que são ‘pensar’ (buscar pelos sentidos) e ‘conhecer’ (a cognição).<sup>270</sup>

Sintetizando seu pensamento, afirma:

a necessidade da razão não é inspirada pela demanda de verdade, mas sim pela demanda de sentido. E verdade e sentido não são o mesmo. A falácia básica, que toma precedência sobre todas as falácias metafísicas específicas é interpretar o sentido segundo o modelo da verdade.<sup>271</sup>

Arendt destaca que sua escolha da faculdade do ‘juízo’ como capacidade distinta do espírito resulta em que não se chega a ele nem por dedução nem por indução, nada tendo ele com as operações lógicas.<sup>272</sup>

Diz ela que o juízo aparece em Kant como “um talento peculiar que só pode ser praticado e não pode ser ensinado”, lidando com particulares, sendo que o ‘eu pensante’ que se move entre generalidades “emerge do seu alheamento e retorna ao mundo das aparências particulares, revela-se que o espírito precisa de um novo ‘dom’ para lidar com eles”.<sup>273</sup>

---

<sup>267</sup> ARENDT, 1978a, p. 16.

<sup>268</sup> Ibid., p. 22.

<sup>269</sup> Destaca que o título da maior obra de Hegel era “Ciência da Experiência da Consciência” e não “Fenomenologia do Espírito”.

<sup>270</sup> ARENDT, op. cit., p. 24.

<sup>271</sup> Ibid., p. 25.

<sup>272</sup> Ibid., p. 237.

<sup>273</sup> Ibid., p. 238.

### 3.4.

#### O que nos faz pensar

Ao se questionar sobre ‘o que nos faz pensar’, Arendt afirma que “o pensar surge da desintegração da realidade e da falta de unidade do homem e do mundo daí resultante; daí brota a necessidade de um outro mundo, mais harmonioso e mais pleno de sentido”.<sup>274</sup>

A preocupação de Arendt é sempre com os usos que se faz das teorias, com seus resultados e conseqüências. Diz ela que “o que conta não é a ‘teoria’ em abstrato, mas o uso e a aplicação dela”; “pensar e compreender são uma mera preparação para a ação”. Relata Arendt que admirar o mero poder de exposição – o *logos*, o argumento raciocinado e o próprio raciocínio – é semelhante a converter o homem num gramático no lugar de um filósofo.<sup>275</sup>

Com isso, Arendt quer dizer que o pensar se converteu numa *techné*, espécie particular de arte de um artífice em que o produto final é a conduta da nossa própria vida<sup>276</sup>.

Para ela, uma vida sem pensar é possível, mas fracassa no desenvolvimento de sua própria essência; não é inteiramente sem sentido, todavia não está inteiramente viva. Compara os homens que não pensam a sonâmbulos.<sup>277</sup>

Diz que

a faculdade de ajuizar de particulares (tal como foi exposta por Kant), a capacidade de dizer ‘isto está errado’, ‘isto é belo’, e por aí adiante, não é a mesma que a faculdade de pensar. O pensar lida com invisíveis, com representações de coisas que estão ausentes; julgar diz sempre respeito a particulares e a coisas que estão à mão. Mas as duas estão correlacionadas, tal como as consciências (*consciousness*) e a consciência (*conscience*).<sup>278</sup>

---

<sup>274</sup> Ibid., p. 171.

<sup>275</sup> Ibid., p. 172.

<sup>276</sup> Ibid., p. 172.

<sup>277</sup> Ibid., p. 210.

<sup>278</sup> Ibid., p. 211.

### 3.5.

#### A ação

Arendt, como Wittgeintein e John L. Austin, situa-se no plano da *vita activa*, fazendo da ‘palavra’ a forma de ação por excelência, concebendo a ‘ação’ como o ‘início da palavra pensada’, assumindo com isso os riscos da vida pública, na intenção da comunicação.

Conforme se destacou na seção 1 deste capítulo, a pluralidade humana é a condição básica da ação e do discurso, sendo-lhe ínsita a igualdade e a diferença. Igualdade porque se não fossem iguais os homens não se compreenderiam e diferentes porque se assim não fossem não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender. A vida sem ação e sem discurso está morta para o mundo, não é vida humana. É com palavras e atos que se insere no mundo humano.<sup>279</sup>

Observa Arendt que a alteridade é o aspecto mais importante da pluralidade e isso basicamente porque não se pode dizer o que uma coisa é sem distingui-la.<sup>280</sup>

Destaca o papel do ‘novo’, afirmando que ele

sempre acontece à revelia da esmagadora força das leis estatísticas e de sua probabilidade que, para fins práticos e cotidianos, equivale à certeza; assim, o novo sempre surge sob o disfarce do milagre. O fato de que o homem é capaz de agir significa que dele se pode esperar o inesperado, que ele é capaz de realizar o infinitamente improvável.<sup>281</sup>

Arendt relaciona a ação com a singularidade do nascimento, significando que por essa singularidade algo novo, inexistente, vem ao mundo. Isto é possível porque cada homem é singular já que em cada nascimento, em cada ação, vem ao mundo algo singularmente novo.<sup>282</sup>

Dessa maneira, não há ação sem discurso. A ação deve vir acompanhada do discurso para que não perca seu caráter revelador e seu sujeito e assim não se tenha meros robôs a realizar coisas incompreensíveis.<sup>283</sup>

---

<sup>279</sup> Id., 2003a, p. 188.

<sup>280</sup> Ibid., p. 189.

<sup>281</sup> Ibid., p. 191.

<sup>282</sup> Ibid., p. 191.

<sup>283</sup> Ibid., p. 191.

A qualidade reveladora do discurso vem à tona quando as pessoas estão com as outras, no gozo da convivência humana, correndo o risco da revelação.<sup>284</sup>

A ação e o discurso revelam o agente que fala e age e se referem a alguma realidade mundana e objetiva.<sup>285</sup>

Ressalta Arendt a importância da ação e sua capacidade de estabelecer relações, afirmando que suas conseqüências são ilimitadas porque, embora possa provir do nada, atua sobre um meio no qual toda reação se converte em reação em cadeia e todo processo é causa de novos processos. Atuando sobre seres agentes, a reação, além de ser uma resposta, é uma nova ação com poder próprio de atingir e afetar os outros.<sup>286</sup>

A ação e o discurso criam entre as partes um espaço de aparência explícita, em que se aparece aos outros e os outros a outrem, capaz de situar-se adequadamente em qualquer tempo e lugar.<sup>287</sup>

Ação e poder estão umbilicalmente interligados. Diz também que talvez nada na história tenha durado tão pouco quanto a confiança no poder. O poder para ela, origina-se da convivência entre os homens. Ele passa a existir entre os homens quando eles agem juntos e desaparece no momento em que se dispersam. É o poder que mantém as pessoas unidas após o momento fugaz da ação.<sup>288</sup>

Salienta que “o que solapa e destrói as comunidades políticas é a perda do poder e a impotência final”, observando que

o poder não pode ser armazenado e mantido em reserva para os casos de emergência, como os instrumentos de violência, pois este só existe em sua efetivação; se não é efetivado, perde-se. O poder só é efetivado enquanto a palavra e o ato não se divorciam, quando as palavras não são vazias e os atos não são brutais, quando as palavras não são empregadas para velar intenções, mas para revelar realidades e os atos não são usados para violar e destruir, mas para criar relações e novas realidades.<sup>289</sup>

---

<sup>284</sup> Ibid., p. 192.

<sup>285</sup> Ibid., p. 195.

<sup>286</sup> Ibid., p. 203.

<sup>287</sup> Ibid., p. 211.

<sup>288</sup> Ibid., p. 212 et. seq.

<sup>289</sup> Ibid., p. 212.

Tanto o poder como a ação são ilimitados, não encontram limites físicos na natureza humana. Sua limitação é a existência de outras pessoas, uma vez que o poder humano corresponde à condição humana da pluralidade.<sup>290</sup>

Diferentemente de Hobbes e Nietzsche, Arendt afirma que a vontade de poder não é uma característica do forte, mas, assim como a cobiça e a inveja, um dos vícios do fraco, seu mais perigoso vício.<sup>291</sup>

Arendt destaca que o *homo faber* e o *animal laborans* não podem prescindir da esfera pública porque sem o espaço da aparência e sem a confiança na ação e no discurso como forma de convivência é impossível estabelecer inequivocamente a realidade do próprio eu, da própria identidade ou a realidade do mundo circundante.<sup>292</sup>

Registra que

o único atributo do mundo que nos permite avaliar sua realidade é o fato de ser comum a todos nós; e, se o senso comum tem posição tão alta na hierarquia das qualidades políticas, é que é o único fator que ajusta à realidade global os nossos cinco sentidos estritamente individuais e os dados rigorosamente particulares que eles registram<sup>293</sup>.

Enfatiza a substituição da ação pela fabricação no mundo moderno, afirmando que a idade moderna não foi a primeira a denunciar a ociosidade e a inutilidade da ação, do discurso e da política em geral,<sup>294</sup> seja em razão da imprevisibilidade dos resultados, da irreversibilidade do processo e do anonimato dos autores. Tal concepção, então, passou a defender que o homem deveria ser senhor de seus atos do começo ao fim; ou seja, a substituição da ação pela fabricação.<sup>295</sup>

Observa que foi Platão quem fora buscar na esfera da fabricação a palavra-chave de sua filosofia, a 'idéia': aquilo que mais brilha e se evidencia, em que primeiramente se percebe a imagem ou forma (eidos) do produto que se vai fabricar e em seguida se organizam os meios de dar início à execução. Na República

---

<sup>290</sup> Ibid., p. 213.

<sup>291</sup> Ibid., p. 215.

<sup>292</sup> Ibid., p. 220.

<sup>293</sup> Ibid., p. 221.

<sup>294</sup> Destaca a idéia de Adam Smith para quem "a única função legítima do governo é a defesa do rico contra o pobre, ou daqueles que têm alguma propriedade contra os que não têm nenhuma". Ibid., p. 232.

<sup>295</sup> Ibid., p. 232.



de Platão, as idéias se convertem em padrões, medidas e normas de comportamento, derivadas da idéia do ‘bem’ (bom para ou adequada para alguma coisa).<sup>296</sup>

Denuncia que a substituição da ação pela fabricação traz implícita a idéia de violência sem a qual nenhuma fabricação pode existir.<sup>297</sup>

Destaca ainda que todas as revoluções da era moderna, à exceção da americana, revelam o entusiasmo romano pela fundação de um novo corpo político e a glorificação da violência como único meio de fazer esse ‘corpo’.<sup>298</sup>

Marx também não escapou de suas críticas, pois a concepção marxiana, “a violência é a parteira de toda velha sociedade que traz em si o feto de uma sociedade nova”, simplesmente sintetiza a convicção dominante de que a história é feita pelo homem assim como a natureza é feita por Deus.<sup>299</sup>

Afirma que

somos a primeira geração a adquirir plena consciência das conseqüências fatais de um modo de pensar que nos força a admitir que todos os meios, desde que sejam eficazes, são permissíveis e justificados quando se pretende alcançar alguma coisa que se definiu como um fim.<sup>300</sup>

Ao examinar a ação como processo, Arendt critica a grande tradição do pensamento ocidental por este acusar a liberdade de induzir o homem à necessidade, além de condenar a ação como começo espontâneo de algo novo, isso porque seus resultados incidem sobre uma rede predeterminada de relações, podendo abalá-las.<sup>301</sup>

Como meio de corrigir os desvios e a imprevisibilidade da ação, Arendt desenvolve as faculdades de perdoar e prometer, as quais pelo perdão se limpa o passado, corrige-se os erros que se cometem e pela promessa se cria um futuro. Essas duas faculdades, no entanto, somente podem ser exercidas na pluralidade humana e não em solidão.

Ressalta que se as conseqüências da ação podem ser imprevisíveis ou irreversíveis, como se podem solucionar esses problemas?

---

<sup>296</sup> Ibid., p. 237.

<sup>297</sup> Ibid., p. 240.

<sup>298</sup> Ibid., p. 240.

<sup>299</sup> Ibid., p. 241.

<sup>300</sup> Ibid., p. 241.

<sup>301</sup> Ibid., p. 246.

À irreversibilidade, aponta como solução a faculdade de perdoar, a qual por meio do perdão, desfaz-se dos atos do passado, cujo pecado pesa como a espada de Dâmocles sobre cada nova geração; e à imprevisibilidade da caótica incerteza do futuro, aponta como solução a faculdade de prometer e cumprir promessas, de criar no futuro incerto certas ilhas de segurança sem as quais não haveria continuidade e durabilidade nas relações humanas.<sup>302</sup>

Levando em consideração a imprevisibilidade e o poder de prometer, Arendt destaca que

sem a ação e o discurso, sem a manifestação constituída pelo nascimento, estaríamos condenados a voltear para sempre no ciclo incessante do processo vital e sem a faculdade de desfazer o que fizemos e de controlar, pelo menos parcialmente, os processos que desencadeamos, seríamos vítimas de uma necessidade automática.<sup>303</sup>

Assim, a ação é a única faculdade milagrosa que o homem possui. Esse milagre é o nascimento (do homem e da ação), a salvação do mundo. O nascimento de novos seres humanos e de novas ações, esse incessante recomeço é que dá sentido ao mundo.<sup>304</sup>

Arremata dizendo que

fluindo na direção da morte, a vida do homem arrastaria consigo, inevitavelmente, todas as coisas humanas para a ruína e a destruição, se não fosse a faculdade humana de interrompê-las e iniciar algo novo, faculdade inerente à ação como perene advertência de que os homens, embora devam morrer, não nascem para morrer, mas para começar.<sup>305</sup>

Ao tratar da ação e do advento da dúvida cartesiana, Arendt observa que o homem fora enganado somente enquanto acreditara que a realidade e a verdade se revelavam aos seus sentidos e à sua razão<sup>306</sup>.

Percebeu-se que a razão e a fé dependiam dos sentidos, reunidos e presididos pelo senso comum, que segundo Arendt é o mais alto de todos os sentidos, pois é ele que integra o homem à realidade que o rodeia.<sup>307</sup>

---

<sup>302</sup> Ibid., p. 248 et. seq.

<sup>303</sup> Ibid., p. 257 et. seq.

<sup>304</sup> Ibid., p. 258 et. seq.

<sup>305</sup> Ibid., p. 258.

<sup>306</sup> Ibid., p. 287.

<sup>307</sup> Ibid., p. 287.

Observa que a filosofia moderna voltou-se com tamanha violência e até ódio contra a tradição, visto que esta se sentia confortável com o que senso comum definia como verdade.<sup>308</sup>

Destaca também que desde os gregos, a verdade dependia do tipo de *theoria* que se defendia e a *theoria* significava a contemplação do observador que se preocupava com a realidade aberta diante dele. A verdade da era moderna, pelo contrário, depende de um determinado sucesso, a passar por uma prova ‘prática’, de que funciona ou não funciona<sup>309</sup>.

O homem passou assim por um processo de introspecção e de perda do senso comum. O senso comum era “o sentido através do qual todos os outros, com suas sensações estritamente privadas, se ajustavam ao mundo comum, tal como a visão ajustava o homem ao mundo visível, passava a ser uma faculdade interior sem qualquer relação com o mundo”.<sup>310</sup>

Diz que hoje o que os homens têm em comum não é o mundo, mas a estrutura da mente e esta, a rigor, eles não podem ter em comum; o que pode ocorrer é apenas que a faculdade de raciocínio é a mesma para todos.<sup>311</sup>

O método cartesiano, sua verdade, diz Arendt, baseada em Whitehead, é que ele produz como conseqüência, a derrota do senso comum, já que seu mais alto ideal deve ser o conhecimento matemático (não o conhecimento de formas ideais recebidas de fora da mente), sendo desnecessário inclusive os sentidos.<sup>312</sup>

Arendt, ao destacar o aniquilamento da atividade de pensar correlacionando-a com a moderna concepção de mundo, afirma que o mundo da experimentação científica está a aprisionar o homem em sua própria mente, nas limitações das configurações que ele próprio criou<sup>313</sup>.

Salienta que com “o desaparecimento do mundo tal como ele é dado aos sentidos, desaparece também o mundo transcendental e com ele a possibilidade de transcender-se o mundo material em conceito e pensamento”.<sup>314</sup>

Considera que houve uma inversão de posição entre a contemplação e a ação e que a partir da descoberta do telescópio, iniciou-se o processo de forçar o

---

<sup>308</sup> Ibid., p. 289.

<sup>309</sup> Ibid., p. 291.

<sup>310</sup> Ibid., p. 296.

<sup>311</sup> Ibid., p. 296.

<sup>312</sup> Ibid., p. 295 et. seq.

<sup>313</sup> Ibid., p. 301.

<sup>314</sup> Ibid., p. 301.

universo a revelar seus segredos. A partir daí, começou um processo de confiança no fazer e de desconfiança no contemplar ou observar. Para ter certeza, o homem precisava verificar e para conhecer, tinha que agir.<sup>315</sup>

Assim, verdade científica e filosófica se divorciam porque aquela já não precisa mais ser eterna e não precisa sequer ser compreensível ou adequada ao raciocínio humano.<sup>316</sup>

Abdicou-se, então, de todo o conhecimento que não fosse possível à mente humana compreendê-lo. Destaca Arendt frase de Whitehead: “só Deus sabe que aparente tolice não virá a ser verdade amanhã”.<sup>317</sup>

Afirma Arendt que com o método cartesiano que domina a era moderna, mudaram as perguntas “por que” e “o que” para o “como” e disso resultou e está a resultar que os verdadeiros objetos do conhecimento já não são coisas ou movimentos eternos, mas processos; logo, o objeto da ciência não é mais a natureza ou o universo, mas a história: história de como veio a existir a natureza, a vida ou o universo.<sup>318</sup>

É da natureza do ‘Ser’ apresentar-se e revelar-se, enquanto do ‘Processo’, permanecer invisível. Esse processo é a fabricação que desaparece no produto. Destaca também que é da experiência do *homo faber* saber que um processo de produção precede necessariamente a existência de todo objeto.<sup>319</sup>

Ao tratar da inversão dentro da *vita activa* e a vitória do *homo faber*, aborda o papel do agir, no sentido de fazer alguma coisa ou de raciocinar prevenindo as conseqüências, que significa ignorar o inesperado, o próprio evento,<sup>320</sup> pois seria irracional ou irrazoável esperar o que não passa de improbabilidade infinita.<sup>321</sup>

Arendt ressalta que a mitigação do papel da ação, com a derrota do *homo faber* em prol do princípio da felicidade e da vida como bem supremo, a inversão entre a contemplação e a fabricação no âmbito das atividades humanas, conclui que tal inversão colocou o *homo faber* (fazedor e fabricante) e não o homem de ação ou o *animal laborans* à posição mais alta entre as potencialidades humanas,

<sup>315</sup> Ibid., p. 303.

<sup>316</sup> Ibid., p. 303.

<sup>317</sup> Ibid., p. 303 et. seq.

<sup>318</sup> Ibid., p. 309.

<sup>319</sup> Ibid., p. 310.

<sup>320</sup> O evento constitui a própria textura da realidade no âmbito dos negócios humanos, no qual o altamente improvável ocorre regularmente (Ibid., p. 313).

<sup>321</sup> Ibid., p. 313.

gerando com isso a instrumentalização do mundo, a confiança nas ferramentas e na produtividade desse fazedor de objetos artificiais.<sup>322</sup> Assim, a fabricação passa a ocupar na *victa activa* o lugar que antes pertencia à ação política.<sup>323</sup>

Com isso, o *homo faber* perdeu as medidas permanentes que precedem e sobrevivem ao processo de fabricação e que constituem um absoluto confiável e autêntico em relação à atividade de fabricação.<sup>324</sup>

Diz ela que o que mudou a mentalidade do *homo faber* foi a posição central do conceito de processo na modernidade.<sup>325</sup>

Enfatiza que a vida individual passou a ocupar a posição antes ocupada pela ‘vida’ do corpo político. Tal inversão foi desastrosa para a dignidade da política, pois a atividade política se baseava no desejo de uma imortalidade mundana e com tal inversão, passou ao nível de atividade sujeita a vicissitudes, destinada a remediar, de um lado, as conseqüências da natureza pecaminosa do homem, e de outro, a atender às necessidades e interesses legítimos da vida terrena.<sup>326</sup>

Contra o poder da ação, Arendt vai afirmar que o que se concretizou foi a vitória do *animal laborans*. A perda de certeza de um mundo futuro arremessou o homem para dentro de si mesmo, introspectivo, e não ao encontro do mundo que o rodeava, onde passou a ser relevante o papel os processos vazios do cálculo da mente, o jogo da mente consigo mesma, sobrando como únicos conteúdos os apetites e desejos. O próprio pensamento, adverte, passou a tornar-se mera ‘previsão de conseqüências’. A ação passou também a ser concebida em termos de fazer e fabricar.<sup>327</sup>

Diz ela que se todas as atuais atividades humanas, vistas de um ponto de observação suficientemente remoto no universo, pareceriam não atividades, mas processos, um processo motorizado ou um processo de mutação biológica no qual o corpo humano passa a revestir-se de uma carapaça de aço<sup>328</sup>.

O que se precisa é voltar a intervir com o universo por meio de uma textura de relações humanas, revelando ações, produzindo e tornando histórias (plu-

---

<sup>322</sup> Ibid., p. 318.

<sup>323</sup> Ibid., p. 314.

<sup>324</sup> Ibid., p. 320.

<sup>325</sup> Ibid., p. 319.

<sup>326</sup> Ibid., p. 327.

<sup>327</sup> Ibid., p. 334 et. seq.

<sup>328</sup> Ibid., p. 336.

ralidade), pois é isso que constitui a própria fonte de sentido que ilumina a existência humana<sup>329</sup>.

A atividade de pensar ainda é possível, afirma, e ocorre em situações em que vivam em condições de liberdade política<sup>330</sup>.

### 3.6.

#### **O juízo reflexivo e a mentalidade alargada: como julgar a partir da relação entre o geral e o particular**

O juízo é a faculdade de subsumir o particular no geral. Arendt, no entanto, concluiu pela inexistência de um ‘sistema’ de universais, buscando a partir dessa perspectiva um horizonte para suas reflexões, particularmente para o problema de como julgar um particular, para o qual não existe previamente o dado de um universal.<sup>331</sup>

A partir de tal problema, Arendt explora o campo dos juízos reflexivos e racionais, entreabrindo a faculdade de pensar o particular. Os juízos reflexivos são esforços de mediação entre o particular e o universal.<sup>332</sup>

O juízo reflexivo e racional de Kant, a partir da Crítica do Juízo na análise estética, constituiu-se no ponto de partida heurístico de Arendt, para unir a teoria à prática na sua proposta de reconstrução, concebendo uma relação problemática entre o universal e o particular.<sup>333</sup>

Dado que o juízo no mundo contemporâneo não pode ser reduzido à fórmula inequívoca da subsunção, fala-se no seu peso e na sua responsabilidade.<sup>334</sup>

Diz que Arendt vai buscar em Vico a defesa da retórica e da prudência enquanto categorias indispensáveis à experiência jurídica e política.<sup>335</sup>

<sup>329</sup> Ibid., p. 337.

<sup>330</sup> Ibid., p. 338.

<sup>331</sup> LAFER, 1988, p. 30.

<sup>332</sup> Ibid., p. 30 et. seq.

<sup>333</sup> Ibid., p. 31.

<sup>334</sup> Lafer (op. cit., p. 277) destaca que o juízo determinante se incorporou no paradigma do direito natural por meio da *demonstratio* do jusnaturalismo moderno, em que resultou, por consequência, na rejeição da tradição aristotética da prudência, da *interpretatio*, deixando, por consequência, o discurso de ser persuasivo e convincente para passar a ser necessário, capaz de obter um *certum* passível de axiomatização; deixando de ser tratado como *jurisprudência*, passando a ser entendido como *demonstratio*, fundado no raciocínio analítico (relação cognitiva entre o universal e o particular em forma silogística) e no esforço em descobrir regras universais de conduta por meio do estudo racional da natureza do homem.

A *demonstratio*, assim, refutava o contingente, crente num mundo seguro de universais; por isso, refutou a prudência, percepção ontológica de que em direito e em política delibera-se, deliberação que não é demonstração, pois não há uma decisão única. Logo, a deliberação não é apropriada à homogeneidade operatória das ciências exatas, porém leva a um saber aproximativo que não é infalível.<sup>336</sup>

Desse modo, a responsabilidade pelas escolhas são fundamentais, requerendo prudência (*phronesis*), de um bom juízo, saber prático que de maneira mais razoável que racional capta a singularidade.<sup>337</sup>

No processo de afirmação do direito como ciência demonstrativa, desaparece o caráter problemático da subsunção do particular ao universal, que exige prudência, já que o juízo opera a subsunção sem passar pela reflexividade da deliberação.<sup>338</sup>

Lafer examina também a faculdade do juízo no paradigma da filosofia do direito, destacando que a preocupação com os fins do direito teve um impacto decisivo na hermenêutica e na aplicação do direito, prevalecendo o direito como *demonstratio* somente até o momento em que se tornou patente o descompasso entre o direito formalmente válido e a realidade social.<sup>339</sup>

A partir dessa conclusão – da problematicidade da subsunção (silogismo de um juízo determinante) dos fatos à lei – acelera-se a busca pelo sentido do direito, concluindo-se que a interpretação e a aplicação do direito não são declaratórias e reprodutivas de um direito pré-existente, mas constitutiva e produtiva de um direito atualizado.<sup>340</sup>

Dessa maneira, a premissa maior (a norma) não é um dado, mas um construído pelo intérprete, fruto da prudência, deliberada a partir do caso concreto, da lei, das regras da experiência, etc.

Assim, o que Arendt busca é o desenvolvimento de um pensamento que dê conta da decisão sobre particulares, de um modo de julgar que pense o contingente, pois o contingente para Arendt é o que melhor se adequa ao agir humano.

---

<sup>335</sup> Ibid., p. 278.

<sup>336</sup> Ibid., p. 278.

<sup>337</sup> Ibid., p. 278.

<sup>338</sup> Ibid., p. 279.

<sup>339</sup> Ibid., p. 281.

<sup>340</sup> Ibid., p. 282.

Essa perspectiva é fundamental para pensar-se numa hermenêutica cosmopolita, visto que não se quer defender um projeto universal, uma perspectiva, um ponto de vista ou uma visão única de mundo, mas um projeto reconheça que é a diversidade que nos constitui, diversidade esta que deve se manifestar por meio da categoria do político, da atuação plural.

Destaca Arendt que sua escolha da faculdade do ‘juízo’ como capacidade distinta dos nossos espíritos resulta em que não se chega a ele nem por dedução, nem por indução, nada tendo ele com as operações lógicas.<sup>341</sup>

Com o ‘julgar’, Arendt registra que Kant, ao lado das duas críticas precedentes (da razão pura e da razão prática), descobriu uma nova faculdade humana, a faculdade do Juízo, em que inicialmente a havia denominado de ‘Crítica do Gosto’.<sup>342</sup>

O juízo aparece em Kant como “um talento peculiar que só pode ser praticado e não pode ser ensinado”, lidando com particulares, sendo que o ‘eu pensante’ que se move entre generalidades “emerge do seu alheamento e retorna ao mundo das aparências particulares, revela-se que o espírito precisa de um novo ‘dom’ para lidar com eles”.<sup>343</sup>

Considera Lafer que a partir da ruptura totalitária, Arendt passou a utilizar o lema do ‘pensar sem corrimão’, um pensar livre, por meio do juízo reflexivo<sup>344</sup>. A partir do juízo reflexivo, deriva a norma do particular e não se subsume o particular à camisa de força do universal. O juízo reflexivo medeia a *Verstand*<sup>345</sup> e *Vernunft*, juntando teoria e prática, reconciliando compreensão e razão, assim como a arte reconcilia natureza e liberdade.<sup>346</sup>

O interesse de Arendt em desenvolver tal pensamento pode ser contextualizado dentro de toda sua obra, a qual Arendt, a partir da experiência totalitária, buscava uma forma de pensamento que impedisse o surgimento do totalitarismo, e os mecanismos para impedi-lo estão no pensamento plural, na mentalidade alargada kantiana, em que somos obrigados a pensar no lugar dos outros, sem um

---

<sup>341</sup> ARENDT, 1978a, p. 237.

<sup>342</sup> Id., 1978b, p. 253.

<sup>343</sup> Ibid., p. 238.

<sup>344</sup> Para Kant, o juízo reflexivo é a faculdade de pensar um particular – dado -, cabendo à razão (ativa) a busca de um geral que a ele corresponda.

<sup>345</sup> O *Verstand* edifica o sistema de conhecimentos que, por meio da técnica, transforma as sociedades e cria o meio no qual o homem contemporâneo vive. O *Vernunft* critica e abrange o saber do *Verstand*, pensando o global e o seu significado.

<sup>346</sup> LAFER, 1988, p. 302.



auto-interesse particular (pessoal) no produto da decisão, mas num juízo que reflita o ‘belo’, o anseio da comunidade.

Segundo Arendt, as críticas, da Razão Pura e da Razão Prática passaram a constituir-se para Kant em ‘uma pedra no seu caminho’, que precisava e foi removida por meio da ‘Crítica da Faculdade do Juízo’.<sup>347</sup>

A diferença fundamental entre a Crítica da Razão Prática e a Crítica da Faculdade de Julgar é que as leis morais da primeira são válidas para seres inteligíveis, enquanto que as regras da ‘Faculdade de Julgar’ têm sua validade estritamente para o âmbito dos seres humanos.<sup>348</sup>

Enfatiza Arendt que “a faculdade de julgar trata de singulares que ‘como tais, contém algo de contingente em relação ao universal’ que normalmente é aquilo com que o pensamento está a lidar”.<sup>349</sup>

Esses singulares são de duas espécies: a) objetos do juízo (do belo), em que não é possível subsumir o belo a uma categoria geral de belo (e.g. uma rosa tão bela, não implica que todas as rosas sejam belas); b) impossibilidade de derivar qualquer produto singular da natureza a partir de causas gerais, observando Arendt que Kant afirma que “absolutamente nenhuma razão humana (de fato nenhuma razão finita como a nossa em qualidade, por mais que a possa ultrapassar em grau) pode esperar compreender por meio de causas meramente mecânicas a produção nem mesmo de uma folha de erva”.<sup>350</sup>

Assim, o juízo do singular ‘isto é belo’, ‘isto é feio’, ‘isto está certo’, ‘isto está errado’, não tem lugar na filosofia moral de Kant, pois o juízo não é a razão prática.<sup>351</sup>

Enquanto a razão prática raciocina, nos diz o que fazer ou não fazer, dita a lei e é idêntica à vontade, que prescreve mandamentos e fala por imperativos, o juízo brota de um prazer meramente contemplativo ou por inativo deleite, ou por ‘gosto’.<sup>352</sup>

Então, é preciso um ‘alargamento do espírito’, uma ‘mentalidade alargada’, um pensar plural, comparando-se os nossos juízos com outros juízos não

---

<sup>347</sup> ARENDT, 1978b, p. 254.

<sup>348</sup> Ibid., p. 254.

<sup>349</sup> Ibid., p. 254.

<sup>350</sup> Ibid., p. 254.

<sup>351</sup> Ibid., p. 254.

<sup>352</sup> Ibid., p. 255.

tanto efetivos, mas possíveis, pondo-nos no lugar de qualquer outro homem, por meio da faculdade da imaginação.<sup>353</sup>

Dessa forma, o pensamento crítico somente é possível nos casos em que os pontos de vista de todos os outros estão abertos ao exame, tornando-se presentes pela imaginação tornando os outros presentes, movendo-se num espaço público, aberto de todos os lados<sup>354</sup>.

De igual modo, destaca Arendt, Kant adota a posição do cidadão do mundo, em que pensar com pensamento alargado significa que “se treina a imaginação para partir em visita (...)”.<sup>355</sup>

Para Arendt, pensar de acordo com a compreensão kantiana do esclarecimento, significa pensar por si mesmo, por meio de uma razão que nunca é passiva.<sup>356</sup>

Destaca ela que o que Kant defende não é uma troca de nossos preconceitos pelos dos outros, a aceitação que o que se passa nos espíritos daqueles cujo ponto de vista (na realidade, o lugar onde estão, as condições a que estão submetidos, sempre diferentes de um indivíduo para outro, de uma classe ou grupo quando comparados com outra ou outro), mas a compreensão dessas condições para transformá-las.<sup>357</sup>

O pensamento alargado ignora nosso auto-interesse; resulta de “abstrair das limitações que contingentemente se agarram ao nosso próprio juízo”, bem como de “ignorar as suas próprias condições subjetivas privadas (...) pelas quais tantos estão limitados”, pois o auto-interesse é um fato limitador de tal pensamento.<sup>358</sup>

Observa Arendt que para Kant quanto mais vasto for o reino em que o indivíduo esclarecido é capaz de se movimentar, tanto mais ‘geral’ será seu pensamento, mas que tal generalidade não é a generalidade do conceito (casa, por exemplo), sob a qual se podem subsumir todas as casas, mas uma generalidade que conecta particulares com as condições particulares dos pontos de vista que se tem que adotar para se chegar (nós – plural) a um ponto de vista geral.<sup>359</sup>

---

<sup>353</sup> Ibid., p. 255.

<sup>354</sup> Ibid., p. 255.

<sup>355</sup> Ibid., p. 255.

<sup>356</sup> Ibid., p. 256.

<sup>357</sup> Ibid., p. 256.

<sup>358</sup> Ibid., p. 256.

<sup>359</sup> Ibid., p. 256.

Esse ponto de vista geral é um ponto de vista que se pode olhar, observar, formar juízos, refletir sobre os assuntos humanos.<sup>360</sup>

É o modo de pensar dos espectadores que se revela a si mesmo publicamente no grande jogo das transformações.<sup>361</sup>

Assim, Arendt tem esperança na paz perpétua, acredita num cosmopolitismo, dizendo que o que importa não é se a paz perpétua é ou não possível, mas que “devemos agir simplesmente como se pudéssemos alcançá-la”.<sup>362</sup>

Considera que Kant estava convencido de que o mundo sem o homem seria um deserto, um mundo sem espectadores. Diz que Kant, na discussão do juízo estético, dá a distinção entre o ‘gênio’ (exigido para a produção de obras de arte, em que estão presentes a imaginação produtiva e a originalidade) e o ‘gosto’, o julgar e decidir se são ou não objetos belos, posição com a qual Arendt não concorda, pois entende que é necessário algo mais além do gosto.<sup>363</sup>

Salienta Arendt que Kant indaga qual dos dois é mais importante, o mais nobre, o ‘gosto’ ou o ‘gênio’: qual das duas faculdades é a mais nobre – a *conditio sine qua non* – que nos permite olhar e julgar a arte como bela?<sup>364</sup>

Arendt colaciona a resposta do próprio Kant, nos seguintes termos:

a abundância e a originalidade das idéias é menos necessária para a beleza do que a concordância da imaginação na sua liberdade com a conformidade à lei do entendimento [que é chamada gosto]. Porque toda a abundância das primeiras produz (...) na sua liberdade sem lei, apenas tolices; por outro lado, o juízo é a faculdade pela qual ela é ajustada ao entendimento.

O gosto, tal como o juízo em geral, é a disciplina (ou o adestramento) do gênio; corta-lhe as asas (...) providencia orientação, traz clareza e ordem (...) aos pensamentos [do gênio], torna as idéias suscetíveis de receberem permanentemente a aquiescência geral, e capazes de serem seguidas por outros, e por uma cultura sempre em progresso. Se, então, no conflito destas duas propriedades num só produto, algo deve ser sacrificado, é preferível que o seja do lado do gênio – sem o qual não existiria nada para o juízo julgar.<sup>365</sup>

Desse modo, para Kant o ‘gosto’ ou ‘juízo’ não são faculdades do gênio. A condição *sine qua non* para a existência de objetos belos é a comunicabilidade, já

---

<sup>360</sup> Ibid., p. 256.

<sup>361</sup> Ibid., p. 257.

<sup>362</sup> Ibid., p. 259.

<sup>363</sup> Ibid., p. 259.

<sup>364</sup> Ibid., p. 259.

<sup>365</sup> Ibid., p. 260.

que é o juízo do espectador que cria o espaço sem o qual nenhum objeto aparece.<sup>366</sup>

Logo, a verdadeira originalidade do artista ou do ator depende de ele se fazer compreender por aqueles que não são artistas ou atores.<sup>367</sup>

Enfatiza Arendt que para Kant, o espectador não está envolvido no ato, está sempre envolvido com os outros espectadores como ele, tendo com eles em comum a faculdade de julgar, o senso comum que os permite julgar como espectadores.<sup>368</sup>

Arendt demonstra a comparação que Kant realiza entre o senso comum (que se dá em público) e o privado; este implica numa faculdade lógica que permite extrair conclusões a partir de premissas e que pode inclusive funcionar sem comunicação. O resultado desse *sensus privatus* pode gerar a insanidade justamente pela perda do senso comum, pois separa a experiência que só pode ser válida e validada na e pela presença dos outros.<sup>369</sup>

Destaca uma outra peculiaridade do gosto, que deve ser cotejada com o agonismo mouffiano, a singularidade do conflito de idéias, gostos, opiniões, debatidos e legitimados dentro de um ambiente democrático, enfatizando que o gosto e o olfato são discriminatórios por sua própria natureza e só eles dizem respeito ao singular *qua* singular, sendo que o ‘agrada-me’ ou ‘desagrada-me’ é quase idêntico a um concorda comigo ou discorda de mim.<sup>370</sup>

Destacando o senso comum, Arendt lembra passagem de Kant em que este diz que o homem não se contenta com um objeto se não puder obter dele satisfação em comum com os outros, se não compartilhar uma intersubjetividade; assim, no gosto, renuncia-se a si mesmo em favor dos outros, ou para agradá-los, vencendo-se o egoísmo.<sup>371</sup>

O sentido do gosto é um sentido em que tudo se passa como se sentisse a si mesmo, em que a operação da imaginação prepara o objeto para a ‘reflexão’ e que essa operação da reflexão se constitui na verdadeira atividade de julgar alguma coisa.<sup>372</sup>

---

<sup>366</sup> Ibid., p. 261.

<sup>367</sup> Ibid., p. 261.

<sup>368</sup> Ibid., p. 261.

<sup>369</sup> Ibid., p. 262.

<sup>370</sup> Ibid., p. 263.

<sup>371</sup> Ibid., p. 265.

<sup>372</sup> Ibid., p. 265.

Todavia uma questão importante se coloca, observa Arendt: como se escolhe? quais são os padrões da reflexão? Responde que o *critério* é a *comunicabilidade* e o *padrão* é o *sensu comum*.

Esse sensu comum é um sentido extra que ajusta a uma comunidade por meio da linguagem, da comunicação, já que o entendimento comum dos homens é o mínimo que se espera de alguém que reclama o nome de homem.<sup>373</sup>

Sintetiza as máximas do *sensus communis*, necessárias unicamente nas questões de opinião e do juízo, observando que não são questões de cognição, visto que a verdade é compulsiva e não precisa de máximas. Então, as máximas do *sensus communis* são: a) pensar por si próprio (máxima do esclarecimento); b) pôr-se em pensamento no lugar dos outros (a máxima da mentalidade alargada) e c) a máxima da consistência (estar de acordo consigo).<sup>374</sup>

Em síntese, o gosto é o ‘sentido de comunidade’ e as ‘máximas do juízo’ dão o testemunho do nosso ‘modo de pensar’.<sup>375</sup>

Conclui Arendt que nunca se pode compelir qualquer pessoa a concordar com nossos juízos, mas se pode tentar ‘cortejar’, ‘persuadir’, o acordo de todos os outros, apelando para o ‘sentido de comunidade’.<sup>376</sup>

Quanto menos forem idiossincráticos, imparciais (desinteressado) os gostos, melhor serão comunicados, sendo a comunicabilidade a ‘pedra de toque’ desse possível acordo, manifestando-se aí o ‘Belo’, pois o belo ensina a amar sem auto-interesse.<sup>377</sup>

Arendt observa que a conclusão da ‘Crítica da Faculdade do Juízo’, culmina com a deliberação kantiana sobre a possibilidade de uma ‘humanidade unificada’, vivendo em paz perpétua, devendo a idéia de humanidade converter-se no princípio de suas ações e de seus juízos.<sup>378</sup>

Nesse ponto, ator e espectador estarão unidos, extraindo-se a fórmula: “age sempre sob a máxima por meio da qual esse contrato original pode ser atualizado numa lei geral”.<sup>379</sup>

---

<sup>373</sup> Ibid., p. 266.

<sup>374</sup> Ibid., p. 267.

<sup>375</sup> Ibid., p. 267.

<sup>376</sup> Ibid., p. 268.

<sup>377</sup> Ibid., p. 268.

<sup>378</sup> Ibid., p. 269.

<sup>379</sup> Ibid., p. 269.

Arendt esclarece as dificuldades do juízo dizendo que ele é “a faculdade de pensar o particular”, contudo pensar significa generalizar e generalizar é a faculdade de combinar misteriosamente o particular e o geral, sendo isto relativamente fácil se o geral for dado como uma regra, um princípio, uma lei, de tal modo que o juízo simplesmente subsume o particular debaixo dela.<sup>380</sup>

Entretanto, a dificuldade se torna grande “se for dado apenas o particular para o qual deve ser encontrado o geral”, já que não se poderia julgar um particular por outro particular.<sup>381</sup>

Para solucionar o problema, Arendt sustenta que na ‘Crítica da Faculdade de Julgar’, Kant apresenta duas idéias. Uma primeira em que pensa na idéia de um *contrato original da humanidade*, derivando dessa idéia a noção de humanidade (seres humanos que vivem e morrem neste mundo, nesta terra que é um globo, que eles habitam em comum, partilham em comum, na sucessão das gerações).<sup>382</sup>

Ao lado do contrato original da humanidade, Kant trabalha com a idéia de *intencionalidade*, em que cada objeto enquanto particular necessita e contém o fundamento de sua atualidade em si mesmo, tendo uma intenção. Os únicos objetos que parecem sem intenção são os estéticos e os homens (são um fim em si mesmos).<sup>383</sup>

Observa, porém, que os objetos artísticos sem finalidade e a variedade aparentemente sem finalidade da natureza têm a ‘finalidade’ de agradar os homens e fazê-los se sentir em casa, sendo, portanto, a intencionalidade uma idéia para regular as reflexões nos juízos reflexionantes.<sup>384</sup>

A segunda idéia de Kant, à qual Arendt se apóia e considera extremamente relevante, é a da ‘*validade exemplar*’, dizendo que os exemplos são os ‘carros de mão dos juízos’.<sup>385</sup>

Começa ela a esmiuçar essa idéia dizendo que cada objeto em particular (uma mesa, por exemplo) tem um conceito correspondente por meio do qual se reconhece a mesa, tal como a ‘idéia’ platônica ou o ‘esquema’ kantiano, em que

---

<sup>380</sup> Ibid., p. 269.

<sup>381</sup> Ibid., p. 270.

<sup>382</sup> Ibid., p. 270.

<sup>383</sup> Ibid., p. 270.

<sup>384</sup> Ibid., p. 270.

<sup>385</sup> Ibid., p. 270.

se forma diante de nossos olhos o espírito do ‘modelo de mesa’, a mesa abstrata (formal ou esquemático).<sup>386</sup>

Porém, pode-se imaginar uma mesa que seja a melhor mesa possível e tomá-la como exemplo de como as mesas deveriam ser – *a mesa exemplar* – (o exemplo, a partir do ‘isolar’ um particular).<sup>387</sup>

A mesa exemplar é um particular “que na sua particularidade revela a generalidade que de outro modo não poderia ser definida”, como por exemplo, “a coragem é como Aquiles”.<sup>388</sup>

O ‘belo’, o ‘gosto’, o ‘juízo’ é um fim em si mesmo porque a totalidade de seu sentido está contida dentro de si, diferentemente do ator que por estar envolvido, ou seja, não é um observador externo, nunca vê o sentido do todo.<sup>389</sup>

Lafer ressalta que para Beiner,<sup>390</sup> o juízo reflexivo é tanto uma avaliação sobre meios para alcançar objetivos quanto a avaliação dos fundamentos da legitimidade e justiça dos fins a serem alcançados, ou seja, avaliação de meios e juízo.<sup>391</sup>

Arendt, ao tratar do problema epistemológico do juízo reflexivo, aponta que pensar é generalizar, oferecendo Kant dois *modus operandi* para a busca de um *tertium quid - tertium comparationis* – geral entre dois particulares, que são ‘a humanidade como idéia regulativa da razão’ e a ‘validade exemplar’, este o mais heurístico para Arendt.<sup>392</sup>

Ao discutir a noção de ‘validade exemplar’, Arendt discute o papel da ‘imaginação’ que oferece os ‘esquemas de cognição’, em que os ‘exemplos’ são para o juízo reflexivo o que os ‘esquemas’ são para a cognição. Os ‘esquemas’ permitem a cognição, assim como os ‘exemplos’ guiam e conduzem a generalização dos juízos reflexivos, supondo-se que são particulares no qual se contém uma regra geral (e.g. Jesus ou São Francisco modelam a bondade, como Aquiles, a coragem), particulares exemplares que adquirem validade que vai além dos seus respectivos percursos históricos.<sup>393</sup>

---

<sup>386</sup> Ibid., p. 271.

<sup>387</sup> Ibid., p. 271.

<sup>388</sup> Ibid., p. 271.

<sup>389</sup> Ibid., p. 271.

<sup>390</sup> LAFER, 1988, p. 106 passim.

<sup>391</sup> Ibid., p. 306.

<sup>392</sup> Ibid., p. 304.

<sup>393</sup> Ibid., p. 304.

O juízo reflexivo retrospectivo tem uma função ontológica, ancorando-nos no mundo que, sem o juízo, não teria significado ou realidade existencial, impedindo o estilhaçamento do ser pelas forças opostas do futuro e do passado, trazendo, por meio do princípio da esperança – por meio de histórias julgadas e contadas – a permanente possibilidade de um novo começo.<sup>394</sup>

O juízo não justifica o mundo, mas confirma nosso lugar nele, ao conectar-nos com a realidade por meio da responsabilidade inerente entre a mediação entre o particular e o geral.<sup>395</sup>

Assim, Arendt politizou a ‘Crítica do Juízo’ de Kant, encontrando na análise kantiana do gosto, do juízo sobre o sublime, na comunicação e no acordo intersubjetivo sobre os juízos compartilhados, uma convergência com sua visão da política quanto a interação da pluralidade, extraíndo daí a idéia de respeito e de dignidade.<sup>396</sup>

Observa Lafer que Ronald Beiner explorou o *modus operandi* do juízo, apontando-lhe 18 notas. Destaca algumas dessas notas que são: a) tempo e espaço: tempo para pensar e pensar antes de julgar; espaço, representado pela *distância*, para não comprometer-se pela emoção da repulsa ou da atração para com a perspectiva do observador retrospectivo; b) capacidade de reivindicar (não de comandar) o assentimento por meio de uma comunicabilidade geral por meio da extensão (não restrita a uma comunidade) dos predicados dos juízos a toda a esfera dos sujeitos que julgam; c) independência do juízo retrospectivo em relação a fins, ou seja, autonomia do sucesso ou insucesso como critério; d) reconhecimento da problematidade do juízo reflexivo sobre um particular.<sup>397</sup>

Lafer aponta as diferenças entre o pensamento de Arendt e Kant, afirmando que tanto no domínio teórico quanto prático o juízo kantiano é determinante, diferentemente de Arendt, que sempre trabalha com o contingente.<sup>398</sup>

Ressalta que a faculdade de julgar para a razão prática kantiana consiste em discernir se uma ação possível para um indivíduo, no mundo sensível, está ou não de conformidade com a lei moral (imperativo categórico), universal, por analogia com a universalidade das leis naturais. Essa conclusão é tirada por Kant, a

---

<sup>394</sup> Ibid., p. 305.

<sup>395</sup> Ibid., p. 305.

<sup>396</sup> Ibid., p. 303.

<sup>397</sup> Ibid., p. 304.

<sup>398</sup> Ibid., p. 301.



partir da seguinte idéia: se o domínio da razão teórica (a natureza) é distinto do da razão prática (a liberdade), ambas têm em comum uma legalidade universal.<sup>399</sup>

Esse distanciamento de Arendt em relação a Kant está em que o juízo a respeito de um particular – preocupação central de Arendt - não tem lugar na filosofia moral kantiana (da razão prática), pois este somente diz o que fazer e o que não fazer, estabelecendo uma lei que é idêntica à vontade, emitindo comandos e fala por meio de imperativos.

Arendt pensava numa razão prática diferente. Pensava que se o juízo é uma faculdade independente da mente, não se chega a um juízo sobre o particular por meio de operações lógicas de dedução ou indução, visto que a razão prática não nos diz o que fazer ou não fazer ou do que se arrepender. O que Arendt procurou foi o ‘sentido silencioso’, o ‘gosto’, algo que pertence ao domínio da estética, juízo reflexivo e não determinante, dom que pode ser exercido, mas não ensinado.<sup>400</sup>

O dom do juízo reflexivo, dom de lidar com a especificidade necessita do ‘eu pensante’ para se situar nos particularismos do mundo.<sup>401</sup>

Segundo Lafer, a escolha baseada num juízo prospectivo, sustentada pelo poder do agir conjunto se transforma em regras de direito, situando-nos diante da liberdade possível de um *initium* construtor de institutos e edificador de sistemas a partir de preceitos objetivados nas normas.<sup>402</sup>

Um dos aspectos mais importantes do pensamento de Arendt é sua visão centrífuga de um mundo que comporta a diversidade, a pluralidade e a inovação. Em nome da singularidade humana e em sua capacidade de recomeçar, (o nascimento é algo novo que traduz um ato de esperança, de um renovado recomeço) é que Arendt recusa o paradigma determinista e o juízo determinante no seu discurso contra o método.<sup>403</sup>

Se é possível falar de metafísica em Arendt esta se dá por meio da metafísica do inaugural, seja por meio da análise da *espontaneidade* (do nascimento, da criação), seja pela da análise da *autoridade* enquanto evento fundador.<sup>404</sup>

---

<sup>399</sup> Ibid., p. 301.

<sup>400</sup> Ibid., p. 301.

<sup>401</sup> Ibid., p. 302.

<sup>402</sup> Ibid., p. 298.

<sup>403</sup> Ibid., p. 288.

<sup>404</sup> Ibid., p. 292.

A liberdade não é apenas a conversão da potência em ato, mas o poder de começar algo novo.<sup>405</sup>

A escolha – a *proairesis* aristotélica – é a preferência entre alternativas, mediada pela razão e pelo desejo, sendo que o *elemento da razão* na escolha é a *deliberação*. A deliberação, por sua vez, requer a *phronesis*, atributo indispensável da razão prática e imprescindível para se saber o que é bom ou mal para os homens no âmbito do poder humano.<sup>406</sup>

A busca da verdade é uma questão empírica para a ciência, enquanto a procura do significado é uma questão hermenêutica para Arendt.

Considera Lafer que Arendt destaca que nem o conhecer nem o pensar provêm o querer e o julgar, com regras gerais aptas por si sós para lidar com a subsunção dos particulares, sendo necessária a autonomia da vontade e do juízo como faculdades mentais, que têm como intencionalidade alcançar objetos particulares do mundo.<sup>407</sup>

O objetivo da vontade como faculdade autônoma da mente são os projetos, impulsionando-nos para o futuro.

### 3.7.

#### Conexão entre pensamento e juízo

Observa Duarte que para Arendt, dentre as três críticas kantianas, a ‘Crítica da Faculdade do Juízo’ foi a obra que Arendt mais gostou, repercutindo nela de forma extremamente poderosa, vendo em tal crítica a verdadeira filosofia política de Kant: o elogio do senso comum; o fenômeno do gosto como o fenômeno básico do juízo; o modo de pensamento alargado, que é parte e parcela do julgamento, de modo que se possa pensar do ponto de vista de um outro; a exigência da comunicabilidade.<sup>408</sup>

Destaca que a palavra ‘julgar’ tem dois significados totalmente distintos entre si, ora significando o ‘subsumir ordenado do individual e particular sob algo de geral e universal, a medida regrada com critérios pelos quais se identifica o

---

<sup>405</sup> Ibid., p. 292.

<sup>406</sup> Ibid., p.292.

<sup>407</sup> Ibid., p. 289.

<sup>408</sup> DUARTE, 2000, p. 358.

concreto e se decide sobre ele’ ou julgar sempre que ‘somos confrontados com o que nunca vimos e a respeito de que nenhum critério está disponível’, estando, portanto ligada à faculdade de discernir do que com a faculdade de ordenar e subsumir. Esse juízo sem critério é conhecido a partir do juízo estético ou do juízo de gosto.<sup>409</sup>

O juízo político, concebido na forma do juízo reflexionante estético de Kant, é um modo de expressão ‘desinteressado’ e ‘livre’, não se pautando por qualquer interesse cognitivo, moral ou privado, porém “refletindo sobre o caso particular tomando-o como tal como ele se manifesta em sua particularidade para quem julga”.<sup>410</sup>

Assim,

judgar significa tomar uma posição diante dos eventos particulares do mundo, refletir sobre eles sem que se disponha de antemão de um conceito ou regra universais que possam ser aplicados ao caso. Isto é o que distingue os juízos reflexionantes dos juízos cognitivos ou morais, que Kant denominou como ‘determinantes’, pois determinam uma propriedade objetiva do particular.<sup>411</sup>

Dessa forma, os juízos reflexionantes não buscam uma adequação entre o caso particular e a regra universal *a priori*, mas têm de construir a regra segundo a qual pretendem possuir ‘validade geral’ procedendo ‘de baixo para cima’, tal qual o juízo reflexionante estético que tem que pressupor o assentimento de todos os outros para validar-se.<sup>412</sup>

Essa validade reivindicada por Arendt é uma validade específica: não inferior, mas de outra natureza, uma validade a partir da reabilitação da dignidade da opinião.<sup>413</sup>

Ao invés de validade universal, pensa-se em generalidade, generalidade que tem uma função positiva: a de proibir o postulado de uma unidade da razão e de uma validade universal, permitindo o engajamento e a confirmação da pluralidade de um modo impossível para a universalidade da verdade racional.<sup>414</sup>

Os critérios críticos de discriminação e verificação da ‘validade específica’ dos juízos políticos se encontram nos conceitos de ‘mentalidade alargada’, ‘im-

---

<sup>409</sup> Ibid., p. 357.

<sup>410</sup> Ibid., p. 358.

<sup>411</sup> Ibid., p. 359.

<sup>412</sup> Ibid., p. 359.

<sup>413</sup> Ibid., p. 360.

<sup>414</sup> Ibid., p. 360.

parcialidade’, ‘comunicabilidade’, ‘*sensus communis*’, por meio dos quais Arendt buscou esclarecer o *modus operandi* do juízo.<sup>415</sup>

Um juízo, assim, será tanto melhor quanto maior sua capacidade de persuasão, pautando-se pela máxima da ‘mentalidade alargada’ em que

aquele que julga deve levar em consideração os juízos possíveis de todos os outros em seu processo de constituição, isto é, deve colocar-se em pensamento no lugar dos outros, a fim de libertar-se das condições privadas e subjetivas próprias à posição que cada um ocupa no mundo.<sup>416</sup>

Observa Duarte que o pensamento realizado por meio de uma ‘mentalidade alargada’ é o artifício por meio do qual se atinge a ‘imparcialidade’,

ponto de vista geral, *relativamente* liberto das condições particulares que estão implicadas em cada ponto de vista e que se referem à posição de cada um no mundo, implicando, portanto, que aquele que julga liberte-se das condições subjetivas e idiossincráticas que ‘determinam naturalmente o modo de ver de cada indivíduo na sua intimidade.’<sup>417</sup>

Lembra Duarte que Arendt enfatiza que Kant observa que “apenas em sociedade torna-se interessante o ter gosto” e de que o “belo interessa [a nós] apenas quando estamos em sociedade”.<sup>418</sup>

Assim, Duarte conclui que

a faculdade de julgar particulares, a habilidade para dizer ‘isto é errado’, ‘isto é belo’ não é igual à faculdade de pensar. O pensamento lida com invisíveis, com representações de coisas que estão ausentes. O juízo sempre se ocupa com particulares e coisas ao alcance das mãos.

Ressalta, todavia, que pensamento e juízo, estão interrelacionados.<sup>419</sup>

Duarte compara o pensamento – o dois-em-um do diálogo sem som – que realiza a diferença inerente à nossa identidade tal como ela é dada na consciência e da qual resulta a consciência moral, ao juízo, o derivado do efeito liberador do pensamento “que realiza o próprio pensamento, tornando-o manifesto no mundo das aparências, onde eu nunca estou só e estou sempre muito ocupado para poder

---

<sup>415</sup> Ibid., p. 360.

<sup>416</sup> Ibid., p. 360.

<sup>417</sup> Ibid., p. 360.

<sup>418</sup> Ibid., p. 362.

<sup>419</sup> Ibid., p. 365.

pensar”. Desse modo, a manifestação do vento do pensamento não é o conhecimento, mas a habilidade de distinguir o certo do errado, o belo do feio.<sup>420</sup>

Em conclusão, diz Duarte que a conexão entre o pensamento e o juízo revela o caráter paradoxal do pensador em seu constante jogo de ir e vir em relação ao mundo de aparências, traduzindo o ‘jogo de afastamento’ e ‘compromisso’ com os eventos particulares do mundo, necessários para que haja pensamento e juízo a seu respeito.<sup>421</sup>

Em conseqüência, o pensamento se manifesta no mundo por meio do juízo, sendo, porém, necessário abandonar o exílio distante do pensamento para que se possa julgar, não abandonando o mundo das aparências, mas apenas se retirando do envolvimento ativo para um posição privilegiada.<sup>422</sup>

Da conexão entre pensamento e juízo, tal como o princípio da legislatura kantiano, Arendt extrai a seguinte fórmula que deve ser aplicada às situações-limite: “em que medida poderei continuar a viver em paz comigo mesmo após ter cometido certos atos?”<sup>423</sup>

Dessa maneira, registra Duarte a generalidade abstrata do pensamento só se conecta à particularidade concreta dos eventos mundanos na medida em que o ego pensante formula e responde à fórmula acima, momento em que a exigência de refletir sobre um evento particular do mundo estabelece a interação entre pensamento e juízo.<sup>424</sup>

Destaca ainda que Arendt não diz o que deve ser feito, mas ‘o que não deve ser feito’ (ética negativa) para que não se tenha que fugir da companhia dos outros e de nós mesmos.<sup>425</sup>

### 3.8.

#### O retorno do senso comum: o espaço da palavra e da ação

Conforme se observou em outras passagens, o político, do qual a pluralidade humana é *conditio sine qua non*, constitui categoria central do pensamento

---

<sup>420</sup> Ibid., p. 365.

<sup>421</sup> Ibid., p. 365.

<sup>422</sup> Ibid., p. 366.

<sup>423</sup> Ibid., p. 366.

<sup>424</sup> Ibid., p. 366.

<sup>425</sup> Ibid., p. 367.

arendtiano. Ao senso comum, é inevitável se considerar a contribuição de Wittgenstein (jogos de linguagem), o caráter performativo das palavras de John L. Austin e a contribuição gadameriana (preconceitos, círculo hermenêutico, senso comum, diálogo, tradição, etc.).

O que Arendt quer salientar, segundo as palavras de Celso Lafer, é que a perda do senso comum traz a falta de confiança no que nos circunda, realçada pelos resultados da ciência contemporânea que passa a rejeitar o senso comum e a linguagem comum para tentar descobrir o que se esconde por trás dos fenômenos naturais.<sup>426</sup>

Enfatiza que o progresso da ciência esvaziou de sentido nossa percepção concreta, convertendo, por meio da técnica, nosso meio ambiente em objetos criados pelo homem, conseguindo ainda modificar, por meio da ação humana, o desencadeamento dos próprios processos da natureza, como por exemplo, a fissão do átomo.<sup>427</sup>

A partir desse progresso, diluiu-se também a distinção entre natureza e cultura, passando o homem a se desencontrar consigo mesmo quando busca a realidade objetiva, não encontrando mais a natureza, mas apenas objetos e processos que criou e que funcionam, mas que ele não consegue explicar em linguagem comum.<sup>428</sup>

Arendt ressalta aqui a contribuição de Nietzsche, que aponta a incompatibilidade entre a contestação a valores transcendentais elaborados e utilizados pela tradição para medir a ação humana e a sociedade moderna que dissolveu esses padrões, transformando-os em valores funcionais, entidades de troca.<sup>429</sup>

Observa Lafer que, consoante Arendt, o risco deste processo reside no fato de que a indústria de diversão está confrontada com apetites imensos e os processos vitais da sociedade de massas poderão vir a consumir todos os objetos culturais, deglutindo-os e destruindo-os.<sup>430</sup>

Assim, Arendt retoma a linha da tradição que concebia como circular a relação entre fatos e teorias, ofuscado pela aspiração de totalidade sistemática.<sup>431</sup>

---

<sup>426</sup> ARENDT, 2003b, p. 11.

<sup>427</sup> Ibid., p. 12.

<sup>428</sup> Ibid., p. 12.

<sup>429</sup> Ibid., p. 12.

<sup>430</sup> Ibid., p. 13.

<sup>431</sup> Ibid., p. 18.

### 3.9.

#### Política, opinião e verdade

Arendt destaca que, ao se buscar a verdade, o que se busca é a própria sobrevivência, a perseverança na existência, pois nenhum homem conseguiria sobreviver sem buscar a verdade, ‘dizer o que é’, ‘aquilo que é’ e que ‘lhes parece por que é’.<sup>432</sup>

Enfatiza que há perigo em dizer a verdade, ora por meio da ridicularização, ora do perigo à própria vida.<sup>433</sup>

Traz a lição de Kant em ‘a Crítica da Razão Pura’, para quem a verdade tem suas próprias limitações.<sup>434</sup>

Diz que Kant afirma que “o poder externo que priva o homem da liberdade de comunicar publicamente seus pensamentos, *priva-o ao mesmo tempo de sua liberdade de pensar*”.<sup>435</sup> (grifo do autor)

Ainda com Kant, diz que a única garantia para a ‘exatidão’ do nosso pensamento está na circunstância de que “pensamos como que em comunhão com outrem, aos quais comunicamos nossos pensamentos assim como nos comunicamos os seus”. Em síntese, a razão humana, por ser falível, só pode funcionar se o homem puder fazer uso público dela.<sup>436</sup>

Afirma que a verdade filosófica quando penetra em praça pública altera sua natureza e se torna opinião, ocorrendo uma modificação que não é apenas de uma espécie de raciocínio para outra, mas de um modo de existência humana para outro.<sup>437</sup>

Distingue a verdade racional da fatural dizendo que a primeira ilumina o entendimento e a segunda, informa opiniões, não sendo a verdade fatural mais auto-evidente que a opinião. Ao tratar da divisão entre fato, opinião e interpretação, salienta que percebido um fato como verdadeiro e assim declarado, tal fato

---

<sup>432</sup> Ibid., p. 285.

<sup>433</sup> Ibid., p. 285.

<sup>434</sup> Ibid., p. 290.

<sup>435</sup> Ibid., p. 291.

<sup>436</sup> Ibid., p. 291.

<sup>437</sup> Ibid., p. 295.

passa a estar além do acordo, da disputa, da opinião ou do consentimento. Exemplifica com o caso da invasão da Alemanha pela Bélgica em 1919.<sup>438</sup>

Com isso, Arendt quer dizer que na medida em que uma verdade fatural se expõe à hostilidade dos defensores de opiniões, ela é tão vulnerável como a verdade filosófica racional.<sup>439</sup>

Considera que o conteúdo de uma asserção como o exemplo acima não é de natureza persuasiva, mas coercitiva.<sup>440</sup>

Lembra Grotius, para quem nem mesmo Deus pode fazer com que dois mais dois não sejam quatro.<sup>441</sup>

Com isso, conclui que não se consegue demover determinados fatos sem grandes mentiras.<sup>442</sup>

Arendt enfatiza que o pensamento político é representativo e formamos nossa opinião a partir de diferentes pontos de vista, representando em nossa mente a posição dos que estão ausentes, ou seja, “ser e pensar em minha própria identidade onde efetivamente não me encontro”.<sup>443</sup>

Ressalta que

quanto mais posições de pessoas eu tiver presente em minha mente ao ponderar um dado problema, e quanto melhor puder imaginar como eu sentiria se estivesse em seu lugar, mais forte será minha capacidade de pensamento representativo e mais válidas minhas conclusões finais, minha opinião.

É essa capacidade de uma ‘mentalidade alargada’ que habilita os homens a julgarem, conforme a Crítica do Juízo de Kant, destacando Arendt que Kant não reconheceu as implicações políticas e morais de sua descoberta.<sup>444</sup>

Quer assim dizer que a verdade filosófica, aquela construída pelo homem singular não tem relevância enquanto ele não a levar para o âmbito público; o filósofo que quisesse levar sua verdade contra o senso comum ou fazer com que predominasse sobre as opiniões comumente aceitas sofreria uma derrota e concluiria que a verdade é impotente.<sup>445</sup>

---

<sup>438</sup> Ibid., p. 296.

<sup>439</sup> Ibid., p. 301.

<sup>440</sup> Ibid., p. 297.

<sup>441</sup> Ibid., p. 298.

<sup>442</sup> Ibid., p. 299.

<sup>443</sup> Ibid., p. 299.

<sup>444</sup> Ibid., p. 299.

<sup>445</sup> Ibid., p. 304.



Diz que se está a tratar do passado e do presente como partes do futuro. Quando se trata o passado como passado, isso gera estabilidade e nos dá parâmetro para iniciar algo novo, pois se tem um ponto de apoio, um lugar de partida. No entanto, quando se confunde passado e presente tratando ambos como se fosse o mesmo, gera-se como consequência um estado de potencialidade em que o âmbito político é privado de sua força estabilizadora, não havendo também um ponto de partida a partir do qual se possa transformar, iniciar algo novo. As mudanças assim são confusas, estéreis, típicas da era da imagem e da propaganda.<sup>446</sup>

Tratando da oposição platônica entre verdade e opinião, considera Duarte que Arendt resgata a opinião como revelação da verdade do mundo, destacando que Platão teria destruído a antiga relação entre verdade e opinião ao considerar a verdade como a expressão da correta adequação entre uma coisa e sua idéia, obtida na contemplação, e não mais como desvelamento do *logos*, em um dialogar em que a verdade não se oporia absolutamente à *doxa*.<sup>447</sup>

A maiêutica de Sócrates, destaca Duarte, mantém intacta a relação originária entre verdade e opinião, de tal forma que nem a verdade poderia ser estabelecida descartando-se a opinião, tampouco a opinião seria desprovida de um conteúdo de verdade. A maiêutica, assim, é o modo de trazer à luz a verdade potencial existente em cada *doxa*, pois a verdade absoluta não existe para os mortais.<sup>448</sup>

Observa Duarte que Arendt não aceita um caráter inquestionável da verdade, tampouco um caráter irracional ou não-argumentativo da opinião, mas um ‘*modo de asseverar a validade*’, seja dos enunciados que almejem a verdade ou dos que almejam o acordo pela persuasão.<sup>449</sup>

Assim, todo enunciado que se pretende verdadeiro traz consigo um elemento de coerção e almeja pôr-se fora do alcance de todo “acordo, disputa, opinião ou consentimento”, impondo-se de maneira exclusiva em relação a outros enunciados sobre o mesmo tema.<sup>450</sup>

Ressalta Duarte que Arendt em ‘homens em tempos sombrios’, no ensaio sobre Lessing, estranha que os homens continuem a pautar suas condutas pela busca da certeza e transparência da verdade quando os próprios cientistas já aban-

---

<sup>446</sup> Ibid., p. 319.

<sup>447</sup> Ibid., p. 170.

<sup>448</sup> Ibid., p. 170.

<sup>449</sup> Ibid., p. 175.

<sup>450</sup> Ibid., p. 176.

donaram tal perspectiva há muito tempo, pois sabem que as verdades nunca são conclusivas e sempre estão sujeitas a revisões radicais.<sup>451</sup>

Considerando que a autêntica qualidade da opinião, como de um julgamento, depende do grau de sua imparcialidade e do acordo potencial com o outro, enfatiza que a opinião não deve ser vista como alheia à argumentação racional ou que deva ser concebida de um ponto de vista universal, mas como expressão de pontos de vista ou perspectivas alargados, tornando possível acordos provisórios.<sup>452</sup>

Arendt resgata assim a dignidade da opinião, tendo nela a fonte de inspiração para os juízos reflexionantes estéticos e políticos, por isso são por ela concebidos como duas faculdades racionais da maior importância.<sup>453</sup>

As opiniões não dispensam o amparo em verdades factuais e privilegiam o confronto plural de opiniões (espírito agonístico da ação e do discurso), das quais surgem consensos e dissensos provisórios, desprovidos de garantias últimas.<sup>454</sup>

Observa Duarte que é possível opor-se a ação comunicativa de Habermas à força da persuasão de Arendt, situando-se a diferença entre eles em que Arendt não pensa num consenso universal tal como Habermas, pois o que ela destaca é a pluralidade, o debate, a deliberação, o dissenso, assim tanto quanto o consenso, suspeitando “(...) de qualquer tentativa para se elevar acima da esfera da opinião plural e conflituosa (*doxa*), a fim de fundar a ação política ou o juízo na verdade”.<sup>455</sup>

---

<sup>451</sup> Ibid., p. 176.

<sup>452</sup> Ibid., p. 177.

<sup>453</sup> Ibid., p. 177.

<sup>454</sup> Ibid., p. 181.

<sup>455</sup> Ibid., p. 184.

## 4

### O pensamento de Gustavo Zagrebelski e o constitucionalismo do século XXI

#### 4.1.

##### O pensamento de Gustavo Zagrebelski

O pensamento de Gustavo Zagrebelski pode ser extraído das obras: ‘il diritto mite: legge, diritti, giustizia’,<sup>456</sup> mais conhecida em espanhol como ‘el derecho dúctil’: ley, derechos, justicia’;<sup>457</sup> ‘historia y constitución’<sup>458</sup> e ‘la domanda di giustizia’,<sup>459</sup> além de várias outras obras coletivas tratando do direito constitucional e outros temas, como por exemplo a importância das instituições.

Zagrebelski analisa também a situação atual do direito constitucional na União Européia afirmando que para um Estado Constitucional Europeu os tempos ainda não estão maduros.<sup>460</sup>

Numa linha um pouco menos radical que a aqui defendida (hospitalidade ao invés da tolerância, conforme capítulo 2), diz Zagrebelski que a grande dificuldade do constitucionalismo na União Européia será a tolerância constitucional, que pressupõe e objetiva a conservação da riqueza das identidades dos diversos povos europeus e suas respectivas determinações políticas; constitucionalismo que deverá ser representado não mais pela *grundnorm* kelseniana, tampouco por uma decisão fundamental sobre a forma de uma unidade política ao modelo schmittiano, mas no labor cotidiano das práticas compositivas virtuosas.<sup>461</sup>

---

<sup>456</sup> ZAGREBELSKI, 1992.

<sup>457</sup> Id., 2005a.

<sup>458</sup> Id., 2005b.

<sup>459</sup> ZAGREBELSKI; MARTINI, 2003.

<sup>460</sup> Id., 2004, p. VIII.

<sup>461</sup> Ibid., p. IX.

Destaca que o constitucionalismo que atualmente se constrói na União Europeia, baseado sobre os valores da dignidade, da liberdade, da igualdade, da solidariedade, da cidadania e da justiça, exclui a idéia de um Estado federal europeu, não sendo a ausência de um Estado central um defeito, mas uma particularidade positiva. Afirma que uma Constituição sem um Estado central não só é conceituável sem dificuldade, sendo inclusive desejada, pensando ele num constitucionalismo de várias dimensões ou de vários níveis, em que a Europa não vale como ideal em si e por si, mas somente se for subentendida como um ideal de vida coletiva, um *modus vivendi* europeu.<sup>462</sup>

A pretensão Zagrebelski é a de fazer do conceito de justiça algo transformador para a realidade em que se vive. Não está preocupado em definir o que seja justiça, mas em expungir-la da vida cotidiana a partir de seu contrário, da idéia de injustiça, daquilo que o senso comum indica como injusto, do sofrimento daqueles que partilham a caminhada conosco.<sup>463</sup>

A originalidade do pensamento de Zagrebelski está em não se preocupar com uma justiça ideal, mas, concreta, baseada no senso de justiça que possui a partir das injustiças que se pratica; dos males que se faz mascarados sob a defesa de altos valores, como por exemplo, a Revolução Francesa, sob os conceitos de república, de nação, de inimigo (Carl Schmitt), de defesa do Estado, ou da atual conduta dos Estados Unidos da América em que supostamente para defender direitos humanos, aniquila um País, como se a ele tivesse sido outorgado o direito de defender a humanidade, ignorando o papel dos organismos internacionais, especialmente da Organização das Nações Unidas.

O pensamento de Zagrebelski possui inúmeros pontos de contato com o pensamento de Hannah Arendt e com Carl Schmitt, quando aborda o problema do conceito de 'estado de direito' e de política, que necessariamente devem pressupor o conceito de justiça, o que teria impedido as atrocidades do regime nazista.

Zagrebelski afirma que a "idéia de justiça nasce da experiência de uma injustiça, que afeta a nós ou a quem nos é querido". É daqui que se deve partir e não de uma especulação abstrata que ao invés de unir tem dividido.<sup>464</sup>

---

<sup>462</sup> Ibid., p. IX passim.

<sup>463</sup> Id., 2003.

<sup>464</sup> Ibid., capa.

Tal qual Dworkin, trata ele da idéia e da exigência moral de justiça no âmbito da experiência humana, destacando a impossibilidade da separação radical entre moral e direito.<sup>465</sup>

Indaga se é possível ser justo e de como se pode reagir a uma experiência de injustiça.<sup>466</sup>

Para Zagrebelski, a justiça é uma exigência que postula uma experiência pessoal, sobretudo uma experiência da injustiça, daquilo que não se deve fazer aos outros se não queremos para nós<sup>467</sup>.

A justiça precede a política e é um momento fundador desta: é função da política e não o contrário, não podendo assim a injustiça ser meio de qualquer política.<sup>468</sup>

Não é possível, assim, impor qualquer sofrimento às pessoas ao preço de uma harmonia universal, não podendo a política perseguir determinado fim ao preço da injustiça.<sup>469</sup>

Destaca que esta afirmação contrasta com a filosofia da história orientada ao grande horizonte do progresso da humanidade, mas insensível à sorte de milhões e milhões de seres humanos, pondo sob interrogação a ilusória e atual política de intervenção militar para fins humanitários.

Observa que contrasta com o curso da história que sempre tem colocado o sofrimento de inocentes aos projetos de potência de reinos e repúblicas, potências econômicas e religiosas.

Todavia, acredita que a sensibilidade contemporânea está se modificando, a julgar-se, por exemplo, pela discussão sobre o uso da força.<sup>470</sup>

Questiona, lembrando Derridá, se o bem-estar de que goza uma população inteira ao custo da inaceitável condição de vida de outra população é efetivamente escusável ou desculpável e se não for culpável ou escusável, existiria diversos graus de responsabilidade que se deva distinguir?<sup>471</sup>

Essas interrogações, tal qual a ‘banalidade do mal’ em Arendt, apresentam-se com urgência para nós, privilegiados da terra cuja culpa e injustiça está na

---

<sup>465</sup> Ibid., capa.

<sup>466</sup> Ibid., capa.

<sup>467</sup> Ibid., p. 52.

<sup>468</sup> Ibid., p. 17.

<sup>469</sup> Ibid., p. 17.

<sup>470</sup> Ibid., p. 18.

<sup>471</sup> Ibid., p. 18.

insensibilidade e na omissão inadvertida: um câncer moral difuso entre as pessoas comuns que é a condição moral de existência da sociedade opulenta.<sup>472</sup>

Zagrebelski critica a concepção reducionista de justiça, como equivalente à legalidade, da redução da justiça ao direito, do direito à lei e da lei à soberania do Estado, personificada por um príncipe onipotente ou por uma assembléia onipotente. A legalidade, observa, tem pouco ou nada que fazer com a justiça.<sup>473</sup>

Segundo ele, o mundo é regido sobre três coisas: a) a justiça; b) a verdade e c) a paz; que podem ser resumidas numa única: a justiça.

Destaca que a Revolução Francesa, apropriando-se da idéia de justiça, do amor à pátria e da necessidade do triunfo da República, ocultou sua verdadeira face: que por trás dessas idéias se ocultava a existência de uma verdadeira luta política, a luta pelo poder, o mais material dos interesses. Com a deturpação de tais conceitos, conseguiu-se sustentar que os inimigos da pátria, da justiça e da República deveriam ser eliminados e, com isso, enviou-se para a guilhotina milhares de franceses acusados de violação de um dever, privando-os inclusive do direito de defesa.<sup>474</sup>

Afirma que quanto maior, puro e sublime são os valores, tanto mais terríveis são os excessos que os justificam.<sup>475</sup>

Para Zagrebelski, a justiça não é uma idéia pronta que se origina da cabeça dos homens. Contudo, ele pergunta: a justiça é uma palavra sem conteúdo ou somente uma máscara? Responde que a esperança de justiça é condição de nossa existência.<sup>476</sup>

Ressalta que Platão já dizia ser difícil definir a justiça em abstrato, sendo possível fazê-lo em concreto, exigindo uma experiência pessoal, a partir da experiência da injustiça e da dor que dela deriva.<sup>477</sup>

Critica o positivismo jurídico e seus meios de pacificação social, da subserviência ou sujeição do juiz à lei e somente a ela como conceito jurídico, constituindo-se em uns dos princípios fundadores da grande parte das constituições vigentes, princípio que exprime a tentativa de separar a esfera do direito da esfera da justiça, da soberania do estado e de seu monopólio ético, avocando-se o poder

---

<sup>472</sup> Ibid., p. 18.

<sup>473</sup> Ibid., p. 20.

<sup>474</sup> Ibid., p. 5.

<sup>475</sup> Ibid., p. 5.

<sup>476</sup> Ibid., p. 13.

<sup>477</sup> Ibid., p. 16.

de expulsar qualquer avaliação de justiça da operação não só dos juízes, mas também dos indivíduos singulares, reservando ao poder soberano distinguir o que é justo do que não o é.<sup>478</sup>

Os mais cínicos dos juristas, observa, falam do direito como de pura e simples tecnologia social sem qualquer outra especificação.<sup>479</sup>

Sem se referir a Foucault, mas sendo impossível deixar se mencioná-lo, indaga se se está disposto a considerar o direito como autorização legal para intervenções psiquiátricas daqueles que perturbam a paz social; ou para combater o crescimento demográfico para a aplicação de drogas no combate ao mal-estar social ou para esterilizar grupos inteiros de seres humanos para resolver o problemas das minorias<sup>480</sup>.

Em resumo, questiona: estar-se-iam dispostos a considerar como direito um ordenamento que paradoxalmente se fundasse sobre a injustiça ou sobre uma pura legalidade?<sup>481</sup>

Critica Carl Schmitt e sua contribuição ao regime nacional-socialista, especialmente com seu conceito de ‘estado de direito’, destacando que as vítimas provavelmente retiveram como mais adequado chamar de ‘estado de delito’, ao que Schmitt denominava ‘estado de direito’.<sup>482</sup>

O desatrelamento entre justiça e direito resulta em conseqüências graves, como por exemplo, de que se está disposto a considerar como ‘estado de direito’ também aquele ‘Estado’ cujos juízes aplicam a lei com o propósito de legitimar o arbítrio dos poderosos, dando cobertura aos seus delitos.<sup>483</sup>

Um outro conceito importante trabalhado por Zagrebelski versa sobre o modo de entender a justiça. Trabalha inicialmente com a clássica classificação aristotélica<sup>484</sup> de justiça distributiva e retributiva, em que pela primeira se objetiva repartir os recursos comuns, sem se definir que recursos são esses e pela segunda, a justiça como vingança ou como reconhecimento, em que não há qualquer relação com uma sociedade justa, mas com uma espécie de equilíbrio particular.<sup>485</sup>

---

<sup>478</sup> Ibid., p. 23.

<sup>479</sup> Ibid., p. 24.

<sup>480</sup> Ibid., p. 24.

<sup>481</sup> Ibid., p. 24.

<sup>482</sup> Ibid., p. 25.

<sup>483</sup> Ibid., p. 25.

<sup>484</sup> Ética a Nicômano.

<sup>485</sup> Ibid., p. 29.

Acresce a essas duas a justiça reconciliativa ou reconstitutiva (*restorative justice*). Pelo primeiro, originário do direito ebraico, denominado de *nispat*, e no qual as partes eram inimigas ou estrangeiras, o procedimento era idêntico ao que hoje se conhece: o ofendido conduz o ofensor a um juiz pedindo sua condenação.<sup>486</sup>

Por outro lado, se as partes fossem amigas ou tivessem um vínculo vital como pai e filho, marido e mulher, entre irmãos, etc., abria-se a possibilidade de uma disputa a dois, o *ryb*. Por esse, não se pedia a condenação, mas a composição da controvérsia por meio do reconhecimento do erro, o perdão, em seguida a reconciliação e a paz. É a humanidade do adversário que se busca tocar, sobre ela influir, agir, restabelecendo a comunhão, uma nova união, a recuperação do vínculo fraterno.

Zagrebelski lembra os ensinamentos do bispo Desmond Tutu e do espírito africano tradicional, o *ubuntu*, distinguindo a idéia européia de justiça, centrada na retribuição e na justiça do vencedor, para a justiça africana, orientada pelo perdão, pela reconciliação, pela recíproca aceitação, pelo espírito comunitário, compreensivo, pacificador, pelo reconhecimento da humanidade das pessoas.<sup>487</sup>

Tal concepção de justiça não se funda no “existo, por isso tenho direito à pretensão”, mas ‘sou um ser humano porque faço parte de um círculo de pessoas que se reconhece reciprocamente e reconhece seus valores e que não são ameaçados pela recíproca concorrência, além de termos uma justa estima por nós mesmos’. Por isso nos sentimos diminuídos quando outro vem nos humilhar, torturar, nos oprimir ou nos tratar como inferiores. O fazer justiça se transforma num processo salvífico tanto para quem cometeu um dano ou delito quanto para quem o sofreu. A justiça reclama a cura para a ferida.<sup>488</sup>

A busca da justiça é a busca da superação dos revezes concretos da vida e não a busca por um conceito, uma idéia abstrata, um teorema. Justo é aquele que busca a justiça; aquele que pelo simples fato de ter fome e sede de justiça reconhece os outros em primeiro lugar, os deficientes, os perseguidos, os excluídos que tendo apenas o céu e privados de tudo têm a legítima pretensão à justiça.<sup>489</sup>

---

<sup>486</sup> Ibid., p. 31.

<sup>487</sup> Ibid., p. 37.

<sup>488</sup> Ibid., p. 37.

<sup>489</sup> Ibid., p. 41.



## 4.2.

### Constituição e política em Zagrebelski

Zagrebelski lembra a grande contribuição de Niklas Luhmann, ao demonstrar que a Constituição serve para integrar direito e política, construindo, de um lado o espaço para uma política do direito e de outro um direito da política.<sup>490</sup>

Aponta Zagrebelski o aprofundamento da abordagem zetética que se adota no presente trabalho ao afirmar que após a Segunda Guerra, da contraposição entre conceitos e métodos de estudo da constituição, têm-se tentado combinar elementos de direito, filosofia, de história, de sociologia, de política, de economia e inúmeros outros discursos interdisciplinares, trabalho este que tem iluminado o constitucionalismo das últimas décadas.<sup>491</sup>

Concebe também a função política das Cortes Constitucionais e da Constituição como sistema de equilíbrio da boa convivência social; de instrumento jurídico limitador das democracias majoritárias que ignoram e sufocam as minorias. Da Constituição como um construir do intérprete. Da Constituição não como um mecanismo de força, mas de adesão, de meio de solução dos conflitos políticos e sociais.

Ao adentrar no exame do papel político da Corte Constitucional, distingue o *pactum societatis* e o *pactum subjectionis*, o duplo significado de política.

O *pactum societatis* corresponde à política como atividade destinada a produzir convivência, união, amizade. A Corte aqui exerce o papel de juiz da política ao realizar a interpretação constitucional buscando um consenso mais amplo. Aqui está a atividade política que a Corte efetivamente exerce.

Já o *pactum subjectionis*, corresponde à idéia de política como competição entre as partes. Nesse sentido, a atuação da Corte não pode ser política, para assumir a gestão do poder. A Corte Constitucional, assim, está dentro da política, sendo um de seus fatores decisivos, se por política se entender atividade destinada à convivência.<sup>492</sup>

---

<sup>490</sup> ZAGREBELSKI, 1996, p. XIII.

<sup>491</sup> Ibid., p. XIII.

<sup>492</sup> Id., 2005c, p. 39.

Zagrebelski, ao defender a ‘vontade de Constituição’, sustenta que até nos casos-limite em que há conflito entre razões políticas e razões jurídicas, deve-se respeitar a Constituição e seus princípios, especialmente o princípio da liberdade, da igualdade e da solidariedade.

Defende o Constitucionalismo até suas últimas conseqüências, pois, acima de tudo está a república e não a democracia, podendo esta – momentaneamente, por estar no poder maiorias transitórias, precisar de limites para que o que é de todos não sofra danos e prejuízos irremediáveis.

Como Hesse,<sup>493</sup> destaca Zagrebelski que a ‘vontade de Constituição’ nasce da necessidade de se viver não num reino da força, mas num reino de direito que regula a força.<sup>494</sup>

Não concebe mais Zagrebelski um conflito insuperável entre razão política e razão jurídica constitucional, entre democracia degenerada e justiça constitucional, afirmando que esses conflitos se resolvem no plano dos princípios, impondo-se a ‘força da Constituição’.<sup>495</sup>

Mesmo nos momentos de dificuldades por que passam os Estados, a Constituição e a justiça constitucional não podem ser vistas como obstáculos, mas como âncora do Estado, como garantia dos princípios constitucionais de liberdade, solidariedade e igualdade.<sup>496</sup>

Afirma que a Constituição fixa - para todos - os princípios de liberdade e justiça, dizendo que sua garantia não pertence à política, mas tem uma função política. A compreensão desse paradoxo, ressalta Zagrebelski, significa penetrar na essência da democracia.<sup>497</sup>

Textualmente, em tradução livre, afirma:

A Corte Constitucional é a suprema instituição não eletiva, a Corte que protege a república limitando a mera quantidade da democracia para preservar a qualidade contra a potencial degeneração democrática num regime de maioria onipotente e irresponsável.<sup>498</sup>

Enfatiza que

---

<sup>493</sup> HESSE, 1991.

<sup>494</sup> ZAGREBELSKI, 2005c, p. 126.

<sup>495</sup> Ibid., p. 127.

<sup>496</sup> Ibid., p. 130.

<sup>497</sup> Ibid., capa.

<sup>498</sup> Ibid., contracapa.

a função dos juízes constitucionais é, portanto, altamente política, sem, no entanto, pertencer à política. São chamados a defender os princípios fundamentais de convivência contra a divisão e a discórdia e difundirem a ‘necessidade de constituição’ contra a tentação demagógica de fazer da matéria constitucional um campo de batalha e de violenta imposição da maioria sobre a minoria.<sup>499</sup>

Diz que a Corte Constitucional, dentre todas as instituições,<sup>500</sup> talvez seja aquela menos conhecida e, por conseguinte, com freqüência, a mais incompreendida.<sup>501</sup>

A função política da Corte Constitucional sem pertencer à política é importante para a compreensão da democracia, entretando ela também não é oriunda da democracia.

A principal função da Constituição é fixar os pressupostos de convivência, o pacto social com o qual se acorda sobre as condições de se estar juntos, os princípios substanciais da vida comum e as regras de exercício do poder público.<sup>502</sup>

Tal qual a célebre controvérsia entre Lassale e Hesse (Constituição como ‘folha de papel’ x força normativa da Constituição), Zagrebelski observa que a Constituição só existe quando interpretada.<sup>503</sup>

O direito constitucional, salienta, enquanto direito, realiza a operação de perfeccionar, de melhorar, de dar estabilidade, ponderação e equilíbrio entre os principais fatores da vida social e política; não pode fundar-se na força contingente, aquela que pretende prevalecer aqui e agora, pelo só fato de existir, mas impedir o bruto predomínio.<sup>504</sup>

Sob o pálio do *pactum societatis*, opera a adesão, a força desarmada, destaca Zagrebelski, lembrando Tocqueville a existência de uma força imaterial mais potente àquela que atua sobre o corpo, a que atua sobre o ânimo: essa força imaterial é constituída da pressão de advém do número, do poder popular, da expectativa conformística da opinião corrente que se crê; sob o *pactum subjectionis*, sob o qual atua o governo, opera a força, esta sim armada.<sup>505</sup>

---

<sup>499</sup> Ibid., contracapa.

<sup>500</sup> Zagrebelski afirma que para compreender a Constituição precisamos descobrir que o essencial não é a norma escrita; o essencial depende da percepção do significado das instituições, elemento, pré-jurídico; é necessário pressupô-la para compreender o direito posto (p. 4).

<sup>501</sup> Ibid., p. 3.

<sup>502</sup> Ibid., p. 25.

<sup>503</sup> Ibid., p. 30.

<sup>504</sup> Ibid., p. 116.

<sup>505</sup> Ibid., p. 117.

Zagrebelski afirma que a justiça constitucional é uma função republicana. Não faz parte da democracia, porém serve à democracia. Concebe a república como gênero do qual a democracia é espécie. A missão da justiça constitucional, assim, é proteger a república ainda que limitando a democracia para preservar o caráter de especificação da república e evitar que alguém se aproprie da coisa de todos.<sup>506</sup>

As instituições judiciárias têm uma função antimajoritária: devem servir de limites e garantias contra a extrapolação e o abuso do poder; contra a degeneração da democracia, como se ela fosse o poder absoluto da maioria, de uma maioria onipotente e devoradora.

### 4.3.

#### **O constitucionalismo e a ductibilidade do direito em Zagrebelski**

Zagrebelski, ao tratar do constitucionalismo na sociedade plural e complexa atual em que ninguém mais tem o monopólio da lei, tampouco o Estado, trata do tema da soberania e do cambiamento que o conceito está a sofrer.<sup>507</sup>

Trata do papel do Estado e da missão intervencionista que deve realizar, sob pena de perecimento dos mais débeis.

Cuida do processo de interpretação, elevando os princípios jurídicos à categoria de normas, plenamente aplicáveis.

Dá especial atenção ao papel dos juízes e dos intérpretes do direito exigindo-lhes responsabilidade com as conseqüências de suas decisões.

Realiza análise relevante na concepção de norma jurídica, com reflexos importantes no processo hermenêutico e que consiste em que a solução das pretensões se dá por meio do processo de auto-implicação entre caso e norma jurídica.

Trata da teoria geral do direito e da interpretação constitucional de forma atualíssima, podendo afirmar-se que praticamente é uma das vozes mais importantes sobre o constitucionalismo contemporâneo e a forma de interpretar e aplicar o direito.

---

<sup>506</sup> Ibid., p. 121.

<sup>507</sup> Id., 2005b.

Mostra como as normas jurídicas já não podem ser expressão de interesses das partes, nem a formulação de concepções universais e imutáveis que alguém possa impor e os demais acatar.<sup>508</sup>

Insera-se seu trabalho dentro de uma teoria crítica do direito, uma teoria que defende a interdependência entre teoria e prática.

Zagrebelski sintetiza seu pensamento afirmando que “os princípios de liberdade e justiça entram em contato com os casos reais da vida e devem guiar a aplicação que da lei fazem os juízes, cuja função é completamente distinta da de atuar como simples porta vozes da lei”.<sup>509</sup>

Examina também os temas centrais do direito: teoria geral, Estado, interpretação e por meio da fórmula “Estado Constitucional”, mais rica de conteúdo segundo ele, realizar uma profunda renovação de numerosas concepções jurídicas.<sup>510</sup>

Quer defender um novo constitucionalismo, um novo Estado, capazes de dar conta da complexidade da plural sociedade do século XXI.

O processo de justificação – o método do diálogo discursivo dos juristas - precisa convencer os envolvidos no processo hermenêutico de que a solução do caso passou por tais critérios (critério de verossimilhança, da plausibilidade, da aceitação pela comunidade).

Quando Zagrebelski defende o reconhecimento dos direitos individuais e concomitantemente os coletivos, aproxima-se da idéia de Boaventura de Souza Santos quando este afirma que ‘temos o direito à igualdade quando esta nos dignifica, e o direito à diferença quando ela nos inferioriza’.

Importante também observar que Zagrebelski aponta a presença da aproximação dos sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*, destacando os caminhos que ambos os sistemas tomaram a partir da derrota do absolutismo: o sistema da *civil law*, que passou a assentar-se no absolutismo da lei e o da *common law*, por meio do qual a lei passou a ser concebida como produto de justiça, considerando um complexo social mais real, baseado numa combinação de direito natural, de direito positivo, de razão, de legislação, de história e tradições.

---

<sup>508</sup> Id., 2005a, p. 9.

<sup>509</sup> Ibid., capa.

<sup>510</sup> Ibid., p. 9.

Uma síntese possível do pensamento Zagrebelskiano é sua preocupação com a solução dos problemas reais da sociedade pluralista atual. Nesse exame dos temas centrais da teoria geral do direito, como a soberania, o Estado, o papel do judiciário, tem em mira a busca pelo ‘sentido’ do papel do aplicador do direito.

Essa busca de Zagrebelski pelo sentido do que se faz e das conseqüências de nossas decisões o aproxima de Hannah Arendt, de Foucault, de Heidegger, colocando-o como um dos grandes constitucionalistas do nosso tempo.

#### **4.4.**

#### **A teoria contemporânea do constitucionalismo de Zagrebelski: por uma constituição plural**

Zagrebelski desenvolve uma teoria constitucional que não pode ser apartada da realidade. Busca, por meio da política constitucional, mostrar o importante papel que o Judiciário deve exercer no século XXI, cabendo rever a teoria da separação dos poderes a partir da leitura de Loewenstein.<sup>511</sup>

Não é outro o posicionamento de Barbosa ao tratar do constitucionalismo moderno, a partir do século XVI, centrado na limitação do poder, na separação de poderes e no controle de constitucionalidade, subsumido na idéia de uma Constituição escrita e à dimensão que se dá à sua legitimidade e função<sup>512</sup>.

Zagrebelski responde de forma original e criativa aos desafios do constitucionalismo contemporâneo, enfrentando conceitos arraigados na teoria constitucional e do Estado, como os conceitos de norma fundamental, soberania, afirmando que esta não existe mais nos moldes tradicionais, pois já não existe uma força autônoma constitutiva da política, da história, do Estado, mas inúmeras forças. A norma fundamental, tautológica, diz ele, deve sustentar-se no convencimento e não num ato de força, justamente porque ninguém mais (soberanamente) tem esse ‘ato de força’.

A partir do momento em que esse ato de força já não mais existe, permite-se que se investiguem as inúmeras origens do poder.

---

<sup>511</sup> LOEWENSTEIN, 1983, p. 62, onde se destaca que ao invés de preocupar-se com a separação de poderes, é preciso preocupar-se com a missão que as funções (executiva, legislativa e judiciária) devem desempenhar para tutelar os direitos fundamentais.

<sup>512</sup> BARBOSA, 2002, p. 26 et. seq.

A Constituição concebida por Zagrebelski não é autoritária, mas meio, luz, que tem o objetivo de realizar as condições de possibilidade da vida em comum.

Chama também a atenção do Poder Judiciário criticando-o por seu apego ao princípio da separação dos poderes, afirmando que o Judiciário deve estar aberto a requerimentos de política constitucional, não devendo ter atitudes *self restraint* frente a tais questões.

Compreende as normas constitucionais (todas) como normas jurídicas auto-aplicáveis e vinculantes.

A teoria contemporânea do constitucionalismo de Zagrebelski primeiramente concebe a Constituição como plural no sentido häberliano, passa pelo positivismo chamando-o de acrítico. Concebe a Constituição como campo de gravitação onde se realiza uma humanidade real na convivência social. Defende que o melhor critério para interpretá-la é por meio dos princípios. Concebe o direito como ‘compreensão’: de suas tarefas, seus sentidos, lançando-se ao mundo da variabilidade, o que exige a responsabilidade por respostas adequadas.

Afirma que a Constituição deve ultrapassar a concepção de ‘ato criativo’ para ‘ato responsivo’, mudando inclusive nossa posição frente à Constituição: de ‘obedientes’ esses ‘interrogantes’, com vistas a se encontrarem respostas que possam ser compartilhadas entre os interrogantes.

Zagrebelski, conforme destaque de Carbonel, constrói uma teoria contemporânea do constitucionalismo, desenvolvendo um constitucionalismo principiológico plural, democrático, que deve impregnar todo o ordenamento jurídico potencializando-o.<sup>513</sup>

Acentua ainda quais são as características que um ordenamento jurídico deve apresentar para evidenciar que está constitucionalizado.

Defende a politização do direito para que seus fundamentos e seu caráter prático sejam melhor compreendidos e aplicados.

Sustenta que a ductibilidade do direito exige que seu aplicador busque por esses fundamentos em outros campos do saber, como a filosofia, por exemplo.

Desfere golpe mortal contra o positivismo e seu fundamento: o conceito de soberania, centrada num ‘ato de força’ (do legislador, Estado, história, instituições), ao invés do ‘convencimento’.

---

<sup>513</sup> ZAGREBELSKI, 2005b, p. 9 et. seq.

Passa a conceber a constituição não somente como relações de poder, mas também como realização de uma humanidade real na convivência social, o respeito à dignidade humana, a realização de justiça social com fundamento na solidariedade e no marco da igualdade e da liberdade, com a criação de condições sócio-econômicas para a auto-realização e emancipação humana, combinada com o desenvolvimento de uma consciência política geral de responsabilidade democrática.<sup>514</sup>

Enfatiza Carbonel que para Zagrebelski, a Constituição não é somente revolução ou somente conservação: ela se produz ativamente e se transforma em *práxis* em virtude da participação democrática nas decisões estatais. A Constituição do século XXI é passado, presente e futuro, resultado de movimentos, revoluções e costumes.<sup>515</sup>

Traz o exemplo norte-americano de aplicação do direito, em que é comum apelar-se às idéias, valores e sentimentos dos “pais fundadores”, destacando que as normas constitucionais que melhor representam o vínculo entre passado e presente e do presente com o futuro são as normas de princípio.<sup>516</sup>

Comparando o ‘direito por regras’ do Estado de direito liberal com o ‘direitos por princípios’ do Estado constitucional contemporâneo, afirma que essa transformação representa uma mudança estrutural do direito que resulta em sérias conseqüências para a jurisdição.<sup>517</sup>

As normas de princípio das constituições abertas permitem tanto a espontaneidade da vida social como o poder de conformação da política. Exigem da dogmática constitucional a abertura para requerimentos de política constitucional, demandando, por sua vez, a elevação do grau de ductibilidade de suas normas, permanecendo abertas ao que se possa decidir no futuro.

Considera Zagrebelski que a concepção de normas constitucionais abertas, principiológicas não podem debilitar a normatividade constitucional porque nos Estados democráticos e plurais é imprescindível se deixe espaço para a política constitucional.<sup>518</sup>

---

<sup>514</sup> Ibid., p. 10.

<sup>515</sup> Ibid., p. 10 et. seq.

<sup>516</sup> Ibid., p. 10 et. seq.

<sup>517</sup> Ibid., p. 13.

<sup>518</sup> Ibid., p. 14 et. seq.



Trabalha com o conceito de ‘constitucionalização do ordenamento jurídico’, trazendo a lição de Riccardo Guastini<sup>519</sup> que o concebe como

um processo de transformação de um ordenamento, ao término do qual, o ordenamento em questão resulta totalmente ‘impregnado’ por normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos assim como as relações sociais.<sup>520</sup>

Acentua também que um ordenamento jurídico está constitucionalizado se presentes 07 (sete) características: a) for sustentado por uma Constituição rígida; b) for informado por princípios explícitos e implícitos; c) tiver a garantia jurisdicional da Constituição, impondo-se frente às leis e ao ordenamento jurídico como um todo; d) tiver a Constituição força vinculante em toda a sua extensão e conteúdo, inclusive em relação às normas anteriormente denominadas ‘programáticas’<sup>521</sup> e as normas de princípios, obrigando a todos; e) tiver os operadores do direito a consciência da ‘sobreinterpretação’ da Constituição; f) a aplicação direta das normas constitucionais; g) a interpretação ‘conforme’ das leis; e h) a influência da constituição sobre as relações políticas.<sup>522</sup>

Ressalta Carbonel, citando ainda Guastini<sup>523</sup> que “o processo de constitucionalização supõe dotar de conteúdo normativo a todas as disposições da carta fundamental” e sua força normativa dependerá mais de sua redação e dos alcances que a jurisdição constitucional lhes outorga; dos exercícios analíticos que os teóricos façam.<sup>524</sup>

<sup>519</sup> GUASTINI, 2003, p. 157 et. seq.

<sup>520</sup> ZAGREBELSKI, 2005b, p. 16.

<sup>521</sup> Zagrebelski, assim como José Horácio Meirelles Teixeira (1991, p. 265 et. seq), concluem que as normas programáticas são normas que regra geral versavam a reivindicação por direitos sociais. Em percuciente e profunda análise de interpretação do direito constitucional Meirelles Teixeira afirma que as forças que atuaram junto ao poder constituinte conseguiram inserir a categoria de normas constitucionais ‘programáticas’ para conter a reivindicação dos direitos sociais, para sonegá-los, procrastiná-los. Ambos defendem que eram e são normas jurídicas como quaisquer outras, plenamente exigíveis, demandando tão-somente exame de adequação de factibilidade, de operacionalidade.

<sup>522</sup> ZAGREBELSKI, op. cit., p. 17 et. seq.

<sup>523</sup> GUASTINI, op. cit., p. 157 et. seq.

<sup>524</sup> ZAGREBELSKI, op. cit., p. 17.

O importante, frisa Carbonel, é que “as normas constitucionais são normas jurídicas aplicáveis e vinculantes e não simples programas de ação política ou catálogos de recomendações aos poderes públicos”.<sup>525</sup>

Entende por ‘sobreinterpretação’ da Constituição o trabalho que seus intérpretes realizam ao aplicá-la extensivamente, utilizando argumentos *a simili*, extraíndo-se inúmeras normas implícitas, idôneas a regular quase todos os aspectos da vida social e política, inclusive para conformar o conteúdo do ordenamento jurídico, resultando na quase inexistência de espaços vazios e de leis que escapem ao controle de legitimidade constitucional.<sup>526</sup>

Pela característica da ‘sobreinterpretação’, destaca, com Hesse – pela magnitude de seu impacto – a influência ou efeito irradiante que os direitos fundamentais exercem sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive na regulação de relações jurídicas entre particulares (horizontalidade).<sup>527</sup>

A quinta condição ou característica do ordenamento jurídico constitucionalizado, a ‘aplicação direta das normas constitucionais’, versa sobre a incidência das normas constitucionais sobre as relações jurídicas entre particulares e que todos os intérpretes podem aplicar a constituição, inclusive as inapropriadamente denominadas de programáticas e as normas de princípios.<sup>528</sup>

A sexta condição, da ‘interpretação conforme da leis’, exige que o intérprete aplique as leis da forma que melhor atenda às normas constitucionais, ou seja, de forma otimizada segundo o comando constitucional.

A sétima condição ‘a influência da constituição sobre as relações políticas’ exige que o Judiciário não assuma atitudes restritivas (*self restraint*) frente às questões políticas; que preveja um sistema de solução de conflitos entre órgãos e poderes e que os atores políticos a utilizem para argumentar e defender suas opiniões políticas e de governo.<sup>529</sup>

Zagrebelski questiona se hoje o tempo pode ser o da união entre a história e o direito constitucional. Pergunta para que serve atualmente o direito constitucional, respondendo que o direito constitucional renunciou ao propósito de ser o prontuário de soluções dirigidas ao passado, instrumento de busca de meios emer-

---

<sup>525</sup> Ibid., p. 17.

<sup>526</sup> Ibid., p. 18 et. seq.

<sup>527</sup> Ibid., p. 19.

<sup>528</sup> Ibid., p. 19.

<sup>529</sup> Ibid., p. 21.

genciais para converter-se em uma força autônoma constitutiva tanto da história quanto da política, força esta que o positivismo acrítico havia anulado. O direito constitucional retorna com perspectivas muito promissoras.<sup>530</sup>

Faz também um paralelo entre as ciências especulativas em que o objeto é o ‘conhecer’, diferentemente do direito no qual o que importa é ‘compreender’: suas tarefas, seu sentido, lançando-se ao mundo da variabilidade, o que exige a responsabilidade por respostas adequadas.<sup>531</sup>

Salienta que o positivismo jurídico, por meio de suas concepções legalistas, historicistas, estatelistas e institucionalistas não admite a compreensão do direito como ‘ciência prática’, hábil para indagar o que deve ser o direito; que tanto o direito em geral quanto o constitucional eram concebidos como um ‘dado em si mesmo’; que o positivismo sempre tentou bloquear, iludir o que estava antes do direito, evitando sua politização e, com isso, impedindo a possibilidade de compreensão de seus fundamentos e de seu caráter prático<sup>532</sup>.

Desfere ainda severas críticas ao positivismo e contra a tautológica norma hipotética (norma fundamental) para afirmar que um direito assim concebido somente poderia fundar-se sobre a soberania de uma autoridade indiscutível (legislador, Estado, história, instituição, etc.), centrado num ‘ato de força’, não de convencimento. Dessa forma, tal concepção, embasada numa autoridade soberana, detentora da fonte exclusiva do direito, impedia qualquer investigação que se chocasse com esse ‘ato de força’: tudo que afrontasse esse sistema imposto era antijurídico, estava fora da moldura legal, não era direito, não recebia qualquer tutela jurídica.<sup>533</sup>

Conclui assim pela impossibilidade de um positivismo que cerre as portas para o futuro, que retire de seus horizontes a busca pelos fundamentos, que continue a operar com uma única racionalidade, repressora das manifestações do passado e impeditiva do movimento histórico e político espontâneos que assinalam para o futuro; que atue para extinguir as forças autônomas da história constitucional para reduzi-la a objetos de uma mecânica política objetiva.<sup>534</sup>

---

<sup>530</sup> Ibid., p. 28.

<sup>531</sup> Ibid., p. 29.

<sup>532</sup> Ibid., p. 30.

<sup>533</sup> Ibid., p. 30.

<sup>534</sup> Ibid., p. 32 et. seq.

Atribui reflexos imediatos da queda da soberania sobre a positividade jurídica da Constituição, deixando ela de ser o ponto de partida do qual irradia uma força unívoca e incondicionada, para se tornar num campo de gravitação, um ponto de chegada e de convergência do pluralismo político e social.

Sintetiza a positividade da Constituição na concepção revolucionária como sendo uma ‘positividade a priori’, enquanto na constituição pluralista essa ‘positividade’ é ‘a posteriori’: a positividade da Constituição pluralista é “positiva enquanto é recriada continuamente pelo concurso de múltiplas vontades que, em sua convergência com ela e segundo os modos dessa convergência, redefinem-na continuamente em seu alcance histórico-concreto”<sup>535</sup>.

Zagrebelski<sup>536</sup> enfatiza que a constituição vigente não pode ser concebida como um acerto de contas entre inimigos, em que como um ‘golpe de potência’, ‘ordenadora’ e ‘soberana’, com uma vontade que impõe uma forma e que implica uma divisão entre dominantes e dominados como se se estivesse numa guerra (real ou virtual), em que a parte vencedora ‘manda’ e impõe sua Constituição, mas instrumento de coordenação entre amigos, assumindo um caráter de recíproco reconhecimento e implicação.

Invocando Jefferson (*O Federalista*), Zagrebelski afirma que ocorreu a ‘morte simbólica’ dos pais fundadores por meio da deslegitimação do mito fundador de sua autoridade e com isso a queda da presunção absoluta de legitimidade da Constituição. Seu valor não é mais um ‘a priori’ da vida política e social: “não é mais a partir da Constituição que se olha a realidade, mas da realidade de onde se deve olhar a Constituição”. A geração dos vivos se sente completamente emancipada da dos ‘*founding fathers*’, rompendo o vínculo hereditário.<sup>537</sup>

O que importa é saber se as fórmulas constitucionais permitem encontrar as respostas ou um norte para essas respostas, capazes de resolver os problemas políticos e sociais do nosso tempo. Somos nós que interrogamos a Constituição e nos reconhecemos o poder decisivo: o de formular as perguntas que nos interessam.<sup>538</sup>

A Constituição não diz nada: somos nós que a fazemos dizer.<sup>539</sup>

---

<sup>535</sup> Ibid., p. 82.

<sup>536</sup> Ibid., p. 83.

<sup>537</sup> Ibid., p. 87.

<sup>538</sup> Ibid., p. 88.

<sup>539</sup> Ibid., p. 88.

A Constituição deve ser entendida e aplicada como um marco referencial que permite distinguir o que é constitucional e o que não é: esse marco é identificado nas normas principiológicas, formulações sintéticas que declaram as raízes e indicam uma direção, ponto de referência no passado e orientação para o futuro.<sup>540</sup>

Indicam os princípios; indicam de que passado se provém; em que linha de continuidade se quer estar imerso; a que futuro está aberta a Constituição. São ao mesmo tempo, fatores de conservação e de inovação das circunstâncias do presente.<sup>541</sup>

Ressalta taxativamente Zagrebelski que “em uma Constituição baseada em princípios, a interpretação é o ato que relaciona um passado constitucional assumido como valor e um futuro que se nos oferece como problema para resolver em sua continuidade”.<sup>542</sup>

Sintetiza o constitucionalismo do século XXI como a possibilidade de ligação entre passado e futuro. Compara as visões constitucionalistas revolucionárias, conservadores e pluralistas afirmando que a Constituição idealizada pela Revolução olhava para frente; a Constituição conservadora, olhava somente para trás; c) as Constituições do nosso tempo olham para o futuro valorizando o passado, o patrimônio de experiência histórico-constitucional que querem salvaguardar e enriquecer.<sup>543</sup>

#### 4.5.

#### **Características do direito constitucional atual**

Ao examinar as características do direito constitucional atual, Zagrebelski trata da transformação do conceito de soberania, da soberania da constituição, da ductibilidade constitucional, da aspiração à convivência dos princípios e de uma dogmática jurídica fluida.

---

<sup>540</sup> Ibid., p. 89.

<sup>541</sup> Ibid., p. 89.

<sup>542</sup> Ibid., p. 90.

<sup>543</sup> Ibid., p. 91.

Afirma que os juízes sabem que a raiz de suas certezas e crenças comuns, suas dúvidas e polémicas está em outro lugar: está na idéia de direito e de Constituição.<sup>544</sup>

Ao observar a transformação do conceito de soberania, inicia-a pela concepção clássica em que o Estado soberano era uma fortaleza cerrada, protegido pelo princípio da não ingerência, não podia admitir competidores, sob pena de esfacelar-se. Frente ao Estado soberano só haveria relações de sujeição. Sem essa compreensão clássica, o Estado não seria mais o “todo”, mas parte de sistemas políticos mais compreensivos, colocando em questão tal conceito.<sup>545</sup>

O direito tratado por essa pessoa soberana e seus órgãos era o “direito do Estado”, pressupondo um direito criado exclusivamente pelo Estado.

No entanto, ressalta, desde fins do século XX, forças poderosas atuam vigorosamente interna e externamente para a instauração de um pluralismo político e social interno que se opõe à idéia de soberania e sujeição, assim como a formação de centros de poder alternativos e concorrentes com o Estado operando em inúmeros campos, como o político, o econômico, o cultural, o religioso, etc.<sup>546</sup>

Com base em Carl Schmitt,<sup>547</sup> destaca Zagrebelski que

(...) a época da estatalidade está chegando ao fim. Com ela desaparece toda a superestrutura de conceitos relativos ao Estado, levantada por uma ciência do direito estatal e internacional eurocêntrica no curso de um trabalho conceitual que durou quatro séculos. O Estado como modelo de unidade política, o Estado como titular do mais extraordinário de todos os monopólios, o monopólio da decisão política, esta brilhante criação do formalismo europeu e do racionalismo ocidental, está a ponto de ser posto de lado.<sup>548</sup>

Indaga Zagrebelski<sup>549</sup> se a morte desse Estado não seria a premissa para o nascimento de um novo direito, independente do conceito unívoco de soberania nesse centrado. Isso é possível, afirma, denominando esse processo de “Estado Constitucional”, construído a partir daí a idéia de soberania da Constituição. Cambia-se o conceito de soberania estatal para o de soberania constitucional, o

---

<sup>544</sup> Id., 2005a, p. 9.

<sup>545</sup> Ibid., p. 10.

<sup>546</sup> Ibid., p. 10.

<sup>547</sup> SCHMITT, 1992.

<sup>548</sup> ZAGREBELSKI, op. cit., p. 10.

<sup>549</sup> Ibid., p. 12.

que, no plano das relações entre Estados, passa-se a conceber o conceito de ‘Constituição Internacional’, como signo do progressivo encontro de soberanias.

Da erosão do princípio unitário da organização política, representada pela soberania e pela ordem que dela derivava, resulta não a substituição radical das categorias tradicionais do direito público, mas a perda de sua posição central, novidade de fundamental importância por que passa a faltar um ponto unificador, o que exige que o significado das categorias deva ser construído.

Disso resulta que as categorias do direito constitucional, para servirem como critério de ação, ou de juízo para a práxis, devem encontrar uma combinação que não mais deriva de um ‘centro’ de ordenação, mas de um conjunto de materiais de construção embasados em uma política constitucional.

Isso porque nas sociedades pluralistas atuais em que a presença da diversidade e de um certo relativismo são marcantes, não cabe à Constituição estabelecer diretamente um projeto de vida predeterminado em comum, mas realizar suas condições de possibilidade.

Ao tratar da ductibilidade constitucional, registra que os princípios e valores não podem assumir um caráter absoluto, sendo que o que assume esse caráter absoluto é o metavalor, estruturado sobre um duplo imperativo: a) o pluralismo de valores e b) a lealdade em seu enfrentamento.

Ductibilidade constitucional é o termo utilizado por Zagrebelski para o sentido do caráter essencial do direito dos Estados constitucionais atuais em que coexistem princípios e valores sobre os quais deve se basear uma Constituição para que não renuncie ao encargo de unidade e integração e ao mesmo tempo não se faça incompatível com sua base material pluralista.

A ductibilidade constitucional se assenta na coexistência e no compromisso, em que a visão da política a ela implícita não é uma relação de exclusão e imposição pela força no sentido de Schmitt, mas numa relação inclusiva por meio de uma rede de valores e procedimentos comunicativos. Assenta-se na convivência dúctil construída sobre o pluralismo e interdependência, inimiga de qualquer imposição pela força, em prol de uma maior plenitude da vida coletiva e de vida constitucional e que exige atitudes mais moderadas.<sup>550</sup>

---

<sup>550</sup> Ibid., p. 15.

Para lograr esse objetivo, fundamenta-se na convivência entre princípios e valores coletivos, na liberdade da sociedade e em reformas sociais em que se respeite o direito dos indivíduos e também da sociedade. A valorização das capacidades materiais e espirituais dos indivíduos e ao mesmo tempo a proteção dos bens coletivos.

Defende Zagrebelski a necessidade de uma tutela maior dos bens coletivos, reconhecendo a presença de uma força destrutiva nos individuais, o que exige uma intervenção coletiva para que os mais débeis não pereçam.

A dogmática fluida Zagrebelskiana não tem um conteúdo sólido porque se assenta na coexistência de conceitos que convivem sem choques destrutivos. A solidez é exigida tão-somente em relação às agressões dos inimigos contra a pluralidade de valores e princípios.

A ductibilidade e moderação exigidos para o novo operar do direito se inspiram no modo como o direito constitucional opera no plano das relações entre Estados, qual seja, o caráter aberto e cooperativo, daí derivando uma conexão entre o direito interno e internacional.<sup>551</sup>

#### 4.6.

#### **Do Estado de Direito ao Estado Constitucional**

Zagrebelski defende a evolução da concepção de Estado de Direito ou “Estado de Razão” – governado segundo a vontade geral de razão e orientado à consecução do bem comum - ao de Estado Constitucional. Por Estado de Direito está a idéia da eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta os cidadãos, invertendo-se a relação poder x direitos.

Denuncia também que o conceito de Estado de Direito é vazio, podendo aplicar-se a qualquer situação que exclua a eventual arbitrariedade pública e privada e se garanta a lei, qualquer que ela seja, inclusive concordante com a idéia de um Führer. Não passava assim de um domínio totalitário sobre a sociedade, ao invés da garantia dos direitos dos cidadãos.

---

<sup>551</sup> Ibid., p. 19.



Faz um paralelo entre o Estado de direito e o Estado liberal destacando que neste condicionava-se a autoridade do Estado à liberdade da sociedade. Era um Estado legislativo que se afirmava a si mesmo por meio do princípio da legalidade. O Estado liberal tinha uma conotação substantiva, relativo às funções e fins do Estado, qual seja: a “proteção e promoção do desenvolvimento de todas as forças naturais dos indivíduos e da sociedade”. A lei aqui começava a ser instrumento de garantia de direitos, delineando-se os contornos do direito administrativo: a) supremacia da lei sobre a administração; b) subordinação à lei e somente a ela dos direitos dos cidadãos, vinculando-os ao Estado, com exclusão de qualquer outro órgão que pudesse sobre eles incidir e c) juízes independentes.<sup>552</sup>

O princípio da legalidade expressa a idéia de lei como ato normativo supremo ao qual não se opõe nenhum direito mais forte, nem o poder de exceção do rei e da administração, que supostamente poderiam invocar ‘razões de Estado’, tampouco sua não aplicação por parte dos juízes ou a resistência dos particulares.

A primazia da lei assinalava a derrota das tradições jurídicas do absolutismo e do *Ancien Regime*.

Relaciona ainda o princípio da legalidade continental com o *rule of law* inglês, concluindo que a idéia francesa de soberania da lei se assentava na soberania da nação, representada pela assembléia legislativa. A soberania era uma soberania indecisa que sobrevivia mediante compromissos, sendo a lei a fonte de direitos por excelência, expressão do acordo necessário entre a câmara dos representantes e o rei. Aqui se objetivou impugnar o absolutismo, o poder absoluto do rei, pelo poder absoluto do legislativo.

Por outro lado, no *Rule of law and not of men* inglês, ao poder absoluto do rei, opuseram-se privilégios e liberdades. O absolutismo foi derrotado em ambos os casos, no sistema continental como poder absoluto e no sistema inglês, como sistema régio, abrindo, no primeiro caso a via para o absolutismo parlamentar por meio da lei.

No sistema inglês, por sua vez, a lei era somente um dos elementos constitutivos de um sistema jurídico complexo, a *common law*, nascido da elaboração do direito natural e de direito positivo, de razão, legislação, história e tradições. Assim, os ingleses conceberam a lei como produto de justiça.

---

<sup>552</sup> Ibid., p. 23.

O sistema de garantia das liberdades inglês, destaca Zagrebelski, harmonizava-se bem com uma concepção de atividade parlamentar, mais jurisdicional que política. O Parlamento poderia considerar-se um Tribunal de Justiça. A função legislativa era concebida como sistema de aperfeiçoamento do sistema legal.

O progresso do direito dependia do sistema indutivo, a partir dos casos concretos, por meio do sistema *challenge and answer, trial and error*. As regras de direito seguiam um sistema dialético em que o desenvolvimento do direito se consistia num processo inacabado e historicamente sempre aberto.

Enquanto o sistema continental tinha e ainda tem como ponto de partida no ideal de justiça abstrata, num direito universal e atemporal, em que o direito é concebido como sistema em que a partir de premissas se extraem conseqüências (*ex principiis derivationes*), o *rule of law* se originou a partir de experiências sociais concretas e parte da constatação da insuficiência do direito existente, ou seja, da prova de injustiça no caso concreto. O *rule of law*, assim, preocupa-se com a concreta injustiça que possa estar presente na decisão do caso concreto.<sup>553</sup>

Os dois sistemas que mostravam linhas bem distintas, atualmente se aproximam e hoje o *rule of law* se transformou na soberania parlamentar, aumentando o peso do direito legislativo.

Ao tratar da liberdade dos cidadãos e a vinculação da administração, a lei tinha um sentido diverso para o particular, simples regulação e limitação da autonomia individual, em defesa do interesse individual; para a administração, subordinação à função administrativa, com vistas à proteção do interesse público previamente estabelecido legislativamente. Para o particular, a lei era um limite externo da autonomia contratual.<sup>554</sup>

Junto ao princípio da legalidade estava o princípio da liberdade, pilar do Estado de direito. A proteção da liberdade admitia que intervenções estatais se dessem somente como exceção ou somente na forma prevista em lei e não como regra.<sup>555</sup>

Ao examinar a lei como norma geral e abstrata, Zagrebelski ressalta que a generalidade é a essência da lei no Estado de direito e que por trás dessa caracte-

---

<sup>553</sup> Ibid., p. 26.

<sup>554</sup> Ibid., p. 28.

<sup>555</sup> Ibid., p. 28.

rística estão implícitos postulados fundamentais do Estado de direito como a moderação do poder, a separação de poderes e a igualdade perante a lei.<sup>556</sup>

Nesse Estado liberal que pressupunha uma sociedade política monista e o direito de voto era restrito, o ordenamento jurídico era tido como algo dado que deveria expressar uma coerência intrínseca, reconduzível a princípios e valores substanciais unitários. A lei – que tudo podia – fazia esse papel de hegemonia, sendo superior aos atos jurídicos e inclusive sobre as constituições.<sup>557</sup>

A vontade positiva do legislador – capaz de impor-se a todos indistintamente em todo o território tinha por objetivo a realização de um projeto baseado na razão (a razão da burguesia liberal, assumida como ponto de partida), daí derivando a criação e desenvolvimento das normas jurídicas: generalidade e abstração, sistematicidade, plenitude, etc.<sup>558</sup>

Esse modelo era o modelo do positivismo jurídico, centrado no princípio da legalidade e no conceito de lei, baseado na concentração da produção jurídica numa única instância constitucional (legislativa).

Esse modelo, hoje residualmente presente por força da tradição, conforme assinala Zagrebelski, implicava em que os juristas não passavam e eventualmente ainda não passam de serviçais da lei, em busca de uma suposta vontade do legislador. A ciência do direito que sustentava ou sustenta tal concepção não poderia ou não pode reivindicar qualquer autonomia. Destaca o autor que o Estado Constitucional atual está em total contradição com essa inércia mental.<sup>559</sup>

No Estado Constitucional de nosso tempo já não se encontram os caracteres que constituíam os postulados do Estado de direito legislativo, exigindo hoje seja a lei submetida a um juízo de adequação, de subordinação ao direito estabelecido pela Constituição.<sup>560</sup>

Ao examinar o papel da lei, da administração e dos cidadãos no contexto atual, Zagrebelski afirma que seria problemático continuar a sustentar-se o princípio da legalidade em sua concepção original: liberdade do particular e poder limitado do Estado, pois esta regra é insuficiente para ambos (cidadãos e administração). Impossível hoje sustentar-se a mera execução da lei nos moldes antigos,

---

<sup>556</sup> Ibid., p. 29.

<sup>557</sup> Ibid., p. 31.

<sup>558</sup> Ibid., p. 32.

<sup>559</sup> Ibid., p. 33.

<sup>560</sup> Ibid., p. 33.

visto que a lei hoje tem objetivos substanciais de amplo alcance, outorgando-se à administração uma específica autonomia instrumental, funções de planificação que medeiam ao mesmo tempo ação e regulação.<sup>561</sup>

Também os particulares atualmente são submetidos a medidas conformadoras de sua autonomia privada, especialmente em setores relevantes por sua conotação social, bem como a proibições gerais, a exemplo das atividades relacionadas com a utilização de bens escassos e de interesse coletivo, como o solo, os bens ambientais, genética, transplantes de órgãos, etc.<sup>562</sup>

O que ocorre então com esse cambiamento da lei, da administração e sua relação com os cidadãos é que há uma redução da generalidade e da abstração das leis, dando lugar ao que Zagrebelski chama de ‘pulverização’ do direito legislativo em prol de uma multiplicidade de leis de caráter setorial e temporal, com reduzida generalidade e baixo grau de abstração, denominados de ‘leis-medida’, em situações mais extremas.<sup>563</sup>

Não descarta Zagrebelski da importância do ‘Estado social’, que exige a feitura de leis para atendimento de demandas específicas, assim como a pressão de interesses corporativos, tudo isso gerando uma crise do princípio da generalidade das leis.<sup>564</sup>

Esse processo desemboca no que Zagrebelski denomina de heterogeneidade do direito ou dos valores e interesses expressados nas leis no Estado constitucional, em que o ordenamento jurídico passa então a ser concebido como problema. A lei passa, desse modo, a ser instrumento de competição e de enfrentamento social, a continuação de um conflito, causa de instabilidade.<sup>565</sup>

Em síntese, Zagrebelski sustenta que se deve descartar a idéia de que as leis e outras fontes consideradas em seu conjunto constituam por si só um ordenamento jurídico.<sup>566</sup>

Diante dessa instabilidade é o princípio de Constituição que passa a exercer a função unificadora da Constituição, que passa a deter o objetivo de unidade,

---

<sup>561</sup> Ibid., p. 35.

<sup>562</sup> Ibid., p. 36.

<sup>563</sup> Ibid., p. 37.

<sup>564</sup> Ibid., p. 37.

<sup>565</sup> Ibid., p. 37.

<sup>566</sup> Ibid., p. 39.

o que exige uma noção de direito mais profunda que Zagrebelski a sustenta por meio de um conjunto de princípios e valores constitucionais.<sup>567</sup>

#### 4.7.

##### Direitos e lei

Zagrebelski, ao examinar os direitos em face da lei, afirma que a grande tarefa das constituições contemporâneas consiste em distinguir a lei – regra estabelecida pelo legislador - e direitos humanos, direitos estes que teriam pretensões subjetivas absolutas independentemente da lei.<sup>568</sup>

Examina o significado histórico-constitucional da teoria dos direitos públicos subjetivos para concluir que não era possível pensar-se numa verdadeira teoria dos direitos como atributo próprio e originário dos particulares num Estado liberal, já que não se reconhecia efetiva força soberana ao Estado. Esse Estado liberal somente o era para a classe política de que era expressão, ou seja, não refletia direitos do povo, fonte soberana de todo o poder como atualmente se concebe.<sup>569</sup>

As Constituições do século XX vêm essa fratura – separação entre leis e direitos - impondo uma concepção jurídica que os recompõe harmonicamente.<sup>570</sup>

Observa Zagrebelski o paradoxo do sistema francês em que a idéia central da Revolução se sustentou nos direitos humanos e na posição central dos direitos, todavia mas o que se viu foi o que ele denomina de '*legicentrisme*', ou seja, a centralidade da lei em detrimento dos direitos, cujo acesso e reconhecimento se deram por meio de um controle de legalidade desses direitos os quais, ao invés de se embasarem na Constituição (Declaração dos Direitos do Homem), passaram a embasar-se no Código Civil ou na Constituição da burguesia liberal.<sup>571</sup>

Zagrebelski passa a analisar a outra vertente dos direitos: a primazia dos direitos sobre a lei na Constituição americana, afirmando que o direito constitucional atual reconhece aos indivíduos um 'patrimônio de direitos', resultando,

---

<sup>567</sup> Ibid., p. 39 et. seq.

<sup>568</sup> Ibid., p. 47.

<sup>569</sup> Ibid., p. 49.

<sup>570</sup> Ibid., p. 51.

<sup>571</sup> Ibid., p. 53.

hoje, na aproximação entre os sistemas constitucionais europeu e norteamericano.<sup>572</sup>

Salienta que diferentemente do sistema francês (em que os direitos eram obra do legislador e havia liberdade de fato, mas que tal liberdade não era autônoma da capacidade reguladora da lei), os direitos nas Declarações Americanas estavam fundados em uma esfera jurídica que precedia ao direito que poderia vir estabelecer o legislador; consistiam em um patrimônio jurídico subjetivo por si mesmo, protegidos de todas as ameaças; no sistema americano, havia autênticos direitos que excluía restrições legislativas e regulações administrativas; no sistema americano, os direitos eram uma realidade a preservar de todos os riscos.<sup>573</sup>

Ressalta, fundado em ‘O Federalista’,<sup>574</sup> que os direitos eram concebidos como anteriores à Constituição e ao Estado, de ascendência lockeana (direitos naturais dos cidadãos, soberania popular, delegação aos governantes do poder necessário à proteção desses direitos). Não podia, portanto, tal delegação ser usurpada, sob pena de nulidade jurídica dos respectivos atos. Transcrever-se-á em tradução livre:

Não há proposição que se apóie sobre princípios mais claros que a que afirma que todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos do mandato sobre o qual se exerce é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isso equivaleria a afirmar que o mandatário é superior ao mandante, que o servidor é mais que seu amo, que os representantes do povo são superiores ao próprio povo e que os homens que trabalham em virtude de determinados poderes podem fazer não somente o que estes não permitem, senão também o que proíbem.<sup>575</sup>

Dessa forma, os direitos no sistema americano constituía os indivíduos em sujeitos ativos originários e soberanos. A lei, contrariamente ao sistema francês, é que derivava dos direitos. A lei não tinha força originária habilitada para querer em nome próprio, mas era concebida como poder derivado, isto é, delegado, exurgindo aqui o limite implícito ao legislador para não atuar contra o direito dos delegantes. Em resumo, soberania dos direitos no sistema americano; soberania da lei, no sistema francês.<sup>576</sup>

---

<sup>572</sup> Ibid., p. 54.

<sup>573</sup> Ibid., p. 54 et. seq.

<sup>574</sup> HAMILTON; MADISON; JAY, 1984, p. 339.

<sup>575</sup> ZAGREBELSKI, op. cit., p. 55.

<sup>576</sup> Ibid., p. 56.

O sistema de *checks and balances* ou *balanced constitution* foi o mecanismo utilizado para frear a ambição pessoal dos legisladores.<sup>577</sup>

Destacando os sistema inglês e americano, Zagrebelski<sup>578</sup> afirma que o poder judicial norte-americano encontrava sua base de expansão naquilo que falta à Inglaterra, qual seja uma *higher law*; a Constituição em que os direitos eram concebidos como uma realidade pressuposta para o direito legislativo. Assim, os juízes poderiam e podem aduzir argumentos constitucionais que não podem ser refutados por um legislador cuja autoridade está subordinada aos direitos.

Sintetiza, dessa maneira, a enorme distância entre as concepções francesa e americana de direitos: estatalista, objetivista e legislativa, no sistema francês e pré-estatalista, subjetivista e jurisdicional, no sistema norte-americano.

Examina a ambivalência da concepção constitucional européia dos direitos, afirmando que ela se situa no meio termo entre os sistemas francês e norte-americano: tanto a lei como os direitos têm dignidade constitucional.<sup>579</sup>

Observa, no entanto, que no direito atual, os direitos somente adquirem valor jurídico positivo com a Constituição. Recusa, assim, uma fundamentação jusnaturalista dos direitos, sem, entretanto, desvalorizar a contribuição do direito natural para a formulação constitucional dos direitos.<sup>580</sup>

Essa dupla fundamentação constitucional (direitos e lei) permitiria dotar à dinâmica espontânea da sociedade uma força reguladora de cima, estatal, que otimizaria os direitos. Em caso de conflito, prevalecem os direitos.<sup>581</sup>

Conclui dessa forma Zagrebelski<sup>582</sup> que a relação lei-direitos nas constituições européias atuais ao mesmo tempo em que se distancia da concepção francesa, aproxima-se da norte-americana e ao tempo em que se distancia da norte-americana aproxima-se da francesa, resultando num equilíbrio entre as exigências do direito e da lei ou entre o poder dos juízes e do legislador.

Analisa as concepções do controle de constitucionalidade das leis na França e nos Estados Unidos afirmando que o controle francês é de natureza objetiva e que a França viveu até recentemente sob o dogma de que o ‘governo dos juízes’ seria a pior das aberrações constitucionais, com evolução apenas recente-

---

<sup>577</sup> Ibid., p. 57.

<sup>578</sup> Ibid., p. 58.

<sup>579</sup> Ibid., p. 58.

<sup>580</sup> Ibid., p. 59.

<sup>581</sup> Ibid., p. 59.

<sup>582</sup> Ibid., p. 61.

mente para conceber a lei como instrumento de tutela objetiva da Constituição, mais que de garantia de direitos. Assim, na doutrina francesa ainda prevalece a idéia do direito de vertente única (legislação ordinária ou constitucional), sendo a ciência do direito a mais ligada a atitudes juspositivistas a serviço do direito posto.

Por sua vez, no sistema de controle de constitucionalidade norte-americano (subjetivo), a tutela dos direitos constitui a razão essencial do sistema de justiça constitucional.

Examina também os demais sistemas de controle de constitucionalidade para afirmar que, à exceção da França, a Europa está organizada para garantir um equilíbrio entre as exigências do legislador e dos direitos.

Disso resulta que, se existe a violação de um direito, o ato está, por definição, fora dos limites de delegação recebida, devendo entender-se como mera atuação pessoal do agente.<sup>583</sup>

Ao abordar o significado histórico da Constituição européia dos direitos no segundo Pós-Guerra, a linguagem dos direitos tomou a dianteira a qualquer outro tipo de linguagem, passando a utilizar-se a expressão ‘Estado de direitos’ para expressar essa nova dimensão.<sup>584</sup>

Essa evolução se explica e foi necessária para refutar o totalitarismo fascista e nacional-socialista e a idéia hegeliana do ‘Estado como realidade em ato’, o que permitiu a concepção de ‘razões de Estado’, independentemente dos direitos e das atrocidades cometidas pelo totalitarismo.<sup>585</sup>

Adentra o exame do direito natural para fundamentar os direitos, contudo o refuta afirmando sua incompatibilidade com a democracia atual, ligada à idéia de opinabilidade e ao contraste de projetos.

Desse modo, a solução foi a constitucionalização dos direitos, orientados tanto para a liberdade quanto para a justiça, uma solução que se distancia da tradição estatalista do Estado de direito liberal, assim como do direito natural, ainda que apresente aspectos de ambos.<sup>586</sup>

---

<sup>583</sup> Ibid., p. 63.

<sup>584</sup> Ibid., p. 65.

<sup>585</sup> Ibid., p. 65.

<sup>586</sup> Ibid., p. 68.



#### 4.8.

#### Justiça e lei

Por meio da relação justiça e lei, Zagrebelski busca a superação da redução liberal de justiça como equivalente à lei e do significado da constitucionalização dos princípios de justiça.

Destaca que o traço característico do constitucionalismo do nosso tempo é a fixação de normas constitucionais que contêm princípios de justiça material que informam todo o ordenamento jurídico, mudança esta importantíssima, pois não se concebia no Estado de direito que de princípios se poderia extrair normatividade ou imperatividade, pois eram concebidos como meras proclamações políticas.<sup>587</sup>

Isso ocorreu porque começaram a aparecer conseqüências perturbadoras decorrentes do reconhecimento dos direitos individuais orientados à liberdade, equilibrando direitos individuais e coletivos.

Atualmente, afirma, os princípios de justiça vêm previstos nas Constituições como objetivos que os poderes públicos e também os particulares devem perseguir, constituindo um sistema dinâmico e aberto ao futuro, exigindo do Estado não só impedir, mas também a promover o bem comum empenhando suas próprias forças e a dos sujeitos privados, exigindo de todos atitudes responsáveis para a geração atual e as futuras.

O Estado contemporâneo assim está a transformar-se num Estado constitucional material, chamado a implementar políticas econômicas, sociais e ambientais, orientando as atividades públicas e privadas para a salvaguarda de interesses materiais não disponíveis; uma ordem objetiva prevista para limitar a instabilidade das vontades.<sup>588</sup>

Não se pode reduzir a ordem justa aos direitos, visto que o postulado da justiça pertence a um *ethos*, dominado pelos deveres e não pelos direitos individuais. Assim, resume Zagrebelski, do ponto de vista do direito constitucional, a vida coletiva não é só um conjunto de direitos individuais, mas também uma ordem objetiva que corresponde a idéias objetivas que impõe deveres.<sup>589</sup>

---

<sup>587</sup> Ibid., p. 93.

<sup>588</sup> Ibid., p. 94.

<sup>589</sup> Ibid., p. 95.

Diz que no positivismo jurídico, de origem liberal burguesa, a relação lei-justiça se adequava à relação lei-direitos. Críticas eram feitas a esse sistema, porém tudo que estava fora da previsão legal, da moldura jurídica não era jurídico e constituía ameaça ao ordenamento.

Com a constitucionalização dos princípios de justiça, o primeiro efeito positivo é o de moderar o potencial agressivo, desagregador e destrutivo dos direitos, em particular dos orientados à vontade, pois os direitos e a justiça expressam tendências opostas na vida social: desintegração no primeiro caso e integração no segundo; a ênfase à justiça dissolve as energias individuais que conduzem à imposição do direito dos mais fortes sobre os mais fracos e produz um equilíbrio social melhor.<sup>590</sup>

Realiza importante abordagem sobre a importância do cambiamento da constitucionalização dos princípios de justiça porque uma ‘ordem espontânea’, uma ‘mão invisível’ produz injustiça e desigualdade, manipulação de consciências, dirigismo, controle e uniformização das necessidades na área consumista e até uma maioria modificada por meio da tecnologia genética.<sup>591</sup>

Defende também a superação da atuação estatal do século passado em que o Estado atuava com vistas a garantir a liberdade, a concorrência, a proteção da propriedade e da liberdade econômica ou a eficiência do mercado, para um novo Estado que recupere suas competências políticas e assim possa atender às crescentes expectativas sobre a justa redistribuição sociais e possa evitar os efeitos destrutivos que a combinação ‘economia-tecnologia’ produz sobre os bens sociais, como a vida, a saúde e o meio ambiente. Não pode, portanto, o Estado ser abstencionista ou atuar somente subsidiariamente.<sup>592</sup>

O século XX e seguintes deve ser o século do retorno do político, recuperando a tradição e deslocando a hegemonia que o econômico atualmente detém, não podendo este continuar a ser o único e último horizonte porque é incapaz de uma regulação total da sociedade.<sup>593</sup>

Ressalta ainda que as exigências de justiça reclamam que se ponham limites aos direitos-vontade sob pena de condenar-se a humanidade à própria morte:

---

<sup>590</sup> Ibid., p. 98.

<sup>591</sup> Ibid., p. 99.

<sup>592</sup> Ibid., p. 100.

<sup>593</sup> Ibid., p. 101.

a expansão dos interesses econômicos, multiplicados pelas possibilidades derivadas da tecnologia, tem feito com que o número de valores de justiça que podem entrar em conflito com os direitos econômicos cresceu demasiadamente em relação ao passado: a saúde podendo ser prejudicada por certas formas de organização do trabalho; o meio ambiente, por certos tipos e certos modos de produção; a dignidade do homem pela comercialização de órgãos ou de sua imagem; a livre consciência individual, pelos meios de persuasão oculta; a vida, pela experimentação médica com seres humanos e não humanos vivos; os direitos das gerações futuras ao gozo de condições físicas e afetivas não alteradas arbitrariamente pela tecnologia genética e pelas distintas formas de procriação artificial; a paz, pela produção e comércio de armas que levam consigo a condenação de sua utilização.<sup>594</sup>

Em resumo, o direito constitucional atual atribui novos direitos de justiça aos particulares e atribui ao Estado competências de regulação, restringindo os direitos-vontade.<sup>595</sup>

Os princípios objetivos de justiça servem para obrigar a vontade desejosa de atuar de confrontar-se, moderar-se, curvar-se, aceitar que não é a única força constitutiva do direito, convertendo ela mesma em objeto de um possível juízo de validade.<sup>596</sup>

#### 4.9.

#### A normatividade do direito: normas-princípio e normas-regra

Zagrebelski distingue as normas jurídicas em normas-princípio e normas-regra, examinando o atual estágio do processo de interpretação jurídica entre direitos por regras ou ‘normas-regra’ e direitos por princípios ou ‘normas-princípio’, a relação entre princípios constitucionais e política, bem como a relação entre direito positivo e direito natural, o duplo alcance normativo dos princípios, o caráter prático da ciência do direito e da *juris prudentia* frente à *scientia juris*: o pluralismo dos princípios.

Afirma que a superação do Estado de direito legislativo ou separação entre direitos e justiça provocou uma distinção estrutural das normas jurídicas, entendendo ‘norma’ como algo que ‘deve ser’ ou ‘produzir-se’<sup>597</sup>.

---

<sup>594</sup> Ibid., p. 103.

<sup>595</sup> Ibid., p. 103.

<sup>596</sup> Ibid., p. 106.

<sup>597</sup> Ibid., p. 109.

Distingue as regras (normas-regra) dos princípios (normas-princípio) afirmando que a grandes traços, as regras se identificam com a lei e os princípios com a Constituição. Assim, da separação entre leis e justiça deriva o conceito de regras e princípios, sendo as normas legislativas prevalentemente regras e as normas constitucionais sobre direitos e justiça, prevalentemente princípios.<sup>598</sup>

Ao diferenciar regras e princípios, afirma que somente os princípios desempenham um papel propriamente constitucional, constitutivo da ordem jurídica. As regras, ainda que constantes da Constituição, não passam de leis reforçadas em razão da previsão constitucional. As regras se esgotam em si mesmas, ou seja, não têm força constitutiva além do que prevêem ou prescrevem. Somente às regras se aplicam os variados e virtuosos métodos de interpretação jurídica. As regras exigem sejam obedecidas.

Os princípios, por sua vez, devem ser entendidos em seu *ethos*, exigindo a compreensão do mundo dos valores, das grandes opções da cultura jurídica; a eles se presta adesão.

As regras proporcionam o critério de nossas ações; dizem como se deve, não se deve ou se pode atuar; os princípios, por sua vez, proporcionam critérios para tomar posição diante de situações concretas que a priori parecem indeterminadas. Geram os princípios atitudes favoráveis ou contrárias de adesão e apoio ou de dissenso, reacionando diante do caso concreto.<sup>599</sup>

Assim, a aplicação dos princípios exige o pensar do intérprete; ele não é mais um autômato como se poderia conceber numa sistema regido por regras. A aplicação dos princípios exige uma reação e uma tomada de posição de conformidade com eles.<sup>600</sup>

Adentra Zagrebelski ao exame da relação entre princípios constitucionais e política para superar dúvidas opostas quanto à capacidade dos princípios para operar como verdadeiras normas jurídicas<sup>601</sup>.

Afirma que no Estado de direito liberal o direito por regras era diferente do direito por princípios do direito constitucional contemporâneo e que essa mudança estrutural produz conseqüências muito sérias para a jurisdição, nem sempre tran-

---

<sup>598</sup> Ibid., p. 110.

<sup>599</sup> Ibid., p. 110 et. seq.

<sup>600</sup> Ibid., p. 111.

<sup>601</sup> Ibid., p. 111.

qüilizadoras, pois implicam na renúncia à certeza e à previsibilidade das decisões judiciais, inclusive na posição não engajada dos juízes.

Para o positivismo jurídico, a vagueza das normas-princípio e suas referências a aspirações ético-políticas e promessas irrealizáveis no momento, escondiam um vazio jurídico que produziriam a ‘contaminação das verdadeiras normas jurídicas com afirmações políticas e proclamações de boas intenções. Sequer poderiam ser alegadas perante um juiz, não passando de aspirações frustradas e que alimentavam a desconfiança no direito.<sup>602</sup>

Observa, porém, que as recentes constituições européias superaram tal desconfiança restando vencidas as objeções quanto às normas-princípio; hoje, destaca, as normas-regras são concebidas como a outra face da moeda das normas-princípio contidas na Constituição. Atualmente os momentos constituintes e as constituições democráticas têm justamente a finalidade de ditar princípios que estejam acima dos interesses particulares e permita a convivência de todos.<sup>603</sup>

Ao tematizar direito positivo e direito natural, afirma que a Constituição não é direito natural, mas a manifestação mais alta de direito positivo.<sup>604</sup>

Ressalta que a relação entre direito positivo e direito natural sempre foi um problema, que sempre constituiu um cavalo de batalha das diversas versões do direito natural e que sempre foi visto como perigo para a autoridade da lei; afirma que a positivação do que antes era concebido como prerrogativa do direito natural, qual seja, a determinação da justiça e dos direitos humanos constituem hoje a maior dimensão de orgulho do direito positivo.<sup>605</sup>

Salienta que a interpretação da Constituição adquire cada vez mais o aspecto de uma filosofia do direito, pois seus procedimentos, não obstante estarem vinculados ao direito vigente, não podem desenvolver-se num universo fechado de regras jurídicas, incorporando princípios morais do direito natural.<sup>606</sup>

Enfatiza o duplo alcance normativo dos princípios os quais mesmo para o positivismo centrado nas regras deles não pode prescindir, pois também as regras

---

<sup>602</sup> Ibid., p. 112.

<sup>603</sup> Ibid., p. 113.

<sup>604</sup> Ibid., p. 116.

<sup>605</sup> Ibid., p. 115.

<sup>606</sup> Ibid., p. 116.

não são claras. Assim, para o positivismo, eles exerceriam uma função supletória, integradora ou corretiva das regras jurídicas.<sup>607</sup>

Na época atual, destaca Zagrebelski, os instrumentos de eliminação de antinomias, como o da norma posterior incompatível com a anterior, a de maior hierarquia ou a especial não são suficientes para superar as dúvidas interpretativas, colmatar lacunas ou solucionar contradições aparentemente insolúveis. Não servem, portanto, somente para tais necessidades, contudo exercem uma autônoma razão em face da realidade.<sup>608</sup>

Zagrebelski afirma que

a realidade ao se por em contato com o princípio se vivifica, por assim dizer, e adquire valor. Em lugar de se apresentar como matéria inerte, objeto meramente passivo de aplicação de regras, caso concreto a enquadrar no suposto de fato normativo previsto na regra – como defende o positivismo jurídico – a realidade iluminada pelos princípios aparece revestida de qualidades jurídicas próprias. O valor se incorpora ao fato e impõe a adoção de uma ‘tomada de posição’ jurídica conforme com ele (ao legislador, à jurisprudência, à administração, aos particulares e, em geral, aos intérpretes do direito).<sup>609</sup>

Realiza também uma das mais acirradas críticas ao positivismo jurídico para concluir o equívoco deste em não reconhecer à realidade qualquer valor. Nos ordenamentos jurídicos regidos por normas-princípios ocorre justamente o contrário: os princípios e a realidade estão auto-implicados.

Os equívocos estariam em que

a doutrina do positivismo se baseia na mais rígida incomunicabilidade, no mais rígido dualismo entre ser e dever ser e, desde essa premissa, acusa de incorrer na ‘falácia naturalista’ a todas as concepções que, como aquelas que remetem ao direito natural, pretendem estabelecer uma ponte entre a realidade e o valor, fazendo derivar o atuar do conhecer, a vontade da razão, os juízos de valor dos juízos de fato. O mundo jurídico que é o mundo do ‘dever ser’, isto é, do valor, do atuar e da vontade, seria independente do mundo da realidade, do conhecimento, da razão.<sup>610</sup>

Seu critério de validade não seria a verdade, mas a competência. A norma jurídica válida seria aquela que provém de uma vontade autorizada, com total independência dos conteúdos de dita vontade. A realidade, por si mesma, não pre-

---

<sup>607</sup> Ibid., p. 117.

<sup>608</sup> Ibid., p. 117.

<sup>609</sup> Ibid., p. 118.

<sup>610</sup> Ibid., p. 118.

tenderia nenhuma pretensão jurídica, porque sua ‘verdade’ não teria nada que ver com a vontade que da norma jurídica deriva.<sup>611</sup>

Salienta que qualquer visão naturalista autêntica incorpora a tríade: verdadeiro, justo, obrigatório, em que a partir do ser (do verdadeiro) chega-se ao dever-ser (o obrigatório) por meio do critério da justiça.<sup>612</sup>

Por este pensamento, “a passagem do ser ao dever ser resulta possível porque se assume a justiça como valor. A justiça representa o máximo imperativo ou a norma primária pressuposta de onde deriva qualquer outra a normatividade”.<sup>613</sup>

Afirma Zagrebelski que nos ordenamento jurídicos baseados em princípios tal passagem não depende de um valor reconhecido a priori, como acontece com a doutrina do direito natural, senão de normas de direito positivo.<sup>614</sup>

Assim, ainda que não se estabeleça expressamente, em todo princípio se subentende o imperativo: “tomarás posição frente à realidade conforme ao que proclamo”.<sup>615</sup>

Em conclusão, seja por uma razão teórica de direito natural ou do direito positivo (razão dogmática), a conclusão é a mesma: auto-implicação entre realidade e princípio ou às exigências de caráter jurídico que a realidade leva consigo.<sup>616</sup>

Normatização e ciência do direito não teriam nexos entre si. A produção de normas seria uma atividade irracional. Esse erro do positivismo, ao negar praticidade à ciência do direito, teria como objeto uma mera vontade transcrita em normas e poderia ser definida como uma ciência somente em um sentido secundário ou instrumental ou uma ciência que não domina seus próprios fins. Não seria possível, então, falar de ciência jurídica, mas de mera técnica jurídica a serviço de outra coisa ou de outros.<sup>617</sup>

Da importante distinção entre ciências teóricas e práticas, destaca Zagrebelski o papel destas como a condução do atuar e da vontade ao domínio da

---

<sup>611</sup> Ibid., p. 118.

<sup>612</sup> Ibid., p. 119.

<sup>613</sup> Ibid., p. 119.

<sup>614</sup> Ibid., p. 119.

<sup>615</sup> Ibid., p. 120.

<sup>616</sup> Ibid., p. 120.

<sup>617</sup> Ibid., p. 120.

razão, à determinação das condições de uso da vontade conforme a razão. A reflexão racional tem algo a dizer sobre a orientação da ação.<sup>618</sup>

As críticas realizadas à concepção do direito como ciência prática são suplantadas pela conclusão de que a justiça ‘obriga’, ou seja, de um ‘ser’ iluminado por princípios nasce o ‘dever ser’. A reflexão sobre a realidade, proporciona indicações vinculantes para a vontade. Os argumentos assim não podem traduzir-se em meros disfarces da vontade, mas autênticos chamamentos à comunidade de razão.<sup>619</sup>

Tratando da validade das normas jurídicas, ressalta que o fático e o normativo se interagem, não se sobrepondo um sobre o outro. O direito deve operar em cada caso concreto segundo o valor que os princípios apontam para a realidade. Assim, a validade da norma jurídica não depende somente dela, mas de um ‘direito em ação’; não basta uma ‘validade lógica’, mas uma ‘validade prática’. O direito, por conseguinte, efetivamente vigente não é o que está escrito nos textos, e sim o que resulta do impacto entre a norma em abstrato e suas condições reais de funcionamento.<sup>620</sup>

Dessa forma, as conseqüências práticas do direito são um elemento qualificativo dele mesmo; afirma Zagrebelski que a concepção dos direitos ‘por princípios’ tem os pés na terra e não a cabeça nas nuvens; que essa concepção de direito se preocupa com sua idoneidade para disciplinar efetivamente a realidade conforme o valor que os princípios a ela confere.<sup>621</sup>

Objetiva destacar a necessidade de formação de uma nova jurisprudência e de operadores do direito que saibam trabalhar com um direito principiológico; de operadores do direito que representem princípios e não meramente técnicos e sem interesses.<sup>622</sup>

Assim, contrasta a jurisprudência e a ciência jurídica em face do pluralismo jurídico principiológico, abordando, de plano, a impossibilidade de tratar o direito como uma disciplina lógico-formal. A ciência jurídica preocupada com a racionalidade formal e a jurisprudência, com a racionalidade material ou orientada a conteúdos ou *episteme x phronesis*.

---

<sup>618</sup> Ibid., p. 120 et. seq.

<sup>619</sup> Ibid., p. 121.

<sup>620</sup> Ibid., p. 122.

<sup>621</sup> Ibid., p. 122.

<sup>622</sup> Ibid., p. 123.



Enquanto o critério lógico que impera para as primeiras é o da verdade ou falsidade, para as segundas, aplica-se a progressão quantitativa que vai do menos ao mais apropriado, do menos ao mais oportuno, do menos ao mais adequado e produtivo, o razoável ou o prudente.<sup>623</sup>

Esse segundo critério (principiológico), que deveria desempenhar papel idêntico ao papel dos axiomas nos sistemas da lógica formal é o que deveria imperar em contextos pluralistas em que a persuasão e o discurso devem atuar para alcançar um ponto de máxima realização dos princípios em jogo, com procedimentos leais, transparentes e responsáveis, com a diferença de que nos axiomas relativos às ciências práticas, o sentido comum na vida social está submetido ao efeito do tempo, ou seja, são mutáveis.<sup>624</sup>

Não há, no entanto, uma hierarquia de valores a estruturar os princípios, sob pena de incorrer em uma tirania de princípios ou em contradição com a própria pluralidade da sociedade atual, mas uma prudência em sua ponderação, relativização, concordância prática ou sopesamento entre os bens jurídicos segundo o princípio da proporcionalidade, para que todos se conciliem reciprocamente.<sup>625</sup>

Voltando ao tema das regras observa que estas são aplicáveis à maneira do ‘tudo ou nada’, enquanto a dimensão dos princípios é a do ‘peso e importância’, daí resultando em que a dimensão do direito por princípios é mais idônea à sobrevivência de uma sociedade pluralista que busca a um reequilíbrio constante.<sup>626</sup>

#### **4.10.**

##### **A interpretação jurídica**

Conforme se destacou, para Zagrebelski a interpretação tem um caráter prático: dos métodos de interpretação, dos casos, suas exigências de regulação e a pressão sobre o direito. Trata da desintegração da interpretação e da crise de certeza do direito, do direito de equidade e da crise de jurisdição e do posto do legislador no Estado Constitucional.

---

<sup>623</sup> Ibid., p. 123.

<sup>624</sup> Ibid., p. 124.

<sup>625</sup> Ibid., p. 125.

<sup>626</sup> Ibid., p. 125.

Concebe a interpretação jurídica como a atividade mediadora entre o caso real e a norma jurídica com vistas à busca da norma adequada (ao caso e ao ordenamento jurídico) e o direito como um arsenal de modelos jurídicos concebidos como ‘normas’ que se aplicam sobre a realidade.<sup>627</sup>

Realça que no modelo positivista, obtém-se a regra jurídica aplicável consoante as exigências do próprio direito, ou seja, a realidade aparecia como opaca ou privada de qualquer valor. Determinada a regra, sua aplicação se reduzia a um mecanismo lógico sem qualquer discricionariedade. Se houvesse discricionariedade não havia direito. Eliminava-se a influência do caso sobre a interpretação. A jurisprudência estava a serviço do legislador e à sua vontade. A partir do momento em que o direito passa a ser concebido como uma disciplina prática, tem que atender à lei e à realidade, ou seja, o caso deve estar orientado à norma e esta ao caso, o que evita tanto o casuísmo, originário da prevalência do caso sobre a norma ou de uma ciência puramente teórica, em caso de prevalência da norma, maculando inclusive a concepção do direito como ordenamento.<sup>628</sup>

A eliminação dessas duas faces do interpretar o direito negaria a vinculação da atividade hermenêutica ao direito positivo, transformando-a em resolução equitativa de casos ou negaria seu caráter prático, ao que a transformaria em mera descrição sistemática de regras válidas por si mesmas.<sup>629</sup>

É o caso, o motor que impulsiona o intérprete e aponta a direção, interrogando o direito para obter uma resposta. A partir daí, o intérprete busca a norma e volta ao caso num processo circular denominado de círculo ‘interpretativo’.<sup>630</sup>

Zagrebelski defende que as exigências dos casos contam mais que a vontade legislativa e podem inclusive invalidar a lei. Se tiver que sacrificar as exigências do caso ou da lei é esta que sucumbe, após juízo de constitucionalidade a que a lei é submetida.<sup>631</sup>

Trata dos métodos de interpretação afirmando que não existe um único método de interpretação, sendo o pluralismo de métodos a marca essencial de

---

<sup>627</sup> Ibid., p. 133.

<sup>628</sup> Ibid., p. 132.

<sup>629</sup> Ibid., p. 133.

<sup>630</sup> Ibid., p. 134.

<sup>631</sup> Ibid., p. 134.

nossa cultura jurídica, desde a formulada pela escola histórica como a gramatical, sintática, lógica, histórica e sistemática até a atual principiológica.<sup>632</sup>

Afirma que todo método depende de uma concepção ontológica do direito, exemplificando que a exegética remetia à idéia de um direito como expressão de uma vontade legislativa perfeita e completamente declarada; a interpretação segundo a vontade do legislador, por sua vez, a uma concepção positivista do direito como mera vontade do legislador; a interpretação sistemática, à idéia do direito como sistema; a histórica, à idéia de direito como fato de formação histórica; a sociológica, como sendo o direito produto social e a interpretação conforme cânones de justiça, ao direito natural.<sup>633</sup>

Destaca a impossibilidade de imposição de um método e que quem a esse trabalho se dedica obtém um efeito oposto, o de contribuir para a liberdade interpretativa, incidindo em algo donquixotesco.<sup>634</sup>

A pluralidade de métodos não é um defeito, mas possibilidade de êxito quando se interpreta a lei buscando uma regra adequada. A interpretação legislativa aberta não é um erro que a ciência do direito deva corrigir, é sim um aspecto irrenunciável à vista de seu objetivo.<sup>635</sup>

Os casos e suas demandas de regulação exercem pressão sobre o direito, e o caso, para o juiz ou para a ciência jurídica, é sempre um acontecimento problemático, que exige uma solução, uma resposta jurídica. Para a aplicação e individualização da regra jurídica primeiramente é preciso compreender o caso e seu sentido, outorgando-lhe um ‘valor’ por meio das categorias de sentido e de valor de que dispõe o intérprete.<sup>636</sup> A compreensão do sentido de uma ação se alcança colocando essa ação em relação com os efeitos que se considera que poderá produzir.<sup>637</sup>

Ao examinar o processo de desintegração da interpretação e a crise de certeza do direito, afirma que em nome da certeza do direito se abriu caminho para o arbítrio dos intérpretes, destacando a necessidade da auto-implicação entre norma e caso, sob pena de se girar em um vazio carente de sentido.<sup>638</sup>

---

<sup>632</sup> Ibid., p. 134.

<sup>633</sup> Ibid., p. 135.

<sup>634</sup> Ibid., p. 135.

<sup>635</sup> Ibid., p. 136.

<sup>636</sup> Zagrebelski entende por ‘sentido’ a conexão entre uma ação e seu resultado social.

<sup>637</sup> Ibid., p. 136.

<sup>638</sup> Ibid., p. 136.

Enfatiza que no Estado de direito liberal não se sentia a complexidade da sociedade atual e a interpretação se reduzia na busca das normas queridas pelo legislador: dependia de um contexto cultural homogêneo e de situações sociais muito mais estáveis que as atuais.<sup>639</sup>

Assim, o processo de interpretação hoje está a exigir uma atitude espiritual dos operadores jurídicos que Zagrebelski denomina de razoabilidade, guindada a critério objetivo do direito e não mais como subjetividade do jurista: não absolutismo, tampouco relativismo de razões, mas pluralismo.

A razoabilidade deve ser buscada em dois momentos: seja na categorização dos casos em face de todos os princípios implicados no caso, seja na busca das regras aplicáveis ao caso, individualizada segundo o marco das condições limitadoras do direito como ordenamento jurídico e que responde às exigências do caso.

Indaga, desse modo, se esse caráter duplo da atividade jurisdicional (implicação entre casos e normas) já não está a evidenciar uma incoerência na gestão estatal de um direito que já não é só vontade estatal para concluir que são necessárias reformas que reduzam a distância entre a extraordinária profundidade da criatividade da função judicial e as organizações; ou seja, o Poder Judiciário, cuja característica mais apreciada era a apatia social e o hábito de ocultar as próprias decisões por detrás de uma burocracia.<sup>640</sup>

Critica os juízes dizendo que eles “cultivam uma idéia anacrônica de si próprios, como depositários de conhecimentos eminentemente técnico-jurídicos válidos enquanto tais, afastando-se das expectativas que a sociedade neles deposita sem receber resposta”.<sup>641</sup>

Afirma Zagrebelski que a magistratura no Estado constitucional não pode mais exercer o papel de *‘legisdição’*, ou seja, replicar o que a lei diz, mas efetivamente dizer o direito, ou seja, exercer uma verdadeira jurisdição. Deve ocupar essa magistratura constitucional uma posição dual: uma posição de intermediação entre o Estado (como poder político-legislativo) e a sociedade (sede dos casos e que reivindicam pretensões em nome de princípios constitucionais).

---

<sup>639</sup> Ibid., p. 145.

<sup>640</sup> Ibid., p. 149.

<sup>641</sup> Ibid., p. 150.

Finaliza por relacionar o papel do legislador no Estado constitucional destacando que o constitucionalismo envolve completamente a legislação em uma rede de vínculos jurídicos que deve ser acolhida por todos os juízes.<sup>642</sup>

O legislador deve conformar-se em ver suas leis tratadas como ‘partes’ do direito e não como ‘todo’ o direito, reservando-se a ele o direito de contribuir politicamente para a formação do ordenamento jurídico, alçando-se assim o Estado a um Estado constitucional democrático.

Conclui afirmando que o direito não é propriedade de ninguém, mas objeto do cuidado de todos. Os operadores do direito e o juiz, em particular, têm, assim, uma grande responsabilidade na vida do direito, responsabilidade esta que inexistia nos ordenamentos do Estado de direito legislativo.<sup>643</sup>

Os juízes em particular não são os senhores do direito, mas garantes da complexidade estrutural do direito no Estado constitucional, garantes da necessária e dúctil coexistência entre lei, direitos e justiça.<sup>644</sup>

---

<sup>642</sup> Ibid., p. 150.

<sup>643</sup> Ibid., p. 152.

<sup>644</sup> Ibid., p. 153.

## Hermenêutica jurídica contemporânea: panorama

Concebe-se a contemporaneidade como integrando um paradigma em que a verdade é buscada por um procedimento técnico, um método, consoante a leitura heideggeriana-gadameriana, em que o homem é sujeito da técnica: uma peça à disposição da técnica, um excluído e não um sujeito.

A preocupação do presente trabalho, já pela abordagem zetética escolhida, não é com o método, mas com a verdade, com a concretização do direito, tratando da hermenêutica jurídica cosmopolita de um ponto específico: da realidade (contingente) brasileira.

Assim, não se está preocupado em seguir essa ou aquela teoria, mas por meio do pensamento e da ação e sempre com os pés no chão, buscar, com a hermenêutica jurídica dar a contribuição do jurídico para a transformação de um mundo melhor, assim como pensa Wallerstein.<sup>645</sup>

Não é possível falar-se em hermenêutica jurídica sem se situar, sem ser honesto com a comunidade hermenêutica, transparente como diria Nietzsche e com coragem de revelar as reais intenções; sem expor a visão e o compromisso para com o mundo, com as pessoas e com as coisas permanentes que merecem ser cuidadas.

Para a compreensão do fenômeno hermenêutico precisa-se resgatar com Thomas S. Kuhn a noção de paradigma, considerando que convivem atualmente dois grandes paradigmas: o paradigma representacional ou da consciência, em que o intérprete é um assujeitador dos objetos, e um paradigma intersubjetivo que começa a mostrar seu potencial para dar conta da complexidade da sociedade plural do século XXI – fundado na linguagem - que supera a relação epistemológica

---

<sup>645</sup> WALLERSTEIN, Vozes, 2002.

sujeito-objeto para reconhecer e exigir que a realidade seja integrada no processo hermenêutico, reconhecendo que sujeito e objeto são incidíveis.

Dependendo da concepção paradigmática que o intérprete adotar, consequências relevantes ocorrerão no processo de interpretação das normas jurídicas.

No modelo das regras, as soluções são *prêt-à-porter*, ou seja, a solução do caso se dá segundo a moldura legal existente no ordenamento jurídico, coadjuvado pela discricionariedade do intérprete ou do juiz quando inexistir previsão normativa para a solução do caso, exigindo uma certa subjetividade do intérprete para decidir a dúvida hermenêutica.

No modelo dos princípios, a faticidade (realidade) já é incorporada à interpretação, resultando em soluções mais cheias de sentido, ou seja, nenhuma complexidade fica fora do processo hermenêutico, dando-se a solução por meio da auto-implicação entre caso e texto.

Na concepção paradigmática intersubjetiva, o direito passa a ser concebido como ciência prática, permitindo-se ao intérprete transborde, questione os fundamentos das normas, ou melhor, dê sentido a elas, não por meio de uma posição solipsista assujeitadora e objetificante do texto, mas da pré-compreensão do intérprete e da comunidade de intérpretes, dos vínculos com a tradição, do diálogo, do discurso, das opiniões, do compromisso com a verdade e não com o método, com as instituições, dando-se a interpretação por meio do círculo hermenêutico formado por todos esses vínculos, resultando daí que a hermenêutica filosófica nada tem de relativista.

A hermenêutica filosófica, assim como a hermenêutica jurídica crítica (principiológica) permite ao intérprete-construtor-aplicador-concretizador da norma produzir normas jurídicas conseqüentes permitindo-lhe concluir que a Constituição da República Federativa do Brasil só pode ser uma Constituição de cariz substancialista e dirigente, pois a realidade do povo brasileiro é uma realidade em que as promessas da modernidade ainda não se concretizaram. Dessa forma, não é possível adotar-se uma Constituição meramente procedimental, sob pena de manter-se o *status quo* ignorando as desigualdades, exclusões, déficit de cidadania, etc.

Assim, não se abandona a dogmática tradicional, tampouco a crítica, todavia a ênfase do presente trabalho está na hermenêutica filosófica, pois é dela que se parte para colocar sob o crivo da crítica as soluções/intepretações resultantes

tanto da dogmática tradicional (modelo da subsunção) quanto da dogmática crítica (princípios e regras).

Conforme pensamento de Arendt, Gadamer, Zagrebelski, Dworkin e tantos outros que acompanham este percurso, é possível uma hermenêutica jurídica emancipatória que comece a dar nome às coisas, mostre o que elas são, como elas podem ser desveladas, desocultadas para revelarem normas jurídicas/concretizações normativas mais cheios de sentido.

Desse modo, classifica-se a hermenêutica jurídica contemporânea sob três perspectivas:

- a) dogmática clássica ou tradicional, que combina subsunção e discricionariedade, aplicando-se a adequação da regra ao caso, para os casos que se adequam a uma previsão legal, ou a aplicação da discricionariedade para os casos em que não há acoplamento entre regra e caso;
- b) a dogmática jurídica crítica, construída a partir das insuficiências do positivismo para a solução dos complexos problemas da sociedade do século XXI, culminando na plena juridicidade dos princípios, que passam a incorporar a faticidade (realidade) e sua complexidade;
- c) a hermenêutica jurídica filosófica, de aplicação incipiente no Brasil, e que representa uma guinada copernicana no modo de compreender (interpretar-construir-aplicar-concretizar) o direito, não mais aceitando que alguém dite o sentido das normas, mas concebendo que interpretar não é uma ação reprodutiva, explicitativa, produtiva de sentido, ultrapassando a relação sujeito-objeto (assujeitamento do texto à subjetividade do intérprete), para uma relação intersubjetiva, centrada na linguagem e no círculo hermenêutico (Gadamer).

Importa destacar que a hermenêutica jurídica tradicional está centrada no método, na subsunção do particular a um geral-abstrato universal, em que é o método, o procedimento, que demonstra o acerto ou desacerto da decisão, enquanto a hermenêutica filosófica está preocupada não com a lógica, mas com a verdade, com a atribuição de sentidos à interpretação, reconhecendo a faticidade e a complexidade da vida. A hermenêutica tradicional é irresponsável com as con-



seqüências da interpretação. É uma hermenêutica meramente reprodutiva daquilo que alguém (o legislador) decidiu; é uma hermenêutica meramente replicante.

Por sua vez, a hermenêutica jurídica crítica, a partir do constitucionalismo como projeto político vitorioso, reconhece a dimensão política e axiológica da Constituição, reservando-lhe não somente um papel procedimental, mas principalmente substancial, transformador, compromissado com a efetivação dos direitos fundamentais.<sup>646</sup>

A dogmática jurídica crítica derruba o mito da objetividade do direito e o da neutralidade do intérprete, desfazendo ilusões positivistas ao destacar o papel ideológico do direito e o papel que desempenha como instrumento de dominação econômica e social.<sup>647</sup>

Barroso vai afirmar que passada a fase de desconstrução do direito positivista, a perspectiva crítica se associou à boa doutrina dando ao direito uma dimensão transformadora e emancipatória, incorporando ao direito os valores, a ética, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais, sem desprezar as potencialidades da legalidade democrática.<sup>648</sup>

Tal como Zagrebelski, Barroso concebe o direito como um fenômeno social e, em decorrência disso, a ciência jurídica passa a ser assumida como ciência dos problemas reais, práticos, voltada para resultados concretos e não para sistematizações conceituais abstratas.<sup>649</sup>

A hermenêutica filosófica, por outro lado, não aceita qualquer passividade e a partir da queda de todos os entes soberanos busca na linguagem, na tradição, nas instituições, no círculo hermenêutico, enfim na realidade, compreender (interpretar-construir-aplicar-concretizar) normas jurídicas plenas de sentido nas quais o intérprete passa a ser um ser responsável pelo que faz, pelas conseqüências de suas decisões para a geração da qual participa e para as futuras gerações. Ataca ela a subjetividade do intérprete ou a objetividade do texto concebendo essa cisão (cisão entre texto e realidade) como uma contraposição metafísica centrada no esquema sujeito-objeto.<sup>650</sup>

---

<sup>646</sup> BARROSO, 2004, p. 342.

<sup>647</sup> Ibid., p. 342.

<sup>648</sup> Ibid., p. 342.

<sup>649</sup> Id., 2003, p. 3.

<sup>650</sup> STRECK, 2006, p. 169.

Assim, compreender (interpretar-construir-aplicar-concretizar) o direito passa a ser um modo de ser, substituindo-se a epistemologia pela ontologia da compreensão, passando a exigir-se do aplicador da norma jurídica que passe a onerar-se com a responsabilidade de atribuir sentido às normas jurídicas que produz, concretizando assim as normas constitucionais a partir dos casos concretos que reclamam uma solução justa e garantida pela Constituição, levando assim os direitos a sério como quer Dworkin.<sup>651</sup>

Com isso, o intérprete passa a atribuir sentido à norma jurídica, a partir da incidibilidade entre texto e realidade, não a partir de sua subjetividade, mas da pré-compreensão da impossibilidade de cisão entre texto e realidade, norma, tradição, instituições, inserindo-se no círculo hermenêutico que o impede de criar qualquer norma, de dar qualquer sentido à norma, já que está condicionado primeiramente a compreender o caso que exige uma solução justa, conformada aos princípios fundantes da República Federativa do Brasil, como o princípio da dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza, a pluralidade, a solidariedade, etc., conforme se observa dos artigos 1º, 3º e 4º, 5º, 170, etc.

O direito para a hermenêutica filosófica é parte integrante do caso, resultando em que uma questão de fato será sempre uma questão de direito, o que significa que quando se fala em interpretação, tem-se que saltar para uma outra dimensão: interpretação como concretização de direitos, como *applicatio*.<sup>652</sup>

## 5.1.

### **Evolução do direito e a crise da hermenêutica tradicional**

Na presente seção, analisar-se-á a evolução do direito, com vistas a traçar os fundamentos teóricos e filosóficos no novo direito constitucional brasileiro, a fim de evidenciar a crise pela qual passou o processo de interpretação das normas jurídicas, passando a exigir uma nova metódica de interpretação e aplicação do direito. Essa compreensão implica se perpassar por temas como a modernidade,

---

<sup>651</sup> DWORKIN, 2002.

<sup>652</sup> Ibid., p. 172.

pós-modernidade, positivismo, pós-positivismo, para a melhor compreensão desse processo evolutivo.

Barroso relaciona pós-modernidade e direito, descrevendo que o termo pós-modernidade<sup>653</sup> é um rótulo genérico que abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado; a era da velocidade; a imagem acima do conteúdo; o efêmero e o volátil que parecem derrotar o permanente e o essencial: em síntese, a vivência de uma angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras; uma época pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana, etc.<sup>654</sup>

Destaca que toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, envolvendo fatos que exigem um enquadramento, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um, ou seja, fazem parte da pré-compreensão do intérprete.<sup>655</sup>

Diz que essa paisagem é complexa e fragmentada, a iniciar-se pela queda no plano internacional da decadência do conceito de soberania, de uma ordem mundial fundada no desequilíbrio das relações de poder político e econômico e no controle absoluto pelos países ricos, dos órgãos multilaterais de finanças e comércio.<sup>656</sup>

Enfatiza também a desconstrução do Estado e seu novo papel: o guardião do lucro e da competitividade, um Estado que já não cuida de miudezas como pessoas, seus projetos e sonhos, abandonando o discurso igualitário e emancipatório, resultando com isso no desemprego, no subemprego e informalidade, tornando as ruas lugares tristes e inseguros.<sup>657</sup>

Ressalta ainda que no direito já não se cuida da liberdade individual e de seus limites, como no Estado liberal ou da intervenção estatal e seus limites, como no *welfare state*. Diz que liberdade e igualdade já não são ícones da temporada, vindo a própria lei cair em desprestígio.<sup>658</sup>

Ressalta ainda que o discurso acerca do Estado atravessou ao longo do século XX três fases distintas: a) a pré-modernidade (ou Estado liberal); b) a moder-

---

<sup>653</sup> Para uma detalhada descrição da pós-modernidade, consultar Gilles Lipovetsky (2005, p. 59 et. seq.).

<sup>654</sup> Barroso, 2003, p. 17 et. seq.

<sup>655</sup> Ibid., p. 18.

<sup>656</sup> Ibid., p. 19.

<sup>657</sup> Ibid., p. 19.

<sup>658</sup> Ibid., p. 20.

nidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal), destacando que o desconcertante é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal tampouco moderno. Em síntese: “chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa”.<sup>659</sup>

Ao examinar o tema da razão sem desmerecê-la, aponta os abalos a ela desferidos por Marx e Freud, que em síntese concluíram que a razão divide o palco da existência humana com dois outros fatores: a) a ideologia e b) o inconsciente.<sup>660</sup>

Apesar desses limites, reforça a importância da razão porque ela conserva dois conteúdos de especial valia para o espírito humano: a) o ideal de conhecimento: a busca do sentido para a realidade, para o mundo natural e cultural e para as pessoas, suas ações e obras e b) o potencial de transformação, o instrumento crítico para compreender as condições em que vivem os seres humanos e a energia para interferir na realidade, alterando-a quando necessário.<sup>661</sup>

Destaca que essas reflexões incidem diretamente sobre dois conceitos que integram o imaginário do conhecimento científico: a neutralidade e a objetividade, mas que no domínio das ciências humanas e especialmente no campo jurídico a realização plena de qualquer um deles é impossível, é uma ficção, visto que a neutralidade pressupõe um operador jurídico isento tanto das complexidades da subjetividade pessoal quanto influências sociais: um operador jurídico sem história, sem memória e sem desejo.<sup>662</sup>

Quanto à objetividade, esta também é impossível, uma vez que qualquer objeto está sujeito à interpretação, especialmente para o direito, cuja matéria prima é feita de palavras, significantes e significados, apontando que as possibilidades interpretativas no campo jurídico decorrem ora da discricionariedade atribuída pela norma ao intérprete, ora da pluralidade de significados das palavras, ora da existência de normas contrapostas, que exigem a ponderação de interesses em face do caso concreto.<sup>663</sup>

Observa que a razão do sucesso do direito constitucional primeiramente está em legitimar-se ao conceber a soberania popular na formação da vontade na-

---

<sup>659</sup> Ibid., p. 21.

<sup>660</sup> Ibid., p. 22 et. seq.

<sup>661</sup> Ibid., p. 23.

<sup>662</sup> Ibid., p. 23.

<sup>663</sup> Ibid., p. 24.

cional por meio do poder constituinte; em segundo lugar, por limitar o poder, pela repartição de competências, processos adequados de tomada de decisão e respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias e, em terceiro lugar, por trazer valores, incorporando à Constituição material as conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade.<sup>664</sup>

Assim, a Constituição define a moldura legal dentro da qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça, como por exemplo, os princípios, os fins públicos, os programas de ação, sem conceder-lhe um mandato para voluntarismos de matizes variados.<sup>665</sup>

Ao examinar a superação da dogmática tradicional, contextualiza o surgimento do Estado moderno (século XVI), que se deu sob as ruínas do feudalismo e estava fundado no direito divino dos reis. Afirma que na passagem do Estado absolutista ao liberal, o direito moderno consolida-se no século XIX, já arrebatado pela onda positivista, com *status* e ambição de ciência.<sup>666</sup>

Surgem aí os mitos:

- a) a lei como expressão superior da razão;
- b) a ciência do direito, a teoria geral do direito e a dogmática jurídica como domínio asséptico da segurança e da justiça;
- c) o Estado como fonte única do poder e do direito;
- d) o sistema jurídico como completo e suficiente, passando as lacunas a serem resolvidas pelo costume, pela analogia e pelos princípios gerais do direito;
- e) separa-se o direito da filosofia por uma incisão profunda e a dogmática jurídica volta seu conhecimento para a lei e o ordenamento jurídico, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade;
- f) na aplicação desse direito puro e idealizado, o Estado passa a ser um árbitro imparcial;
- g) a interpretação jurídica passa a ser um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma;

---

<sup>664</sup> Ibid., p. 25.

<sup>665</sup> Ibid., p. 24.

<sup>666</sup> Ibid., p. 27.

- h) o juiz – a boca que pronuncia as palavras da lei – passa a ser um mero revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei e, sendo refém do princípio da separação dos poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo.<sup>667</sup>

Em resumo, conclui Barroso que as características do direito na perspectiva clássica são: a) caráter científico; b) emprego da lógica formal; c) pretensão de completude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete.<sup>668</sup>

Diante da insuficiência desse modelo para solucionar os problemas de uma sociedade que se transforma rapidamente e passa a ser pressionada por novos atores sociais, surge a teoria crítica, a começar pela XI tese de Marx sobre Feuerbach, na qual Marx teria dito que até então os filósofos apenas interpretaram de diversos modos o mundo, chegando o momento de transformá-lo.<sup>669</sup>

Apona que uma das teses fundamentais do pensamento crítico é a admissão de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei e que tem condições de existir independentemente da benção estatal, da positivação e do reconhecimento expresso pela estrutura de poder: o intérprete deve assim buscar a justiça, ainda que não a encontre na lei.<sup>670</sup>

Destaca que a teoria crítica resiste à idéia de completude, de auto-suficiência e de pureza do direito e condena a cisão do discurso jurídico, que se afastou de outros conhecimentos teóricos, como a realidade, a sociologia do direito, a psicanálise, a lingüística, a própria crítica do direito, por meio da filosofia do direito, disciplinas estas que prestam ao universo jurídico uma fecunda colaboração.<sup>671</sup>

Salienta Barroso que a teoria crítica e seu trabalho voltado à desmistificação do conhecimento jurídico convencional trouxe algumas conseqüências problemáticas, tais como: a) o abandono do direito como espaço de atuação das forças progressistas e b) o desperdício das potencialidades interpretativas das normas em vigor, resultando que o mundo jurídico tornou-se um feudo do pensamento

---

<sup>667</sup> Ibid., p. 27.

<sup>668</sup> Ibid., p. 27.

<sup>669</sup> Ibid., p. 29.

<sup>670</sup> Ibid., p. 29.

<sup>671</sup> Ibid., p. 29.

conservador, não se explorando as potencialidades da aplicação das normas de cunho social inscritas na Constituição, inclusive pelo regime militar.<sup>672</sup>

Assim, diz Barroso, é preciso “explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investir na interpretação principiológica fundada em valores, na ética e na razão possível”.<sup>673</sup>

## 5.2.

### **Jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo: o constitucionalismo e a interpretação principiológica**

Importa primeiramente destacar o balanço realizado por Bobbio sobre o positivismo jurídico, por meio do qual Bobbio pretende mostrar os acertos e desacertos das inúmeras críticas dirigidas ao positivismo.

Primeiramente classifica o positivismo jurídico como método, teoria (06 concepções) e ideologia.

Destaca que das seis concepções de teoria (coativa, legislativa, imperativa, coerência do ordenamento jurídico, completude do ordenamento jurídico e interpretação lógica ou mecanicista do direito), as críticas às três primeiras concepções não procedem, pois mostram seu vigor e aplicabilidade até a atualidade. As críticas às três últimas concepções são procedentes, pois a compatibilidade das normas não é um critério de validade; além disso, um ordenamento jurídico não é necessariamente completo, e a interpretação do direito jamais é a aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico.<sup>674</sup>

Afirma que a ordem, a igualdade formal e a certeza foram valores construídos pelo próprio Estado liberal e não por um Estado totalitário. Foram valores reivindicados pelo movimento iluminista contra o Estado autoritário do *Ancien Regime* e realizados pelo Estado liberal democrático do século XIX.<sup>675</sup>

---

<sup>672</sup> Ibid., p. 31.

<sup>673</sup> Ibid., p. 32.

<sup>674</sup> BOBBIO, 1995, p. 236.

<sup>675</sup> Ibid., p. 236.

Vai destacar que ‘dizer que a lei deve ser obedecida’, significava defender a liberdade individual lesada pelos abusos do poder político, que não respeitava a lei, supondo que a lei somente obrigava os cidadãos e não o Estado.<sup>676</sup>

O que Bobbio quer destacar é que o positivismo jurídico foi construído dentro de um contexto (iluminismo) e continua a desempenhar um papel de grande importância na aplicação do direito.

Barroso, por sua vez, realiza importante análise da evolução do direito afirmando que o jusnaturalismo teve sua origem associada à cultura grega. Naquela época Platão já se referia a uma justiça inata, universal e necessária e, posteriormente (1215-1274), com Tomás de Aquino (*Summa Teológica*), para quem existem quatro espécies de leis: a) eterna; b) natural; c) uma lei positiva humana; d) uma lei positiva divina.<sup>677</sup>

Desse modo, observa Barroso, o direito natural se apresenta fundamentalmente em duas versões: a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão.<sup>678</sup>

Destaca que o direito natural se forma a partir do século XVI e procura se livrar do dogmatismo medieval e escapar do ambiente teológico em que se desenvolveu, passando então a dar ênfase na natureza e na razão humanas e não mais na origem divina, dando assim origem a uma cultura laica que começa a ser consolidada a partir do século XVII.<sup>679</sup>

Considera que a modernidade, que se iniciara com a reforma protestante no século XVI, com a formação dos Estados nacionais e com a chegada dos europeus à América, desenvolve-se num ambiente cultural não mais submisso à teologia cristã, crescendo a partir daí o desejo de conhecimento fundado na razão e o de liberdade, em seu confronto com o absolutismo.<sup>680</sup>

Diz que o jusnaturalismo passa a ser a filosofia natural do Direito associando-se ao iluminismo<sup>681</sup> na crítica à tradição anterior, dando substrato jurídico-

---

<sup>676</sup> Ibid., p. 236.

<sup>677</sup> BARROSO, 2001, p. 33.

<sup>678</sup> Ibid., p. 33.

<sup>679</sup> Ibid., p. 34.

<sup>680</sup> Ibid., p. 34.

<sup>681</sup> Observa Barroso (op. cit., p. 34) que para os iluministas (defensores da causa burguesa contra o Antigo Regime), como Descartes, Locke, Montesquieu, Voltaire e Rousseau, somente através da razão o homem poderia alcançar o conhecimento, a convivência harmoniosa em sociedade, a liberdade individual e a felicidade.



filosófico a duas grandes conquistas do mundo moderno: a) a tolerância religiosa e b) a limitação ao poder do Estado.<sup>682</sup>

Assevera que a Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), assim como a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) estão impregnadas de idéias jusnaturalistas, sob a marcante influência de John Locke.<sup>683</sup>

Foram essas idéias insertas nessas Declarações que deram origem ao constitucionalismo moderno, porém o que se viu foi o jusnaturalismo racionalista mais uma vez ao lado do iluminismo num movimento pela codificação do direito no século XVIII, cuja maior realização foi o Código Civil francês, de 1804.<sup>684</sup>

Acentua que completada a revolução burguesa, o direito natural viu-se domesticado e ensinado dogmáticamente tendo tal técnica identificado direito e lei, vindo aí a Escola da Exegese a impor o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, cerceando a atividade criativa do intérprete em nome de uma interpretação pretensamente objetiva e neutra.<sup>685</sup>

Assim, o direito natural, cultivado e desenvolvido há mais de dois milênios, no início do século XIX, havia se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos jurídicos positivos.<sup>686</sup>

Destaca Barroso que, em sentido amplo, o termo positivismo designa a crença ambiciosa na ciência e em seus métodos e, em sentido estrito, identifica o pensamento de Augusto Comte (curso de filosofia positiva), que desenvolveu a lei dos três estados, defendendo que o conhecimento humano havia atravessado três estágios históricos: a) teológico; b) metafísico e c) positivo ou científico.<sup>687</sup>

Diz Barroso que

o positivismo filosófico foi fruto de uma idealização do conhecimento científico, uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana. O homem chegara à sua maioridade racional e tudo passara a ser ciência: o único conhecimetro válido, a única moral, até mesmo a única religião. O universo, conforme divulgado por Galileu, teria uma linguagem matemática, integrando-se a um sistema de leis a serem

---

<sup>682</sup> Ibid., p. 34.

<sup>683</sup> Ibid., p. 35.

<sup>684</sup> Ibid., p. 36.

<sup>685</sup> Ibid., p. 36.

<sup>686</sup> Ibid., p. 36.

<sup>687</sup> Ibid., p. 37.

descobertas, e os métodos válidos nas ciências da natureza deviam ser estendidos às ciências sociais.<sup>688</sup>

Salienta que as teses fundamentais do positivismo filosófico são as seguintes: a) a ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca das causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração; b) o conhecimento científico é objetivo, fundando-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos; c) o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos de conhecimento, inclusive às ciências sociais.<sup>689</sup>

Desse modo, enfatiza, o positivismo jurídico resultou da importação do positivismo filosófico para o mundo do direito, com vistas a criar uma ciência jurídica com características análogas às ciências exatas e naturais, resultando de tal tentativa de objetividade científica a mitigação da especulação filosófica, a cisão do direito da moral e dos valores transcendentais.<sup>690</sup>

Assim, o Direito passa a ser norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa e a ciência do direito, passa a fundar-se em *juízos de fato*, que visam ao conhecimento da realidade e não mais *juízos de valor*, que representam a tomada de posição diante da realidade. Nessa perspectiva, já não se permitem discutir questões como legitimidade e justiça.<sup>691</sup>

Barroso, invocando a Teoria Pura do Direito de Kelsen, aponta as seguintes características do positivismo jurídico: a) aproximação quase plena entre Direito e norma; b) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do Estado; c) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; d) o formalismo: a validade da norma depende do procedimento seguido para sua criação, independentemente do conteúdo, inserindo-se também aqui o dogma da subsunção.<sup>692</sup>

Observa que o Direito não tem e não pode ter uma postura meramente descritiva da realidade, voltada somente a relatar o que existe, cabendo-lhe prescrever

---

<sup>688</sup> Ibid., p. 37.

<sup>689</sup> Ibid., p. 38.

<sup>690</sup> Ibid., p. 38.

<sup>691</sup> Ibid., p. 38.

<sup>692</sup> Ibid., p. 39.

um *dever-ser* e fazê-lo valer nas situações concretas, conformando e transformando a realidade. Em síntese, o Direito não é um dado, mas um construído. A relação entre sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo (entre o intérprete, a norma e a realidade) é tensa e intensa<sup>693</sup>.

Barroso aponta como subprodutos do positivismo jurídico o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos estes que serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados, destacando que o encerramento do debate sobre a justiça na posituação da norma teve um caráter legitimador da ordem estabelecida: “qualquer ordem”.<sup>694</sup>

Vincula a decadência do positivismo à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, enfatizando que estes movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei.<sup>695</sup>

Assim, diz, a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação, passando alguns a denominar essa nova fase de pós-positivista.<sup>696</sup>

Barroso afirma que o pós-positivismo é uma “designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais”.<sup>697</sup>

Não surge como um ímpeto de desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional, guardando deferência ao ordenamento jurídico positivo, contudo nele reintroduzindo as idéias de justiça e de legitimidade.<sup>698</sup>

É o constitucionalismo moderno que tem permitido o retorno aos valores, a reaproximação entre a ética e o Direito. Barroso salienta que

para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a

---

<sup>693</sup> Ibid., p. 39 et. seq.

<sup>694</sup> Ibid., p. 40.

<sup>695</sup> Ibid., p. 40.

<sup>696</sup> Ibid., p. 40.

<sup>697</sup> Ibid., p. 40.

<sup>698</sup> Ibid., p. 41.

comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.<sup>699</sup>

Diz que o que há de singular na dogmática jurídica principiológica atual é o reconhecimento de sua normatividade, passando os princípios a serem a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, espelhando a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins, dando unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas.<sup>700</sup>

Dessa forma, os princípios desempenham os seguintes papéis: a) condensam valores b) dão unidade ao sistema; c) condicionam a atividade do intérprete.<sup>701</sup>

Enfatiza Barroso que a dogmática moderna, particularmente as normas constitucionais, enquadram-se em duas categorias diversas: a) os princípios; b) as regras. Os princípios, com um teor maior de abstração e uma finalidade mais destacada do sistema; já as regras, com um relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem, proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada, aplicando-se predominantemente mediante subsunção do fato à regra.<sup>702</sup>

A solução para o conflito entre regras se resolve por meio dos critérios tradicionais: a) da hierarquia, em que a lei superior prevalece sobre a inferior; b) cronológico, em que a lei posterior prevalece sobre a anterior; c) da especialização, em que a lei específica prevalece sobre a geral.<sup>703</sup>

Observa que em função do princípio da unidade da Constituição, não há hierarquia entre princípios e regras, o que não impede que desempenhem funções distintas dentro do ordenamento jurídico.<sup>704</sup>

Os princípios contêm uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, além de indicar uma determinada direção a seguir. Barroso destaca que numa ordem pluralista há outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos e até contrapostos, dando origem à colisão de princípios, porém, tal colisão faz parte do próprio sistema (dialético), não po-

---

<sup>699</sup> Ibid., p. 41.

<sup>700</sup> Ibid., p. 43.

<sup>701</sup> Ibid., p. 43.

<sup>702</sup> Ibid., p. 43.

<sup>703</sup> Ibid., p. 45.

<sup>704</sup> Ibid., p. 43.

dendo sua incidência dar-se como no caso das regras (tudo ou nada: no plano da validade ou invalidade das normas), mas na dimensão do peso, da importância, da ponderação entre eles.<sup>705</sup>

Resume as idéias de Alexy (regras, como vinculantes de mandados de definição; e princípios, como mandados de otimização), significando que as regras têm natureza biunívoca, só admitindo duas espécies de situação, dado seu substrato fático típico: a) ou são válidas e se aplicam ou b) não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente, não se admitindo gradações. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação.<sup>706</sup>

Já os princípios, comportam-se de maneira diversa. Como mandados de otimização, pretendem ser realizados da forma mais ampla possível, admitindo aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem comprometer sua validade.<sup>707</sup>

Destaca que os limites jurídicos capazes de restringir a otimização do princípio são: a) regras que o excepcionam em algum ponto ou b) outros princípios da mesma estatura e opostos que procuram igualmente maximizar-se, impondo a eventual necessidade de ponderação.<sup>708</sup>

Assim, a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.<sup>709</sup>

Chega então Barroso a concluir que a perspectiva pós-positivista e principiológica do direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional, desenvolvendo-se ao lado dos princípios materiais um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional, como: a) o princípio da supremacia da Constituição; b) o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos emanados do Poder Público; c) o princípio da interpretação conforme a Constituição; d) o princípio da unidade da Cons-

---

<sup>705</sup> Ibid., p. 44.

<sup>706</sup> Ibid., p. 45.

<sup>707</sup> Ibid., p. 45.

<sup>708</sup> Ibid., p. 45.

<sup>709</sup> Ibid., p. 44.

tuição; e) o princípio da razoabilidade e f) o princípio da efetividade da Constituição.<sup>710</sup>

Fundamentando em Theodor Viehweg (Tópica e Jurisprudência, 1979) e em Chaim Perelman (Tratado da Argumentação: a nova retórica, 1996), observa Barroso que do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada, em que a decisão adequada ao caso concreto deve basear-se num conjunto de pontos de vista relevantes para o caso (*topoi*), além da norma, dos fatos, dos valores, das conseqüências, que dialeticamente ponderados permitem a solução justa para a situação concreta examinada, devendo tal solução fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente seus interlocutores, não só os juristas, mas a comunidade como um todo.<sup>711</sup>

Ressalta ainda Barroso que dentre os inúmeros princípios que se vêm construindo, está o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual atualmente se busca fazer transitar de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais, fazendo-se incidir tanto para questões relativas à liberdade e aos valores do espírito quanto para direitos relativos a condições materiais de subsistência.<sup>712</sup>

Salienta que o princípio da dignidade da pessoa humana representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro: o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar. Expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade.<sup>713</sup>

Afirma que o conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais (individuais, políticos e sociais) e seu núcleo material elementar é composto pelo mínimo existencial, conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade.<sup>714</sup>

Já o princípio da razoabilidade (versão norte-americana) ou da proporcionalidade (versão romano-germânica), em que se busca controlar a discricionariedade legislativa e administrativa, permite ao Judiciário invalidar atos administrati-

---

<sup>710</sup> Ibid., p. 47.

<sup>711</sup> Ibid., p. 47.

<sup>712</sup> Ibid., p. 50.

<sup>713</sup> Ibid., p. 51.

<sup>714</sup> Ibid., p. 51.

vos ou legislativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo caminho alternativo para se chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, significando que o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha.<sup>715</sup>

Em resumo, conclui Barroso que o novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores e que a Constituição é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, sendo esse caráter aberto o que permite o enfoque zetético objeto da próxima seção.

Com Carvalho Netto, o constitucionalismo é uma força libertária e emancipadora, plural e incorporador de complexidade, jamais sendo neutro.<sup>716</sup>

### 5.3.

#### Situando a dogmática crítica e a zetética

Impossível iniciar-se falando de dogmática jurídica, de constitucionalismo e interpretação jurídica sem mencionar Kelsen e sua grande contribuição para o direito, especialmente para a jurisdição constitucional<sup>717</sup>, para o direito internacional<sup>718</sup>, para a teoria geral do direito e do Estado<sup>719</sup>, para o estudo do Estado como elemento de integração<sup>720</sup>, por sua famosa Teoria Pura do Direito<sup>721</sup>, além de outras obras.

Não é nosso objetivo trazer para o debate o pensamento de Kelsen, mas apenas assinalar que muitas questões suscitadas por Kelsen,<sup>722</sup> como a interpretação autêntica e não autêntica (interpretação do direito pelo órgão que o aplica ou pela doutrina); as relações de determinação e vinculação entre a Constituição e a lei ou entre a lei e a sentença judicial, evidenciando a margem maior ou menor de ‘livre apreciação’ daquele órgão que vai concretizá-la (e.g. uma ordem de prisão

---

<sup>715</sup> Ibid., p. 50.

<sup>716</sup> CARVALHO NETTO, 2005, p. 44 passim.

<sup>717</sup> KELSEN, 2003a.

<sup>718</sup> Id., 2002.

<sup>719</sup> Id., 1998a.

<sup>720</sup> Id., 2003b.

<sup>721</sup> Id., 1998b.

<sup>722</sup> Ibid., p. 387 et. seq.

depende de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e nem poderia fazê-lo, como ‘quando’, ‘onde’, e ‘como’ concretizará a ordem de prisão); a indeterminação intencional do ato de aplicação do direito (decisão do juiz de aplicar uma pena pecuniária ou pena de prisão ou a permissão para que o juiz pondere fatores atenuantes e agravantes para fixar a pena entre o mínimo e o máximo); o modelo da subsunção (regras); a interpretação como ato de conhecimento e de vontade, etc. são ainda atuais e freqüentemente colocados em confronto com concepções mais adequadas ao modo de vida complexo da sociedade do século XXI, a exemplo do pensamento e obra de Peter Häberle<sup>723</sup> que outorga à sociedade aberta de intérpretes da Constituição a legitimidade para construir a interpretação e aplicação do direito num ambiente plural onde todos e não somente o Judiciário estão legitimados a concretizar a Constituição.<sup>724</sup>

Traçar-se-á na presente seção a distinção entre a dogmática jurídica e a zetética para justificar que o enfoque zetético permite a ampliação do processo hermenêutico pela incindibilidade da filosofia, do político e do jurídico.

Kozicki,<sup>725</sup> a partir de Ferraz Junior,<sup>726</sup> traça um quadro comparativo entre Dogmática e Zetética, da seguinte forma:

---

<sup>723</sup> HÄBERLE, 2002a.

<sup>724</sup> Para uma análise crítica de Kelsen e da Teoria Pura do Direito, consultar Katya Kozicki. (2000, p. 155 et seq.), onde conclui que o grande problema do pensamento de Kelsen foi excluir da teoria do direito o problema da justiça, enquanto problema valorativo, optando pela construção de um sistema jurídico unicamente no mundo do ‘dever ser’, superestimando pressupostos lógicos em detrimento dos pressupostos fáticos; evidencia também os limites da teoria pura, por estar inserida no contexto do positivismo, vindo este a já não mais dar conta da realidade a partir da fragmentação do social, provocando o distanciamento do indivíduo do ordenamento jurídico, não outorgando mais relevância às questões de validade, legitimidade e obediência que para o positivismo seriam questões independentes.

<sup>725</sup> KOZICKI, Katya. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Universidade Federal do Paraná em aulas ministradas no curso de mestrado em direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná nas disciplinas de teoria jurídica contemporânea e hermenêutica jurídica no primeiro e segundo semestre de 2005.

<sup>726</sup> FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 44 et. seq.



**Dogmática**

Sem crítica

Acentua as respostas

Sentido diretivo

Sistema fechado

Sistema finito

Baseada em dogmas inquestionáveis

Disciplinas específicas: civil, penal, etc.

Baseada no positivismo: direito como tecnologia<sup>727</sup>

Abstração: da política, da religião, etc.

**Zetética**

Crítica

Acentua as perguntas

Sentido informativo

Sistema aberto

Sistema infinito: sempre vai se auto-questionar

Baseada em evidências fracas ou fortes

Disciplinas gerais: antropologia, sociologia, filosofia, etc.

Redefine a legitimação da dogmática

Resgate da Zetética

Ferraz Junior,<sup>728</sup> ao analisar a universalidade do fenômeno jurídico no contexto dos enfoques zetético e dogmático, vai dizer que enquanto nas ciências em geral o objeto de estudo é um dado em que o cientista pressupõe como uma unidade, para o jurista, o objeto de estudo é um resultado, que se realiza numa prática interpretativa.

Exemplifica que tanto para um físico quando para um jurista, suas definições são guiadas por critérios de utilidade teórica e de conveniência para a comunicação, mas que para o físico a comunicação tem um sentido meramente informativo,<sup>729</sup> enquanto para o jurista, essa comunicação combina um sentido informativo com um diretivo.

<sup>727</sup> O positivismo pressupõe neutralidade, objetividade, é um sistema descritivo, exato e supõe o afastamento entre sujeito e objeto.

<sup>728</sup> FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 39.

<sup>729</sup> Explica que a comunicação tem **sentido informativo** quando utiliza a linguagem para descrever certo estado de coisas (e.g. esta mesa está quebrada) e **sentido diretivo**, quando a língua é utilizada para dirigir o comportamento de alguém, induzindo-o a adotar uma ação, como por exemplo, 'conserte a mesa' (Ibid., p. 39).

Observa que as definições teóricas do físico são lexicais e se superam à medida que o estado de coisas muda, seja porque se descobre novos aspectos relevantes ou porque o que antes era relevante já não mais o é ou a definição se tornou falsa.<sup>730</sup>

Considera que para o jurista, por outro lado, mesclam-se as duas funções visto que ele informa como se entende e como deve ser entendida tal coisa (e.g. definição de posse). Suas definições teóricas, portanto, são úteis enquanto forem guias para a ação, enquanto forem atuantes. Se já não o forem, o jurista as redefine, conformando o fenômeno jurídico. Exemplifica com o caso da posse em que a posse não é apenas o que é socialmente, mas também como é interpretada pela doutrina jurídica.<sup>731</sup>

Com isso, Ferraz Junior quer dizer que o direito pode ser objeto de teorias básicas e intencionalmente informativas, mas também de teorias ostensivamente diretivas.<sup>732</sup>

Insera os enfoques zetético e dogmático, ângulos sob os quais o direito pode ser estudado.<sup>733</sup>

O enfoque dogmático parte de uma solução já dada e pressuposta. Sua preocupação é com um problema de ação, de como agir. O zetético, por sua vez, ao partir de uma interrogação, está preocupado com um problema especulativo, de questionamento global e progressivamente infinito de premissas.<sup>734</sup>

Assim, o problema é investigado de duas maneiras: ora acentuando o aspecto pergunta (enfoque zetético), ora o resposta (enfoque dogmático). Se o aspecto pergunta é acentuado, os conceitos básicos, as premissas e os princípios (elementos que constituem a base para a organização de um sistema de enunciados que, como teoria, explica um fenômeno) ficam abertos à dúvida, conservando seu caráter hipotético e problemático, não perdendo seu caráter de tentativa, permanecendo abertos à crítica.

---

<sup>730</sup> Ibid., p. 39.

<sup>731</sup> Ibid., p. 40.

<sup>732</sup> Para Ferraz Junior, uma teoria é uma explicação sobre fenômenos que se manifesta sobre um sistema de proposições, podendo essas proposições ter função informativa ou combinar as funções informativa com a diretiva (Ibid., p. 40).

<sup>733</sup> Ibid., p. 40.

<sup>734</sup> Ibid., p. 40.

Ao se enfatizar a resposta, de antemão, determinados elementos são subtraídos à dúvida, postos fora de questionamento, mantidos como soluções não atacáveis, assumidos como insubstituíveis, postos de modo absoluto.

Em síntese, o enfoque dogmático não põe em perigo as premissas de que partem, sendo os problemas assujeitados (objetificados) a elas de forma aceitável.

Desse modo, Ferraz Junior afirma que zetética vem de *zetein*, que significa perquirir, enquanto dogmática vem de *dokein*, que significa ensinar, doutrinar. O enfoque dogmático releva o ato de opinar, ressaltando algumas opiniões. O zetético, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa, explícita e são infinitas, enquanto as dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. No enfoque zetético, o problema tematizado é configurado como um *ser* (que é algo? o que é uma coisa?), enquanto no dogmático, como um *dever-ser* (como deve ser algo? como possibilitar uma decisão e orientar a ação).<sup>735</sup>

No enfoque zetético predomina a função informativa da linguagem, enquanto no dogmático a função informativa combina-se com a diretiva, preponderando a diretiva. A zetética é mais aberta pois suas premissas são dispensáveis, podem ser substituídas se os resultados não são bons, podendo até ficar sem resposta as questões que ela propõe até que as condições de conhecimento sejam favoráveis. A dogmática, por outro lado, é mais fechada, está presa a conceitos fixados, obrigando-se a interpretações capazes de conformar os problemas às premissas e não como na zetética em que são as premissas que se ajustam aos problemas, trocando-se as premissas se essas não servem. Na dogmática, se as premissas não se adaptam aos problemas, os problemas são ‘pseudoproblemas’, são descartados.<sup>736</sup>

Salienta Ferraz Junior que no plano das investigações zetéticas não significa que não haja pontos de partida. Esses pontos existem e são constituídos de um conjunto de enunciados (constatações) que visam a transmitir de modo altamente adequado informações verdadeiras sobre o que existe, existiu ou existirá.<sup>737</sup>

A investigação de natureza zetética se constrói com base em evidências, verificáveis e comprováveis, diferentemente da investigação dogmática que não

---

<sup>735</sup> Ibid., p. 41.

<sup>736</sup> Ibid., p. 42.

<sup>737</sup> Ibid., p. 42.

questiona suas premissas porque elas já foram estabelecidas, por um arbítrio, por um ato de vontade ou de poder.<sup>738</sup>

Assim, Ferraz Junior propõe que uma premissa (zetética) é evidente quando está relacionada a uma verdade, ao passo que é dogmática quando relacionada a uma dúvida, que não podendo ser substituída por uma evidência, exige uma decisão. Para a zetética, admitida sua verdade, ainda que precariamente e sempre sujeita a verificações, enquanto que a dogmática impõe uma decisão sobre algo que continua duvidoso.<sup>739</sup>

Examinando a zetética jurídica, Ferraz Junior vai dizer que o campo de investigações zetéticas do fenômeno jurídico é bastante amplo, tendo como objeto o direito no âmbito da sociologia, da antropologia, da psicologia, da história, da filosofia do direito, da ciência política, da lógica formal das normas, da metodologia jurídica, da teoria geral do direito, da lógica do raciocínio jurídico, etc.<sup>740</sup>

Traz como exemplo a investigação da Constituição, afirmando que do ângulo zetético o fenômeno comporta pesquisas de ordem sociológica, política, econômica, filosófica, histórica, etc.<sup>741</sup>

Em síntese, mostra Ferraz Junior que o pensar dogmático é um saber bitulado pelo princípio da inegabilidade dos pontos de partida e pelo princípio do *non liquet*.<sup>742</sup>

O ato interpretativo dogmático está aprisionado por uma correlação dilemática entre dogma e liberdade, preso pela necessidade de determinar objetivamente os pontos de partida e a possibilidade de se encontrarem diversos sentidos. Em síntese,<sup>743</sup> o desafio kelseniano se traduz pela tensão entre dogma e liberdade.

Entretanto, como decidir dentro de uma moldura normativa que não se preocupa, que não dá a devida importância ou não leve em conta que as decisões devem causar um mínimo de perturbação social, uma moldura em que a realidade não é levada na devida conta?

O jurídico nessa concepção não instrumental, não é mais um meio para atingir um fim, pois um direito instrumentalizado exige justificação e quanto mais

---

<sup>738</sup> Ibid., p. 43.

<sup>739</sup> Ibid., p. 43.

<sup>740</sup> Ibid., p. 43.

<sup>741</sup> Ibid., p. 44.

<sup>742</sup> Ibid., p. 264.

<sup>743</sup> Ibid., p. 264.

os fins objetivados se distanciam no futuro, mais difíceis se tornam os conflitos em termos de decisão, perdendo tal justificação plausibilidade.<sup>744</sup>

O direito instrumental, por meio da dogmática jurídica, ao enfrentar as questões de decidibilidade dos conflitos com um mínimo de perturbação social, fornece esquemas teóricos (sistemas, interpretações e argumentos) que atuam como instrumentos de controle social, mas esse saber instrumental é reconhecido apenas e na medida em que for eficaz no atingimento do fim objetivado. Quanto mais distante e mais difuso o atingimento desse objetivo, tanto maior a exigência de justificação e quanto maior essa exigência, menos plausíveis são seus fundamentos.<sup>745</sup>

O que Ferraz Junior quer destacar, tal qual Arendt, é que com a erosão das tradições culturais em nome da prioridade da eficiência técnica gera-se uma necessidade crônica de legitimação do direito e do saber jurídico em termos de ordem justa.<sup>746</sup>

#### 5.4.

#### **A norma jurídica, linguagem e a virada lingüística**

Na presente seção examinar-se-á como a linguagem passou a constituir-se em um novo paradigma, produzindo uma guinada copernicana no modo de compreender (interpretar-construir-aplicar-concretizar) o direito.

Kozicki examina a hermenêutica jurídica na perspectiva hartiana enxergando-a como uma via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito, concentrando-se na filosofia da linguagem ordinária de Wittgenstein, na teoria dos atos da fala de John Langshaw Austin e na semiologia de Saussure.

Destaca que com Hart supera-se a concepção imperativista do direito, modelo da teoria de John Austin, para quem o direito era um modelo simples de ordens baseado em ameaças.<sup>747</sup>

Araujo de Oliveira situa o quadro evolutivo da linguagem e a divide em quatro fases: a) na fase I, situa-se a semântica tradicional, com Platão, Aristóteles,

---

<sup>744</sup> Ibid., p. 350.

<sup>745</sup> Ibid., p. 350.

<sup>746</sup> Ibid., p. 350.

<sup>747</sup> KOZICKI, 1993, p. 1 passim.

Kutschera, Frege, Carnap e o Wittgeinstein da 1ª fase; b) na segunda fase, da reviravolta pragmática, a partir do Wittgeinstein da segunda fase, Austin, com sua teoria dos atos da fala, tese essa continuada por Searle (teoria dos atos da fala II) e Heidegger; c) numa terceira fase, a da reviravolta hermenêutica da ontologia, com Gadamer, a pragmática transcendental de Apel, a pragmática universal de Habermas e d) na quarta fase, a crítica à pragmática transcendental, com Hösle e sua renovação do idealismo objetivo e Scannone, com o lugar hermenêutico da América Latina.<sup>748</sup>

Destaca Katya Kosicki a divisão da epistemologia da linguagem, com vistas a acentuar a importância da sintaxe, da semântica e da pragmática no processo hermenêutico, observando a autora que essa epistemologia se divide em três fases:<sup>749</sup>

- a) Sintaxe: trata da formação e derivação das formações lingüísticas (as regras de linguagem), da relação dos signos entre si ou da relação das normas com as demais normas: formação e derivação léxica, em que os enunciados obedecem às regras da linguagem. O signo é a menor unidade de análise que existe. O significante e o significado são as duas faces da mesma moeda. O significado é o conteúdo, o fenômeno. A significação é a união entre significante e significado (e.g. livro: união de palavras e objeto físico);
- b) Semântica: a semântica trabalha no plano dos conteúdos: o enunciado com seu conteúdo, a relação dos signos com os objetos que eles designam (a relação entre verdade e validade), cabendo aqui indagar a ‘questão da justiça’;
- c) Pragmática: Trata da utilização que os usuários fazem dos enunciados lingüísticos, da relação dos signos com seus usuários (âmbito da sociologia do direito).

<sup>748</sup> ARAÚJO DE OLIVEIRA, 2001.

<sup>749</sup> KOZICKI, Katya. Aulas ministradas no curso de mestrado em direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná nas disciplinas de teoria jurídica contemporânea e hermenêutica jurídica no primeiro e segundo semestre de 2005.

A linguagem-objeto é a linguagem acerca do que se fala, o objeto de enunciação. Já a metalinguagem é a linguagem que se refere à linguagem-objeto. O plano do direito está no da linguagem-objeto.

A ciência jurídica é a metalinguagem do ordenamento jurídico.

Ressalta o trabalho de Wittgenstein, tanto o da primeira fase, preocupado com a precisão da linguagem, quanto o Wittgenstein da segunda fase (*linguist turn* ou guinada pragmática), em que abandona a expectativa da produção de uma linguagem neutra, idealizada, passando a preocupar-se com os usos da linguagem no cotidiano.

Observa que a ciência se enuncia por proposições (descritiva), enquanto o direito se enuncia por normas imperativas (prescritivas).

Araújo de Oliveira afirma que a virada filosófica em direção à linguagem não significa apenas a descoberta de um novo campo da realidade, mas uma virada da própria filosofia, o que vem a significar uma mudança na maneira de entender a própria filosofia. Passou a ser *o espaço de expressividade do mundo*, a instância de articulação de sua intelegibilidade.<sup>750</sup>

Apel, por sua vez, vai dizer que a linguagem se transformou em interesse comum de todas as escolas e disciplinas filosóficas da atualidade.<sup>751</sup>

A partir da guinada lingüística e da importância para o operador do direito - não mais como objeto, mas como ação, movimento, transformação da realidade - a hermenêutica a ser realizada pela comunidade aberta dos intérpretes da Constituição há de ser uma hermenêutica transformadora, criativa, especialmente em face da realidade periférica em que se vive.

A linguagem passa *de objeto de reflexão* filosófica para a de “*esfera dos fundamentos*” de todo o pensar, e a filosofia da linguagem passa a poder levantar a pretensão de ser a “filosofia primeira”, à altura do nível de consciência crítica de nossos dias. Essa filosofia primeira, portanto, não é mais a pesquisa a respeito da natureza ou das essências das coisas ou dos entes, tampouco a reflexão sobre as representações ou conceitos da consciência ou da razão (teoria do conhecimento), mas *reflexão sobre a significação ou o sentido das expressões lingüísticas, ou do sentido do mundo.*<sup>752</sup>

<sup>750</sup> ARAÚJO DE OLIVEIRA, 2001, p. 12 et. seq.

<sup>751</sup> APEL, 2000, p. 91 et. seq.

<sup>752</sup> ARAÚJO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 12.

Não se fala mais na possibilidade do conhecimento confiável – característica da filosofia moderna – mas *na pergunta pelas condições de possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo.*

Ao deixar de existir mundo que não seja exprimível pela linguagem, ao invés da pergunta pela verdade dos juízos válidos, pergunta-se agora pelo *sentido lingüisticamente articulado*, razão pela qual há a prévia necessidade de esclarecer antecipadamente a questão da linguagem.<sup>753</sup>

Vislumbra-se dessa forma, com a linguagem, o poder criador (*inventio*) de quem aplica – sentido de processo único envolvendo compreensão-interpretação-aplicação-concretização das normas jurídicas, conformada pelos limites da linguagem (limite do mundo), pelos limites impostos pela Constituição e pelas condições empíricas.

Segundo Araújo de Oliveira, não é possível falar em linguagem e pensamento sem falar em Wittgeinstein. Suas questões centrais giraram em torno das seguintes questões: que é a linguagem? que é pensar? qual a relação entre o falar e o pensar? que faz de um sinal físico algo que significa? em que sentido um sinal é expressão do pensamento? como se relacionam linguagem e pensamento ao real?<sup>754</sup>

Se a linguagem tem uma função a cumprir nas relações intersubjetivas, então que estrutura deve ter o mundo e a linguagem para que esta possa cumprir sua função: designativo-instrumentalista-comunicativa da linguagem, conforme concepção fundamental da linguagem do ocidente?<sup>755</sup>

Para Araújo de Oliveira, a tese central de Wittgeinstein é que a linguagem figura o mundo sobre o qual ela fala e a respeito do qual nos informa, considerando mundo a totalidade dos fatos e não das coisas, fatos aqui em contraposição à coisa. O mundo não se fragmenta em coisas independentes umas das outras, mas se compõe de fatos de estrutura complexa. O conceito de coisa para Wittgeinstein é relacional: a coisa só é coisa enquanto elemento de um estado de coisas. Logo, o mundo não é uma coisa ou um amontoado de coisas, já que do mesmo amontoado de coisas podem ser construídos os mais diversos mundos. *Nosso mundo real é*

---

<sup>753</sup> Ibid., p. 13.

<sup>754</sup> Ibid., p. 93.

<sup>755</sup> Ibid., p. 95.



*apenas um ponto no espaço lógico em que são pensáveis outros pontos ou possíveis diversos mundos.*<sup>756</sup>

O conseqüente só tem sentido em razão do antecedente. Cada acréscimo ao dito anteriormente resignifica todo o dito. O subseqüente só ganha sentido com o antecedentemente dito, ou melhor, só a proposição possui sentido e *só em conexão com a proposição um nome tem denotação*. Os nomes são carentes de complementação. Então, diz Araújo de Oliveira, *a análise da linguagem de Wittgeinstein se orienta não nos nomes, mas na sentença*, visto que estes só ganham significação na sentença.<sup>757</sup>

Pela teoria da figuração do mundo de Wittgeinstein, primeiro se transforma o mundo em pensamento e depois em sua expressão lingüística, sendo a expressividade essencial ao pensamento.<sup>758</sup>

Segundo Araújo de Oliveira, Wittgeinstein afirma existir identidade estrutural entre o mundo dos fatos e o mundo do pensamento; portanto, a estrutura do pensamento corresponde à estrutura do mundo e somente quando se realiza tal condição é que se pode dizer que alguém tem pensamentos sobre o mundo, daí Wittgeinstein ter encontrado a resposta ao problema da verdade que responde da seguinte forma: *se as relações no mundo real e no mundo do pensamento são lógicas, a verdade é a relação estrutural entre essas duas relações, acoplando assim, as estruturas das coisas e do pensamento*. Conseqüentemente, *a verdade ou falsidade se decidem pela correspondência ou não do sentido à realidade*.<sup>759</sup>

A semântica de Wittgeinstein tematiza e desenvolve explicitamente os pressupostos ontológicos da semântica tradicional, bem como a tese da correspondência ou da coordenação entre linguagem e realidade que é, sem dúvida, diz ele, uma das teses tradicionais e centrais da semântica do ocidente, isto é, sua teoria da verdade.<sup>760</sup>

Já o Wittgeinstein da 2ª fase, ou da reviravolta pragmática, é um ferrenho crítico da concepção individualista do conhecimento e da linguagem, do método científico cartesiano de dar explicação para tudo. A explicação deve ser substituída pela descrição. O que importa é mostrar (descrever) o verdadeiro em-

---

<sup>756</sup> Ibid., p. 95.

<sup>757</sup> Ibid., p. 96.

<sup>758</sup> Ibid., p. 101.

<sup>759</sup> Ibid., p. 105.

<sup>760</sup> Ibid., p. 114.

prego das palavras, por meio de exemplos, método, portanto *a posteriori* e não *a priori*.<sup>761</sup>

Não existe um mundo em si como prega a tradição, em que podemos conhecer sua estrutura por meio da razão e comunicá-la aos outros por meio da linguagem, mas, pelo contrário, *pela linguagem se pode fazer muito mais coisas do que designar o mundo*. Não existe um mundo independentemente da linguagem e que deveria ser copiado por ela. *Só se tem mundo na linguagem*. No entanto, Wittgenstein não defende uma linguagem ideal uma vez que isto implicaria na construção de um mito. Não existe um ideal lingüístico desligado das situações concretas do uso da linguagem, sendo o contexto sócio-prático que irá determinar o seu sentido. Não há, então, uma significação definitiva, uma ilusão metafísica, sendo sempre provisória.<sup>762</sup>

Supera-se assim o dualismo corpo-espírito, na concepção de indivíduo e do dualismo indivíduo-sociedade na concepção de pessoa humana. Situa-se o homem e seu conhecimento no processo de interação social, levando à consideração a relação entre conhecimento e ação, linguagem e práxis humana, como também à consideração explícita do papel da comunidade humana na constituição do conhecimento e da linguagem humana.

Transpõe, dessa forma, o dualismo epistemológico–antropológico afirmando que *na concepção individualista da consciência e do espírito os indivíduos são reduzidos a mônadas isoladas, com consciências individuais às quais só o indivíduo tem acesso*. Como é possível nessa perspectiva a comunicação humana? como é possível a linguagem como fenômeno social? que sentido tem descrever fenômenos psíquicos, se os outros não têm acesso a essa dimensão?

Trabalha assim Wittgenstein sob uma perspectiva crítica radical à tradição filosófica ocidental da linguagem, sendo essencialmente anti-sistemático, buscando o que constitui a linguagem enquanto linguagem ou especificamente o problema da significação, problema central da teoria ocidental da linguagem humana.<sup>763</sup>

Nessa fase, Wittgenstein observa que o que transforma o puro som em linguagem humana é o *pensamento como ato do espírito*, sendo uma das princi-

---

<sup>761</sup> Ibid., p. 125.

<sup>762</sup> Ibid., p. 127.

<sup>763</sup> Ibid., p. 117.

pais atividades espirituais o *ter-em-mente* (conceder sentido ao falar e fazer com que um fenômeno físico ultrapasse o plano físico e atinja o plano da significação). *O pensar é uma atividade espiritual*, como o ato de falar, corporal. Assim, a linguagem humana tem duas dimensões: a) a manifestação externa dos atos corpóreos da produção dos sons; e b) os acompanhamentos desses atos, no interior do espírito, por atos que lhes conferem significação.<sup>764</sup>

Observa Araújo de Olivera que Wittgenstein faz a seguinte indagação: como é possível a comunicação interpessoal? quando alguém com determinada palavra, significa algo para outro alguém? para que haja realmente comunicação é necessário que este outro compreenda o que é significado. O que é compreender, então? O compreender é o *ter-em-mente*, um ato espiritual, já que tem a ver com o sentido. É a condição de possibilidade do uso reto das palavras.<sup>765</sup>

O que confere significação às palavras é o próprio uso que delas se faz nos diversos contextos lingüísticos e extralingüísticos nos quais são empregadas. Não se nega a existência de atos intencionais, mas de retirar deles o papel da instância doadora de significação das expressões lingüísticas. A compreensão depende da situação histórica em que a frase é usada e não do ato intencional de querer significar. Não há atos autônomos desvinculados do contexto de sentido. Compreender é uma forma de vida na qual se está inserido em virtude do contexto sócio-histórico. A linguagem é uma parte, um constitutivo de determinada forma de vida e sua função é sempre relativa à forma de vida determinada à qual está integrada. É a maneira pela qual os homens interagem, expressão da práxis comunicativa interpessoal.<sup>766</sup>

Segundo Araújo de Oliveira, o que caracteriza o Wittgenstein da segunda fase é que a linguagem é uma atividade humana como andar, passear, colher; logo, há identidade entre linguagem e ação, sendo impossível separar a consideração da linguagem da consideração do agir humano, ou a consideração do agir não pode ignorar a linguagem. O correto uso da palavra, que é aceito como tal na comunidade lingüística que a emprega, este acordo entre os membros de uma comunidade, é que torna a comunicação possível.<sup>767</sup>

---

<sup>764</sup> Ibid., p. 122.

<sup>765</sup> Ibid., p. 123.

<sup>766</sup> Ibid., p. 135.

<sup>767</sup> Ibid., p. 138.

Assim, as expressões lingüísticas têm sentido porque há hábitos determinados de manejar com elas e que são intersubjetivamente válidos. É o hábito que sanciona sua significação determinada e constitui o jogo da linguagem, forma específica da atividade humana. Aqui, diz Araújo de Oliveira, mostra-se com clareza a reviravolta no pensamento de Wittgeinstein, permanecendo a pergunta pela linguagem humana, todavia inserindo como resposta a *linguagem como ação, por meio dos jogos de linguagem*.<sup>768</sup>

Esse jogo se dá não com um indivíduo isolado de acordo com o seu próprio arbítrio, mas conforme regras e normas que ele, juntamente com outros indivíduos, estabeleceu. Constituem essas regras um quadro de referências intersubjetivo que, por um lado determina as fronteiras das ações possíveis, estabelecidas comunitariamente, e, por outro, deixa ao indivíduo, dentro dele, o espaço para as iniciativas.

## 5.5.

### A interpretação sistêmica

Impossível falar de interpretação sistemática sem falar em Norberto Bobbio<sup>769</sup> e Claus Wilhelm Canaris.<sup>770</sup>

Bobbio objetiva com a obra “teoria do ordenamento jurídico” e com a “teoria da norma jurídica” construir uma completa teoria do direito. Parte da “teoria da instituição” (Santi Romano, 1917), teoria esta, segundo ele que teve o mérito de “por em relevo o fato de que se pode falar em Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento” e que o “direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo”.<sup>771</sup>

O objetivo de Bobbio é mostrar como se compreende e se aplica o sistema jurídico, afirmando inicialmente que “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”,

---

<sup>768</sup> Ibid., p. 141.

<sup>769</sup> BOBBIO, 1999.

<sup>770</sup> CANARIS, 2002.

<sup>771</sup> BOBBIO, op. cit., p. 21 et. seq.

à qual se dá o nome de ordenamento e na qual “as regras jurídicas constituem sempre uma totalidade”.<sup>772</sup>

Para Bobbio, fundamentado em Francisco Suárez (1612) e Thon e Binding, o objeto principal da análise e o elemento primeiro da realidade jurídica é a norma em si, que deve ser analisada dentro do sistema como um todo: “considerava-se a árvore, mas não a floresta”.<sup>773</sup>

Elogia Kelsen e sua obra Teoria Geral do Direito e do Estado, por ter tido plena consciência da importância de problemas conexos com a existência do ordenamento jurídico, destacando a importância das perspectivas da nomostática e da nomodinâmica da teoria do direito, em que a nomostática considera os problemas da norma jurídica e a nomodinâmica, os relativos ao ordenamento jurídico.<sup>774</sup>

Ao analisar o ordenamento jurídico e a definição do direito, preocupa-se Bobbio como o modo pelo qual a norma se torna eficaz, a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devam exercê-las e sua execução, afirmando que *essa organização complexa é que forma o ordenamento jurídico* e que só se pode compreendê-lo de forma satisfatória de se se tiver a correta noção de ordenamento jurídico.<sup>775</sup>

Bobbio caracteriza o direito por meio de 04 (quatro) critérios inerentes à norma jurídica: a) critério formal (aquele pelo qual se define o que é o direito por intermédio de qualquer elemento estrutural: normas positivas ou negativas; categóricas ou hipotéticas; e gerais (abstratas) ou individuais (concretas); b) material; c) do sujeito que põe a norma; d) do sujeito ao qual a norma se destina.<sup>776</sup>

Ao examinar o critério formal, afirma que as normas positivas ou negativas, bem como as gerais ou individuais estão presentes em qualquer sistema normativo e não oferecem dificuldades para sua compreensão. Observa também que num sistema normativo existem apenas normas hipotéticas que podem assumir as seguintes formas: a) se queres “A”, deves “B”, segundo a teoria da norma técnica (Ravá) ou das regras finais (Bruneti); b) se é “A” deve ser “B”, em que “A” é o fato jurídico e “B”, a consequência jurídica (teoria do direito como valorização ou

---

<sup>772</sup> Ibid., p. 19.

<sup>773</sup> Ibid., p. 20.

<sup>774</sup> Ibid., p. 21.

<sup>775</sup> Ibid., p.22.

<sup>776</sup> Ibid., p. 23 et. seq.

juízo de qualificação) ou que “A” é o ilícito e “B” a sanção (teoria da norma como juízo hipotético de Kelsen).

Entende por critério material o vasto campo das “ações possíveis”, considerando as normas jurídicas como “ações possíveis”: as que nem são necessárias nem impossíveis, já que uma norma que comandasse uma ação necessária ou uma ação impossível seria inútil, o mesmo ocorrendo com uma norma que proibisse uma ação necessária ou ordenasse uma ação impossível ou inexecutável.

Pelo critério do sujeito que põe a norma, são jurídicas as normas postas pelo poder soberano, aquele acima do qual não existe nenhum outro e que detém o monopólio da força. Conceitua poder soberano como aquele conjunto de órgãos por meio dos quais um ordenamento normativo é posto, conservado e se faz aplicar. Soberania que é definida pelo próprio ordenamento jurídico, já que é por meio do ordenamento que se distribuem competências. Assim, diz Bobbio, poder soberano e ordenamento jurídico são dois conceitos que se referem um ao outro. Quando o direito é definido a partir do conceito de soberania, não se pode conceber a norma de forma isolada, mas o ordenamento como um todo.<sup>777</sup>

A definição do direito por meio do poder soberano, de acordo com Bobbio, já realiza o salto da norma isolada para o ordenamento em seu conjunto.<sup>778</sup>

O direito é o conjunto de regras que se fazem valer ainda que pela força (ordenamento jurídico de eficácia reforçada), afirmando convergirem a teoria do direito como regra coativa e a teoria do direito como emanção do poder soberano.

Pelo critério do sujeito ao qual a norma se destina, jurídica é a norma seguida da convicção ou crença em sua obrigatoriedade, porém, essa obrigatoriedade difere – é mais restritiva – que a concepção de “adesão” de Hart (O Conceito de Direito), afirmando que a *opinio iuris ac necessitatis* é um ente misterioso e advém da convicção de que se a violar ir-se-á ao encontro da intervenção do Poder Judiciário e muito provavelmente da aplicação da sanção.

Uma segunda variante do critério do destinatário é a que concebe que as normas jurídicas são destinadas ao juiz ou àquele ao qual uma norma do ordenamento atribui o poder e o dever de estabelecer quem tem e quem não tem razão, tornando possível a execução de uma sanção.

---

<sup>777</sup> Ibid., p. 25.

<sup>778</sup> Ibid., p. 25.

Ao conceber a unidade do ordenamento jurídico, sua coerência e a concepção do ordenamento jurídico como sistema, Bobbio vai primeiro perguntar se o ordenamento jurídico, além de uma unidade também é um sistema? (unidade sistemática); as normas estão numa relação de coerência entre si? em que condições essa relação é possível?<sup>779</sup>

Tal análise há de ser realizada segundo os dois tipos de sistemas normativos existentes e que servem para justificar uma ordem: o estático e o dinâmico. O estático é aquele em que as normas estão relacionadas entre si como as proposições de um sistema (relacionadas no que se refere ao conteúdo); b) dinâmico – ou formal - é aquele no qual as normas que o compõem derivam umas das outras por meio de sucessivas delegações de poder (pela autoridade que as colocou). Exemplo: pai que ordena ao filho estudar; o filho pergunta porque e o pai responde que é porque o filho tem que aprender (estático-conteúdo da prescrição); se o pai responder que é porque tem que obedecer a teu pai, está-se diante de um sistema dinâmico (forma/autoridade que a colocou).

Bobbio primeiramente relembra Kelsen, que vai dizer que os ordenamentos jurídicos são do segundo tipo e que independem de conteúdo, para criticá-lo dizendo que não é possível chamar-se de sistema a um sistema dinâmico que não se importa com conteúdo e que não é possível julgar a oposição entre duas normas sem examinar seu conteúdo.<sup>780</sup>

Para Bobbio há três significados de sistema: a) sistema dedutivo; b) sistema da jurisprudência sistemática e c) sistema jurídico.

Diz Bobbio, que comumente se utilizam os termos “*sistema dedutivo*”, como aquele em que todas as normas jurídicas daquele ordenamento são deriváveis de alguns princípios gerais (princípios gerais de direito), tal qual os postulados de um sistema científico.<sup>781</sup>

Um outro sistema é o da *jurisprudência sistemática*, com origem na pandectística alemã de Savigny, que considera que a jurisprudência se elevou a um nível tal que pode ser considerada sistemática (porque estudada cientificamente, no sentido de ciências empíricas ou naturais: o procedimento aqui não é a dedução, mas a classificação – reunião de dados fornecidos pela experiência com base

---

<sup>779</sup> Ibid., p. 71.

<sup>780</sup> Ibid., p. 73.

<sup>781</sup> Ibid., p. 77.

em semelhanças para formar conceitos sempre mais gerais até alcançar os generalíssimos que permitiriam unificar todo o sistema dado). Exemplo: teoria do negócio jurídico como relação jurídica (perfeição).

Um terceiro sistema chamado de *sistema jurídico* visa a excluir as normas incompatíveis entre si. Observa Bobbio que num sistema dedutivo, se aparecer uma contradição, todo sistema ruirá; num sistema jurídico, a admissão de um princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, em caso de incompatibilidade entre normas, não a queda de todo o sistema, mas somente de uma ou no máximo das duas. Válidas aqui seriam as normas compatíveis entre si.<sup>782</sup>

Relevante trazer à colação a contribuição de Barbosa ao tratar da relação entre a lógica e o direito, da relação entre o direito e a linguagem, onde examina a unidade, a coerência e a completude do sistema jurídico, trazendo a contribuição da lógica paraconsistente para o direito, cuja função é a de substituir os sistemas clássicos onde estes se mostram insuficientes.<sup>783</sup>

Por sua vez, Canaris, conhecido como o jusfilósofo do relativismo, critica os juristas que pretendem construir um discurso científico integral, como também a jurisprudência analítica que optou pelo positivismo, mesmo que isso tenha implicado no irrealismo metodológico.

Afirma que o direito pertence a uma categoria de realidades dadas por paulatina evolução da sociedade, produto de uma inabarcável complexidade causal que impossibilita explicações integralmente lógicas ou racionais.

Coloca um segundo obstáculo ao discurso integral consistente na incapacidade do formalismo perante a riqueza dos casos concretos. Critica o juspositivismo que não consegue dar conta da complexa, porém inevitável questão das normas injustas, faltando-lhe a capacidade para, perante injustiças ou inconveniências graves vigentes no direito, apontar soluções alternativas.

Sintetiza sua crítica inicial ao formalismo e ao positivismo, exigindo que o discurso científico deve ser integral. Afirma que

o discurso jurídico tem de, como primeira tarefa, ampliar sua base de incidência. Todo o processo de realização de Direito, portanto todos os factores que

---

<sup>782</sup> Ibid., p. 80.

<sup>783</sup> BARBOSA, 2005, p. 76 et. seq.



interferem, justificam ou explicam as decisões judiciais, devem ser incluídos no discurso juscientífico.<sup>784</sup>

Salienta que a autonomização metodológica do direito comportou um alto preço:

o do aparecimento dum metadiscurso que, por objecto, tem não já o direito, mas o próprio discurso sobre o Direito. Surge, então, uma metalinguagem, com metaconceitos e toda uma seqüência abstrata que acaba por não ter já qualquer contacto com a resolução dos casos concretos.<sup>785</sup>

Ressalta que

o sistema científico modifica-se quando tenham sido obtidos novos ou mais exactos conhecimentos sobre do Direito vigente ou quando o sistema objectivo ao qual o científico tem de corresponder, se tenha alterado; o sistema objectivo modifica-se quando os valores fundamentais constitutivos do direito vigente se alterem.<sup>786</sup>

Ao destacar as perspectivas metodológicas na mudança do século, considera Canaris que as regras jurídicas distinguem-se das demais regras sociais, apenas pela sua inclusão assumida num particular processo de decisão, mas que isso não absorve todas as regras, havendo necessidade da junção de elementos reais e suprapositivos para a solução adequada dos casos concretos, destacando a necessidade de uma jurisprudência ética.

Ao criticar o sistema lógico-formal, observa que a tentativa de conceber o sistema de determinada ordem jurídica como lógico-formal ou axiomático-dedutivo está voltada ao insucesso, porque a unidade interna de sentido do direito que opera para o erguer em sistema não corresponde a uma derivação da idéia de justiça do tipo lógico, mas de tipo valorativo ou axiológico. Realizando analogia com uma obra de arte em que o espírito está fora do quadro, relata que os pensamentos jurídicos verdadeiramente decisivos ocorrem fora do âmbito da lógica formal, fora da moldura formal. Esse espírito é trazido para o mundo real por meio da hermenêutica, doutrina do entendimento correto e dos critérios de objetivação dos valores insertos no pensamento jurídico da sociedade tendentes à recondução do valor da justiça e ao princípio da igualdade.

---

<sup>784</sup> CANARIS, 2002, p. 19.

<sup>785</sup> Ibid., p. 19 et. seq.

<sup>786</sup> Ibid., p. 268.

Canaris responde àqueles que poderiam opor que a construção de seu sistema importaria em duas grandezas de justiça: a sistemática e a material, nos seguintes termos:

o sistema como conjunto de valores fundamentais constitutivos para uma ordem jurídica, comporta justamente a justiça material, tal como essa se desenvolve e representa na ordem jurídica positiva; com razão, caracterizou, por isso COING o sistema como a tentativa de ‘comportar o conjunto da justiça com referência a uma determinada forma de vida social num conjunto de princípios racionais e tendo mesmo LARENZ equiparado-o a uma ‘idéia de Direito historicamente concretizada’. Os argumentos sistemáticos, por definição, nada mais representam do que os valores fundamentais da lei pensados, até ao fim, em termos de igualdade e que a sua legitimidade e a sua força reguladora resultam, em simultâneo, da autoridade do Direito positivo e da dignidade do princípio da justiça.<sup>787</sup>

Reconhece as limitações do pensamento sistemático, especialmente quanto à lacuna de valores, reconhecendo que com o auxílio do princípio da igualdade, pensa-se até o fim os valores já existentes, contudo ainda não jurisdiciza os novos valores, devendo permitir-se que esses novos valores adentrem o sistema depois de serem suficientemente debatidos pela sociedade/comunidade jurídica. Logo, não rechaça a legitimidade do pensamento tópico de Theodor Viehweg como instrumento útil para ligar os pensamentos sistemático e a-sistemático (pensar por problemas singulares ou técnica do pensamento problemático), em que a solução de um problema se encontra no ‘sensus communis’ ou no ‘common sense’, tendo a discussão como única instância de controle.

Observa que Viehweg, em seus primeiros escritos (*Topisches und Systematisches Denken in der Jurisprudenz*, NJW, 1966, p. 697 ss.), tinha posição oposta à sua, em que afirmava que a estrutura da ciência do direito não poderia ser captada com o auxílio do pensamento sistemático. Porém, nos últimos escritos de Viehweg este não vê oposição fundamental entre os dois sistemas, tentando incorporar o pensamento sistemático ao tópico criando um ‘sistema tópico’, entretando essa tentativa restou frustrada porque Viehweg não incorpora em sua tese os poucos princípios gerais que constituem a unidade de uma disciplina.<sup>788</sup>

<sup>787</sup> Ibid., p. 190.

<sup>788</sup> Canaris (2002, p. 243 passim) destaca importante crítica de Nicolai Hartman (*Diesseits von Idealismus und Realismus, kantstudien*, vol XXXIX, 1924, p. 160 ss.) à sua tese, pois este nega a existência de um sistema definitivo, afirmando que o sistema é sempre provisório, modificável a todo tempo; portanto, não admite um sistema fechado. Importante observar que Hartman defende um modo de pensar apodítico – aquele em que se pode obter conclusões por meio de postulados

Apesar de relegar a tópica a papel estritamente supletivo à idéia de sistema, reconhece que é possível

atribuir estrutura tópica ao nascimento de novos princípios jurídicos, porque a modificação da consciência jurídica geral que lhes subjaz se realizada, de fato, no processo de ‘discussão’ (ou sentido mais amplo) entre ‘todos ou a maioria ou os sábios – ainda que apenas ‘de certa forma’.

Afirma inexistir alternativa rígida entre os pensamentos tópico e sistemático e que o resultado de um e de outro

determina-se, em termos decisivos, de acordo com a medida das valorações jurídico-positivas existentes – assim se explicando também o facto de a tópica jogar um papel bastante maior em sectores fortemente marcados por cláusulas gerais como o Direito constitucional.<sup>789</sup>

Sintetizam-se a seguir as principais idéias de Canaris sobre o sistema jurídico, destacando-se que os grifos são nossos:<sup>790</sup>

- a) É pressuposto da praticabilidade do pensamento sistemático na ciência do direito e do desenvolvimento de um conceito de sistema especificamente jurídico, que o *sistema possa cumprir uma função significativa na ciência jurídica;*
- b) as características do conceito geral do sistema são a *ordem* e a *unidade*, ordem e unidade estas presentes na correspondência jurídica por meio das idéias da adequação valorativa e da unidade interior do direito, sendo especialmente conseqüências do princípio da igualdade, da tendência generalizadora da justiça e da própria idéia de direito;
- c) uma vez determinado o conceito de sistema com referência às idéias de *adequação valorativa* e *unidade interior do Direito*, deve-se definir o sistema jurídico como “*ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais*”. Também é imaginável uma correspondente *ordem de valores*, de *conceitos teleológicos* ou de *institutos jurídicos*;

---

cuja veracidade seja demonstrável. Já as dialéticas, operam sobre premissas que não podem ser comprovadas, mas mostradas, apresentadas ou intelegidas.

<sup>789</sup> Ibid., p. 277.

<sup>790</sup> Ibid., p. 279.

- d) o sistema é *aberto ao 'sistema científico'*, reconhecendo-se sua *incompletez* e ao *'sistema objetivo'*, reconhecendo-se a *mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais*;
- e) a abertura do sistema jurídico se concilia com pensamento sistemático na ciência do direito, visto que partilha a *abertura do sistema científico com todas as ciências*, pois

enquanto no domínio respectivo ainda for possível um progresso no conhecimento, e, portanto, o *trabalho científico* fizer sentido, nenhum desses sistemas pode ser mais do que um *projecto transitório*. A abertura do *'sistema objetivo'* é, pelo contrário, possivelmente, uma especialidade da Ciência do Direito, pois ela resulta logo do seu objeto, designadamente, da essência do direito como um *fenômeno situado no processo da História e, por isso, mutável*;

- f) enfatiza que a *'abertura do sistema'* é dada por sua *mobilidade*, significando a igualdade fundamental de categoria e a *mútua substitutibilidade dos critérios adequados de justiça*, com a renúncia à formação de previsões normativas fechadas. O sistema móvel permite *conectar rigidez e cláusula geral* conciliando a polaridade entre *'os mais altos valores do direito'* e *'tendência generalizadora'* com a *'individualizadora'*, consistindo num enriquecimento do instrumento legislativo;
- g) entendendo o sistema como uma *ordem teleológica*, daí resulta que o *argumento sistemático representa forma especial de fundamentação teleológica*;
- h) *as normas contrárias ao sistema são nulas, por violarem o princípio da igualdade, pois "as quebras no sistema representam, por definição, contradições de valores, e, com isso, violações da regra da igualdade"*;
- i) a *tópica* tem sua utilidade e deve ser *aplicada naquelas áreas em que faltem valorações e não haja espaço para o pensamento sistemático*.

## 5.6.

### A tópica e a retórica

A tópica não é um método, é um estilo de pensamento: o pensamento problemático. Por trás da tópica está a discussão entre as demonstrações apodíticas e dialéticas, as primeiras aplicáveis à ciência (causalidade, relação e necessidade da coisa) e as segundas, aplicáveis às argumentações retóricas, como é o caso do direito, arte de trabalhar com opiniões opostas e aceitas pela comunidade instaurando entre elas um diálogo que as confronta criticamente visando à busca de soluções prudentes, razoáveis.<sup>791</sup>

A tópica não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção a eles, o que significa que no campo do direito, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, jamais perdendo seu caráter de tentativa.<sup>792</sup>

Como tentativa, as figuras doutrinárias do direito são abertas, delimitadas sem rigor lógico, assumindo significações em função dos problemas a resolver, constituindo ‘fórmulas de procura’ de solução de conflito, como por exemplo, as noções de ‘interesse’, ‘interesse coletivo’, ‘boa-fé’, ‘soberania’, ‘direitos individuais’, ‘legalidade’, ‘legitimidade’, ‘vontade contratual’, ‘autonomia da vontade’, ‘não tirar proveito da própria ilicitude’, ‘in *dúbio pro reo*’, etc.<sup>793</sup>

Viehweg remonta a Vico em que o ponto de partida da tópica é o senso comum, que manipula o verossímil, contrapondo pontos de vista conforme os cânones da tópica retórica, trabalhando com uma série de silogismos, o que permite a profundidade de penetração do pensamento, da fantasia, da memória, a riqueza da linguagem, o amadurecimento do juízo: em uma palavra, a valorização do humano.<sup>794</sup>

---

<sup>791</sup> VIEHWEG, 1979, p. 3.

<sup>792</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>793</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>794</sup> *Ibid.*, p. 20.

Segundo Viehweg, a tópica retórica proporciona sabedoria, despertando a fantasia e a memória, ensinando a considerar um estado de coisas de ângulos diversos, ou seja, descobrir uma trama de pontos de vista.<sup>795</sup>

Destaca Ferraz Junior que Viehweg entende a argumentação jurídica como uma forma típica de raciocínio. Raciocinar juridicamente é uma forma de argumentar e argumentar significa fornecer motivos e razões dentro de uma maneira específica.<sup>796</sup>

Assim, a decisão jurídica aparece como uma discussão racional do discurso, em que o terreno imediato é um problema ou um conjunto deles. Logo, o pensamento jurídico é uma discussão de problemas.

Observa que Viehweg, fundado de Nicolai Hartmann, distingue *problema* e *sistema*, em que *problema* é toda questão que permite mais de uma resposta e pressupõe uma compreensão preliminar e provisória em virtude da qual algo aparece como questão que deve ser levada a sério e para a qual se procura solução.<sup>797</sup>

Sendo o sistema ‘conexão de princípios e derivações’, o problema se insere num sistema com o objetivo de nele encontrar a sua solução.

Há assim uma conexão íntima entre problema e sistema que não impede se acentue um ou outro, surgindo daí dois tipos de pensamento: o pensamento problemático e o sistemático, cingindo-se a diferença entre eles na precedência que se concede a um ou ao outro.<sup>798</sup>

O pensamento sistemático baseia-se na idéia de totalidade, na unidade do sistema jurídico. Do ponto de vista do sistema, os problemas são selecionados como ‘compatíveis’ ou ‘incompatíveis’. Os incompatíveis com o sistema são rechaçados e agrupados como problemas mal colocados ou falsos problemas.

Já no modo de pensar problemático, não se descarta que há um sistema; nem que no modo de pensar problemático esse sistema esteja de forma latente e seja o determinante, havendo aí um inter-relacionamento necessário entre problema e sistema.

---

<sup>795</sup> Ibid., p. 21.

<sup>796</sup> FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 324.

<sup>797</sup> Ibid., p. 324.

<sup>798</sup> Ibid., p. 325.

Destaca que do ponto de vista do pensamento problemático, os sistemas são selecionados conduzindo a uma pluralidade deles sem que o pensamento tente submetê-los a um sistema superior e abarcante.<sup>799</sup>

Asservera Ferraz Junior que Aristóteles procurou restabelecer a distinção entre verdade e opinião, ressaltando a possibilidade do sentido cognoscitivo do discurso, sem olvidar-lhe o sentido ético.<sup>800</sup>

Para Aristóteles, o conhecimento científico verdadeiro era atribuição do conhecimento universal. O particular, na sensação, é sempre ilimitado, portanto, indeterminado. Assim, o progresso era concebido como indo do ilimitado ao limitado. Dessa forma, o universal é um limite “em cuja estabilidade ou determinabilidade repousa a estabilidade da experiência”.<sup>801</sup>

Considera que o universal se diferencia do particular e também do genérico, visto que a generalidade é uma espécie de indeterminabilidade, objeto portanto de um pensamento dialético e não de um pensamento científico ou apodítico, estando a ciência num ponto intermediário entre a particularidade e a generalidade.<sup>802</sup>

Assim, tem-se um pensamento apodítico quando se obtêm conclusões partindo de proposições universais, verdadeiras e primárias ou delas derivadas. Por outro lado, tem-se uma conclusão dialética quando se extrai de opiniões gerais.

Destaca Ferraz Junior que é justamente a ‘discutibilidade’ o cerne das investigações de Viehweg, pois por meio dela o pensamento problemático ganha contornos mais preciosos.<sup>803</sup>

A referência a conexões de problemas exige uma técnica especial em que os problemas são referidos a certos pontos de vista que lhes iluminam os diferentes ângulos e aspectos, surgindo daí uma técnica: a tópica.<sup>804</sup>

A tópica é uma ‘técnica de pensar problemas’, de característica operacional, visando a assinalar sugestões, apontar possibilidades, desvendar caminhos, com vistas a decidir ou preparar uma ação.<sup>805</sup>

---

<sup>799</sup> Ibid., p. 325.

<sup>800</sup> Ibid., p. 326.

<sup>801</sup> Ibid., p. 326.

<sup>802</sup> Ibid., p. 326.

<sup>803</sup> Ibid., p. 326.

<sup>804</sup> Ibid., p. 326.

<sup>805</sup> Ibid., p. 326.

É uma técnica de disputas em que os problemas são postos em função das opiniões, sujeitando-se a ataques e defesas. A discussão passa a ser uma instância de controle das premissas que serão admitidas ou rechaçadas. Em síntese, o problema fundamenta a discussão e a discussão confere ao problema significação e seriedade.<sup>806</sup>

Dessa forma, as demonstrações da ciência seriam apodíticas em oposição às argumentações retóricas, que são dialéticas. Dialéticos são assim argumentos que concluem com base em premissas aceitas pela comunidade como parecendo verdadeiras.<sup>807</sup>

A dialética é uma arte de trabalhar com opiniões opostas, instaurando entre elas um diálogo e confrontando-as criticamente. Enquanto a analítica está na base da ciência, a dialética está na base da prudência.<sup>808</sup>

Desse modo, os conceitos e proposições dos procedimentos dialéticos não são axiomas ou postulados de demonstração, mas *topoi* de argumentação, lugares comuns, fórmulas variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva no confronto de opiniões. A tópica está a serviço da arte da disputa em que as conclusões a que se chega valem pelo efeito obtido, sendo extremamente relevante uma bem feita elaboração de premissas.<sup>809</sup>

Salienta Ferraz Junior que a tópica apareceu, simultaneamente, como uma teoria dos lugares comuns e como uma teoria da argumentação e dos raciocínios dialéticos, portanto uma acepção estrita e outra ampla.<sup>810</sup>

Pela teoria dos lugares comuns, a tópica era, no seio da retórica, um conjunto mais ou menos organizado de categorias gerais, nas quais se agrupavam os argumentos básicos para as técnicas da disputa e da persuasão.<sup>811</sup>

Já pela teoria da argumentação e dos raciocínios dialéticos, a tópica era uma técnica de raciocínios dialéticos, aqueles raciocínios que tinham como premissas opiniões verossímeis (não apodíticas).<sup>812</sup>

---

<sup>806</sup> Ibid., p. 326 et. seq.

<sup>807</sup> Ibid., p. 327.

<sup>808</sup> Ibid., p. 327.

<sup>809</sup> Ibid., p. 327.

<sup>810</sup> Ibid., p. 328.

<sup>811</sup> Ibid., p. 328.

<sup>812</sup> Ibid., p. 328.



Os pontos de vista referidos são os *loci*, os *topoi*, os lugares-comuns, pontos de partida de séries argumentativas em que a razoabilidade das opiniões é fortalecida, não objetivando o pensamento tópico uma totalidade sistematizada.<sup>813</sup>

Parte-se então de conhecimentos fragmentários ou de problemas, entendidos como alternativas para as quais se buscam soluções. O problema é assumido como um dado, como algo que dirige e orienta a argumentação, que culmina numa solução possível entre outras.<sup>814</sup>

Os catálogos de *topoi* obedecem a classificações diferentes nas quais se têm, por exemplo, como lugares-comuns de *qualidade* e *quantidade*, em que pela *qualidade* se ressalta a sabedoria, o prestígio, a inteligência, a originalidade e pela *quantidade* se ressalta a maioria, a generalidade, a normalidade.<sup>815</sup>

Há também os lugares de ordem (superioridade do anterior sobre o posterior; do mais alto sobre o mais baixo), de existência (que afirma a superioridade do existente, do atual, do possível), da essência (a qual considera a superioridade do cerne, do núcleo, do básico, do real sobre o aparente), de pessoa (que afirma a superioridade da personalidade, da autonomia, do mérito, da dignidade).<sup>816</sup>

Assim, diz Ferraz Junior, é impossível deduzir-se uma sistemática dos *topoi*, visto que tal objetivo alteraria a própria intenção da tópica que é assistemática até por necessidade de produção dos efeitos persuasivos da argumentação. Logo, para o pensamento tópico, mais importante que concluir, é buscar as premissas, o que Cícero denominava de *ars inveniendi*.<sup>817</sup>

Sua única instância de controle é a própria discussão, em que o que fica justificado por aceitação é admitido como premissa. Dessa forma, o critério de referência nunca é abstrato, mas localizado e situado.<sup>818</sup>

Colaciona exemplo de Perelman o qual afirma que há um espírito romântico que privilegia o *topoi* da qualidade, como as emoções singulares, o único, o irracional, a elite, o gênio, o louco, etc., como há um espírito clássico que privilegia os *topoi* de quantidade, o que atinge a todos universalmente, a ordem, o frequente, o essencial, a pessoa como gênero, o normal, etc.<sup>819</sup>

---

<sup>813</sup> Ibid., p. 329.

<sup>814</sup> Ibid., p. 329.

<sup>815</sup> Ibid., p. 329.

<sup>816</sup> Ibid., p. 329.

<sup>817</sup> Ibid., p. 329.

<sup>818</sup> Ibid., p. 330.

<sup>819</sup> Ibid., p. 330.

Enfatiza Ferraz Junior que Viehweg considera que há vários modos de irrupção da tópica no direito, como a interpretação, que em razão de seu estilo flexível garante a permanência de uma ordem jurídica em face de certos câmbios sociais no correr do tempo, em que os problemas são os pontos de partida que impedem o enrijecimento das normas interpretadas.<sup>820</sup>

Salienta que a própria interpretação dos fatos exige o estilo tópico, pois os fatos de que cuida o aplicador do direito dependem das versões que lhes são atribuídas.<sup>821</sup>

## 5.7.

### **Hermenêutica é compreensão: é a incidibilidade entre interpretação-construção, aplicação e concretização da norma jurídica**

A compreensão da maneira de *construir-interpretar-aplicar-concretizar* o direito no Brasil irá sofrer uma guinada copernicana a partir do pensamento de Gadamer, especialmente por meio das obras de Lenio Luiz Streck.

A partir de hermenêutica jurídica em crise,<sup>822</sup> jurisdição constitucional<sup>823</sup> e verdade e consenso,<sup>824</sup> além de outras relevantes obras, Streck vem demonstrando a potencialidade da hermenêutica gadameriana e, em ‘verdade e consenso’, aponta vários pontos de convergência entre o pensamento de Gadamer e Dworkin, como o caráter não epistemológico do pensamento de ambos, a não-cisão entre interpretação e aplicação, evidenciando o caráter unitário do compreender, a incorporação da reflexão moral como elemento necessário da decisão judicial, incorporação esta que entende já estar implícita numa Constituição dirigente e principiológica como a brasileira.

‘Verdade e Consenso’ representa um ataque direto à teoria comunicativa de Jürgen Habermas, dizendo Streck, em apertada síntese, que o que se precisa é valorizar a faticidade e não a abstratidade (discursos fundadores prévios, idealizados, contrafáticos); o que se precisa é reconhecer que o Brasil é um país

---

<sup>820</sup> Ibid., p. 330.

<sup>821</sup> Ibid., p. 330.

<sup>822</sup> STRECK, 2004b.

<sup>823</sup> Id., 2002.

<sup>824</sup> Id., 2006.

onde as promessas da modernidade não foram concretizadas, sendo impossível uma teoria procedimental que não reconhece o papel transformador que consta da própria Constituição. Pode-se sintetizar muito grosseiramente a idéia de Streck nessa obra como: a Constituição brasileira precisa ser concretizada para que as promessas da modernidade não continuem a ser meras promessas, mas realidade para o povo Brasileiro. Antes de reformá-la como se pretendem alguns atualmente, é preciso vivê-la, extrair seu potencial jurídico concretizante, conclusão esta que é compartilhada por vários pensadores e constitucionalistas brasileiros e estrangeiros, como Luis Roberto Barroso<sup>825</sup>, Marcelo Neves<sup>826</sup>, Gilberto Bercovici<sup>827</sup>, Friedrich Müller.<sup>828</sup>

Também Ferreira, destacando que a *ontologia do direito* já fora definida por Arthur Kaufmann como *relação entre caso e norma*, analisa a hermenêutica jurídica a partir de uma leitura de Gadamer e Dworkin, enfatizando a unidade entre interpretação e aplicação, em que o caso passa a ser parte de um ‘todo vivo’, onde o interpretar é conhecer e decidir: a compreensão é experiência, e compreender é aplicar.<sup>829</sup>

Importante contribuição também é trazida por Bleicher, ao destacar as três tendências características da hermenêutica contemporânea, quais sejam: a teoria hermenêutica, a filosofia hermenêutica e a hermenêutica crítica, culminando com o embate entre Habermas e Gadamer.

Bleicher coloca em destaque que o ápice atual do confronto hermenêutico se dá entre a hermenêutica crítica de Habermas, virada para o futuro e para a realidade em mudança em vez de sua mera interpretação, e a filosofia hermenêutica, baseada na linguagem e na tradição, na existência de um ‘consenso de apoio’ dado *pela* e por meio da linguagem, pois esta busca não um conhecimento objetivo por meio de processos metodológicos, mas a explicação e a descrição do ser-aí, do estar-aí humano (do *Dasein*), na sua temporalidade e historicidade. Os novos conhecimentos são adquiridos com base nos preconceitos que se submetem aos processos de aprendizagem durante a fusão de horizontes (texto e intérprete). O cientista social ou intérprete e o objeto estão ligados por um contexto de tradição, em

---

<sup>825</sup> BARROSO, 2004.

<sup>826</sup> NEVES, 1994.

<sup>827</sup> BERCOVICI, 2003; Id., 2004a; Id., 2005.

<sup>828</sup> MÜLLER, 2000.

<sup>829</sup> FERREIRA, 2004, p. 13.

que há sempre a existência prévia de uma compreensão do objeto quando se o aborda, sendo impossível iniciar-se o processo de compreensão por meio de um espírito neutro.<sup>830</sup>

Contrapõe também as duas perspectivas para afirmar que a hermenêutica crítica de Habermas, ainda que bem firmada em termos cognitivos, é caracterizada pela idéia reguladora de um verdadeiro consenso, alimentando-se da esperança como preço a pagar por algo melhor do que aquilo que se pode encontrar no presente; enquanto a hermenêutica filosófica da existência humana de Gadamer baseia-se na linguagem e na tradição, levando em conta os reais conflitos existentes no mundo humano.<sup>831</sup>

A principal crítica de Habermas a Gadamer é que a filosofia hermenêutica gadameriana é isenta da crítica não tendo um caráter emancipatório. Bleicher, no entanto, destaca que há uma série de elementos críticos na filosofia hermenêutica como: a) a ‘autonomia do texto’ em face a intenção do autor; b) a presença do elemento de reconstrução quando se lê um texto, fundindo o horizonte do intérprete com o horizonte do texto, em que ambos realizam uma espécie de metamorfose.<sup>832</sup>

Suzan J. Hekman, por sua vez, afirma que a própria perspectiva ontológica constitui-se numa crítica relevantíssima porque o ‘Ser’ deseja sempre aparecer de uma forma diferente, sempre há uma verdade não dita, não revelada que quer mostrar-se, desocultar-se.<sup>833</sup>

Bleicher também analisa a posição de Ricouer sobre o conflito entre Habermas e Gadamer e observa que o que preocupa Ricouer é saber como pode ser evitada a atrofia da ação comunicativa em face do avanço da ação instrumental.

Hekman examina a relação da hermenêutica com a sociologia do conhecimento, realizando comparação entre o pensamento de Gadamer, Foucault e Derrida para mostrar que o desconstrutivismo é crítico, mas não coloca nada em seu lugar, ou seja, não oferece alternativas para o agir humano. A substituição da metafísica da presença realizada por Derrida é arbitrária, caprichosa e nihilista, sendo incapaz de distinguir os preconceitos legítimos dos ilegítimos.<sup>834</sup>

---

<sup>830</sup> BLEICHER, 2002, p. 15.

<sup>831</sup> Ibid., p. 325.

<sup>832</sup> Ibid., p. 325.

<sup>833</sup> HEKMAN, 1990, p. 258.

<sup>834</sup> Ibid., p. 267.

Ressalta Hekman que, diferentemente do desconstrucionismo que nega quaisquer limites à interpretação e aceita a conclusão de que ‘qualquer coisa serve’, Gadamer concebe que a interpretação é definida pela fusão de horizontes de sentido (do texto e do intérprete), o que coloca limites à interpretação e forma a base para ajuizar a correção ou incorreção das interpretações, fornecendo critérios por meio dos quais é possível avaliar a interpretação.<sup>835</sup>

Interpretar passa a ser um ato de mútua obrigação, porque intérprete e interpretado participam no sentido da interpretação. Assim, é a tradição que fornece os meios pelas quais a compreensão é possível na vida social humana. O preconceito cria a possibilidade da própria compreensão humana, revelando a perspectiva ontológica que os seres humanos vivem no seio da tradição e do preconceito, não podendo transcendê-lo.<sup>836</sup>

Dessa maneira, observa Hekman que para Gadamer, diferentemente de Derrida e de Foucault, que concebem a verdade como o resultado de um ‘poder superior’, a verdade é o resultado da tradição, do preconceito, da autoridade, e, especialmente, da razão, sendo impossível ignorarem-se os substratos históricos, sociais e culturais necessários à vida humana, tornando a compreensão humana possível.<sup>837</sup>

Importante destacar que muitos são os autores que tratam da hermenêutica, como Schleiermacher (hermenêutica geral), Dilthey (hermenêutica clássica), Emilio Betti (metaciência da hermenêutica), Heidegger (hermenêutica ontológico-existencial), Bultmann (hermenêutica teológica), Gadamer (hermenêutica dialética), Apel (hermenêutica crítica sob a forma de uma antropologia do conhecimento), Habermas (ciência social dialético-hermenêutica e pretensão universal da hermenêutica), Sandkühler (hermenêutica materialista), Ricouer (hermenêutica fenomenológica e teoria da interpretação), Palmer, dentre outros.

Lalande concebe hermenêutica como a interpretação de textos filosóficos ou religiosos e especialmente a Bíblia. Diz que a palavra se aplica sobretudo à aplicação daquilo que é simbólico.<sup>838</sup>

---

<sup>835</sup> Ibid., p. 267.

<sup>836</sup> Ibid., p. 268.

<sup>837</sup> Ibid., p. 269.

<sup>838</sup> LALANDE, 1999, p. 461.

Abbagnano diz que hermenêutica é qualquer técnica de interpretação e que a palavra é frequentemente usada para indicar a técnica de interpretação da Bíblia.<sup>839</sup>

Abbagnano destaca que Heidegger definia interpretação como o ‘desenvolvimento e a realização efetiva da compreensão’, a ‘elaboração das possibilidades projetadas na compreensão’.<sup>840</sup>

Palmer, por sua vez, salienta seis definições modernas de hermenêutica e aponta trinta teses sobre interpretação da experiência hermenêutica: a) como uma teoria da exegese bíblica; b) uma metodologia filológica geral; c) uma ciência de toda a compreensão lingüística; d) uma base metodológica dos *Geisteswissenschaften* (hermenêutica clássica de Dilthey); e) uma fenomenologia da existência e da compreensão existencial e f) sistemas de interpretação, simultaneamente recoletivos e iconoclásticos utilizados pelo homem para alcançar o significado subjacente aos mitos e símbolos.<sup>841</sup>

Dentre as definições acima, a que se compatibiliza com a perspectiva arendtiana-zagrebeliskiana será a existencial de Heidegger e Gadamer, na qual se irá desenvolver a possibilidade de construção de normas mais cheias de sentido.

Palmer aborda a contribuição de pensadores como Rudolf Bultmann, Friedrich Ast, Friedrich Augsut Wolf, Schleiermacher, Dilthey, E. D. Hirsch, Emilio Betti e especialmente Heidegger e Gadamer, guindando o trabalho de Gadamer a uma posição de grande destaque para o pensamento do século XX e XXI.

Destaca Palmer que a força da argumentação de Gadamer está em ele tomar a experiência da arte como ponto de partida e evidência para fundamentar suas asserções, pois a obra de arte não é mero objeto que se opõe a um sujeito auto-suficiente: a obra de arte age e tem o seu ser autêntico no fato de que, ao tornar-se experiência, transforma aquele que experimenta.<sup>842</sup>

Assim, a arte é a fonte de inspiração para todas as humanidades, visto não ser um jogo de formas puro e sem finalidade que alguns estetas supõe, mas alimento espiritual que obriga as fontes da vida em que se movem a ganhar expressão.<sup>843</sup>

---

<sup>839</sup> ABBAGNANO, 2003, p. 497.

<sup>840</sup> Ibid., p. 580.

<sup>841</sup> PALMER, 1996, p. 43 passim.

<sup>842</sup> Ibid., p. 178.

<sup>843</sup> Ibid., p. 127.

Dá ênfase à luta contemporânea entre Betti e Gadamer sobre o problema hermenêutico, destacando que enquanto Gadamer está preocupado com o que é a interpretação em si mesma, concebendo a compreensão como um ato histórico que está sempre relacionado com o presente, Betti, por sua vez, entende ser possível interpretações objetivamente válidas, perspectiva esta com a qual Gadamer não compartilha porque uma interpretação objetiva implicaria em partir de um ponto de vista exterior à história.<sup>844</sup>

Observa Palmer que Gadamer está preocupado com a descrição do que *é*, a cada ato de compreensão, fazendo portanto ontologia e não metodologia como Betti.

Betti, por outro lado, sempre esteve preocupado com o método. Queria distinguir os diferentes modos de interpretação das disciplinas humanas formulando um corpo básico de princípios com os quais se pudesse interpretar as ações do homem e os objetos.<sup>845</sup>

Buscava Betti o que era prático e útil para o intérprete, pretendendo construir normas que distinguissem a interpretação certa da errada.<sup>846</sup>

Para a hermenêutica jurídica, o pensamento gadameriano tem uma aplicabilidade significativa uma vez que cada interpretação implica uma aplicação no presente.

As perguntas que Gadamer realiza são: a) qual é o caráter ontológico da compreensão? b) que espécie de encontro com o ‘Ser’ está implicado no processo hermenêutico? c) como a tradição e a transmissão do passado entram no ato de compreensão de um texto histórico e o podem moldar?

Betti é um defensor da objetividade e da validação, considerando a hermenêutica como fonte teórica das normas de validação. Já Heidegger e Gadamer, fenomenólogos do evento da compreensão, realçam o caráter histórico do ‘evento’ e, conseqüentemente, as limitações de todas as pretensões a um conhecimento objetivo e a uma validade objetiva.<sup>847</sup>

---

<sup>844</sup> Ibid., p. 55.

<sup>845</sup> Ibid., p. 64.

<sup>846</sup> Ibid., p. 67.

<sup>847</sup> Ibid., p. 73.

Ao examinar o pensamento de Schleiermacher afirma que Schleiermacher, sempre foi um hermenêuta dialogal que não percebeu as implicações criativas da natureza dialógica.<sup>848</sup>

A hermenêutica geral de Schleiermacher ressalta o que é o círculo hermenêutico, afirmando que compreender é uma operação referencial, pois se compreende quando se compara com algo que já se conhece. O que se entende agrupa-se em unidades sistemáticas ou círculos compostos de partes. O círculo como um todo define a parte individual e as partes em conjunto formam o círculo. Exemplo: uma frase como um todo é uma unidade. Compreende-se o sentido de cada palavra quando considera-se-a na sua referência com a totalidade da frase.<sup>849</sup>

Também descreve o pensamento de Dilthey, pensador que encontrou na hermenêutica o fundamento de todas as humanidades e ciências sociais, todas as disciplinas que interpretam as expressões da vida interior do homem, como gestos, atos históricos, leis codificadas, obras de arte, literatura (as *geisteswissenschaften*).

Segundo Palmer, Dilthey determinou que a experiência concreta, histórica e viva, e não a especulação, é que deveria ser o fundamento, o ponto de partida e de chegada, para as humanidades.<sup>850</sup>

Querira Dilthey descobrir uma base metodológica para as humanidades que abandonasse a perspectiva reducionista e mecanicista das ciências naturais e encontrar uma abordagem adequada à plenitude dos fenômenos.<sup>851</sup>

Para compreender a diferença entre as ciências naturais e humanas, Dilthey pensou que tal diferença estaria: a) num problema epistemológico; b) no aprofundamento de nossa concepção de consciência histórica e c) na necessidade de compreender expressões a partir da própria vida.<sup>852</sup>

De acordo com Palmer, Dilthey recusou qualquer metafísica para compreender as humanidades, visto que a natureza da compreensão não é um problema metafísico, mas epistemológico; assim, a metafísica não levaria a resultados universalmente válidos.<sup>853</sup>

---

<sup>848</sup> Ibid., p. 100.

<sup>849</sup> Ibid., p. 99.

<sup>850</sup> Ibid., p. 106.

<sup>851</sup> Ibid., p. 107.

<sup>852</sup> Ibid., p. 107.

<sup>853</sup> Ibid., p. 107.



Para Dilthey, a dinâmica da vida interior do homem é um conjunto complexo de cognição, sentimento e vontade, fatores que não podem sujeitar-se às normas da causalidade e à rigidez do pensamento mecanicista e quantitativo.<sup>854</sup>

Salienta Palmer que Dilthey criticou Locke, Hume e Kant, afirmando que nas veias do sujeito cognoscente construído por esses pensadores não corria verdadeiro sangue e que todos eles restringiram o saber à faculdade cognitiva, separando o sentimento da vontade.<sup>855</sup>

De acordo com Palmer, Dilthey se contrapõe a esses três pensadores afirmando que se percebe, pensa e compreende em termos de passado, presente e futuro, em termos de sentimentos, de exigências morais e imperativos, enfatizando que há uma necessidade óbvia de regresso às unidades significativas presente na experiência vivida, devendo a vida ser encarada em termos de ‘sentido’ e não de poder, pois a vida é a experiência humana conhecida a partir de dentro.<sup>856</sup>

Sentido para Dilthey é aquilo que a compreensão capta na interação essencial recíproca do todo e das partes; não é subjetivo ou uma projeção do pensamento ou do pensar, mas a percepção de uma relação real dentro de um nexo anterior à separação sujeito-objeto feita pelo pensamento.<sup>857</sup>

Desse modo, as categorias da vida não se enraízam numa realidade transcendente, e sim numa realidade da experiência vivida.<sup>858</sup>

Desta forma, para Dilthey, a palavra-chave para os estudos humanísticos era a compreensão, diferentemente da ‘explicação’, aplicável às ciências, pois é a compreensão que permite a abordagem dos fenômenos que unificam o interno e o externo, a compreensão das manifestações da vida.<sup>859</sup>

É a compreensão que se permite se captem as entidades individuais, valorizando-as pelo seu próprio mérito (como nas artes), sem subsumí-las a um geral, a um tipo.<sup>860</sup>

---

<sup>854</sup> Ibid., p. 109.

<sup>855</sup> Ibid., p. 109.

<sup>856</sup> Ibid., p. 109.

<sup>857</sup> Ibid., p. 124.

<sup>858</sup> Ibid., p. 109.

<sup>859</sup> Ibid., p. 112.

<sup>860</sup> Ibid., p. 112.

Para Dilthey, a compreensão é a operação na qual a mente capta ‘a mente’ de outra pessoa, um momento em que a vida compreende a vida e não uma operação puramente cognitiva da mente.<sup>861</sup>

Assim, para entender Heidegger e Gadamer, Palmer destacou primeiramente a grande contribuição de Schleimacher e Dilthey para a hermenêutica.

Uma conseqüência relevante do pensamento de Dilthey é que a compreensão é circular, toma a experiência vivida e nosso próprio horizonte, o que significa que não há um ponto de partida para a compreensão, visto que toda a parte pressupõe as outras partes, não havendo assim compreensão sem pressupostos.<sup>862</sup>

Enfatiza Palmer que os autores que melhor compreenderam o fenômeno hermenêutico foram Heidegger e Gadamer. Importa destacar a crítica de Arendt ao pensamento heideggeriano porque Arendt é a pensadora em que tudo deve vir a público, tudo deve ser legitimado pelo público de uma forma transparente, por meio do discurso, do diálogo e das opiniões, posição esta que a aproxima sobremaneira de Gadamer.

Destaca Palmer que Heidegger usou a palavra hermenêutica para a busca de uma ontologia fundamental, desejando um método que revelasse a vida nos seus próprios termos, querendo com isso pôr em causa toda a metafísica ocidental.<sup>863</sup>

Heidegger viu na temporalidade e historicidade (na faticidade) a natureza do ‘Ser’, ‘Ser’ que se revela na experiência vivida e escapa às categorias conceitualizantes, especializantes e intemporais de um pensamento centrado nas idéias. O ‘Ser’, observa Palmer, era o prisioneiro escondido, esquecido, que Heidegger pretendia libertar.<sup>864</sup>

Para Heidegger, todo o rigor do mundo jamais poderá fazer com que o conhecimento científico se torne uma meta final. A própria filosofia é histórica, uma reconstrução criativa do passado.<sup>865</sup>

Na construção de seu pensamento, Heidegger regressa à fenomenologia, às origens gregas da palavra *phainomenon* ou *phainestai* e logos, em que *phainomenon* significa aquilo que se mostra, o manifesto, o revelado, sendo que o

---

<sup>861</sup> Ibid., p. 120.

<sup>862</sup> Ibid., p. 126.

<sup>863</sup> Ibid., p. 129.

<sup>864</sup> Ibid., p. 130.

<sup>865</sup> Ibid., p. 131.

prefixo *pha* ou *phos* significa luz ou brilho, ‘aquilo em que algo pode tornar-se manifesto, pode tornar-se visível.’<sup>866</sup>

Assim, *Phemomena* é o conjunto daquilo que se revela à luz do dia, ou que pode ser revelado, aquilo que é (*ta onta*).<sup>867</sup>

Por sua vez, *logia* significa *logos*, aquilo que é transmitido na fala; deixar que algo apareça, não associando a palavra *logos* a razão ou fundamento, mas ‘função da fala’, que torna possíveis, quer a razão quer o fundamento.<sup>868</sup>

Logos (fala), então, não é um poder dado à linguagem por aquele que a utiliza, é um poder que a linguagem dá a essa pessoa, um meio que ela tem de ser captada por aquilo que por meio da linguagem se torna manifesto.<sup>869</sup>

Dessa maneira, diz Palmer, a combinação de *phainestai* e *logos*, enquanto fenomenologia, significa deixar que as coisas se manifestem como o que são, do que resulta que não somos nós que indicamos as coisas, mas são as coisas que se nos revelam.<sup>870</sup>

O que isso resulta para o processo hermenêutico e para a relação sujeito-objeto que ainda nos domina? Resulta que a interpretação não se funda na consciência humana e nas categorias humanas, mas na manifestação da coisa com que se depara, da realidade que vem ao nosso encontro.<sup>871</sup>

Contudo, Heidegger estava preocupado com metafísica e com o tema do ‘Ser’. Indagou-se se o método por ele pensado poderia acabar com a subjetividade e com o caráter especulativo da metafísica; se poderia aplicar-se à questão do ‘Ser’, situação que se complicava porque o ‘Ser’ não é um fenômeno, mas algo amplo e indefinível, nunca podendo tornar-se verdadeiramente um objeto para nós, não é uma compreensão fixa, mas se forma historicamente, acumulando-se com a experiência de quem encontra fenômenos.<sup>872</sup>

Dessa forma, a ontologia se transforma em fenomenologia, devendo voltar-se para os processos de compreensão e interpretação pelos quais as coisas apa-

---

<sup>866</sup> Ibid., p. 132.

<sup>867</sup> Ibid., p. 132.

<sup>868</sup> Ibid., p. 133.

<sup>869</sup> Ibid., p. 133.

<sup>870</sup> Ibid., p. 133.

<sup>871</sup> Ibid., p. 133.

<sup>872</sup> Ibid., p. 133.

recem, devendo a ontologia, enquanto fenomenologia do ‘Ser’, tornar-se uma hermenêutica da existência, revelando o que estava escondido.<sup>873</sup>

Heidegger assim diz que hermenêutica é aquela função anunciadora fundamental pela qual o *Dasein*<sup>874</sup> torna conhecido para si a natureza do ‘Ser’.<sup>875</sup>

A essência da hermenêutica está no poder ontológico de compreender e interpretar, o poder que torna possível a revelação do ‘Ser’ das coisas e as possibilidades do próprio ‘Ser’ do *Dasein*.<sup>876</sup>

Destaca Palmer que para Heidegger a compreensão é o poder de captar as possibilidades que cada um tem de ser, no contexto do mundo vital em que cada um de nós existe. A compreensão não é algo que se possui, mas um elemento ou modo de ser-no-mundo, uma existencialidade.<sup>877</sup>

Ao tratar do mundo e das nossas relações com os objetos do mundo, observa que só o homem tem mundo e que mundo e compreensão são coisas inseparáveis da constituição ontológica da existência do *Dasein*.<sup>878</sup>

Diz Palmer que Heidegger defende a impossibilidade de uma interpretação sem pressupostos, juntando a hermenêutica à ontologia existencial e à fenomenologia, apontando para um fundamento da hermenêutica que não se baseia na subjetividade, mas na faticidade do mundo e na historicidade da compreensão.<sup>879</sup>

Trazendo à colação a doutrina da verdade de Platão (alegoria da caverna, que sugere que a verdade é desocultação, pois saímos da caverna para a luz para depois retornarmos à caverna), considera Palmer que para Heidegger, a concepção de verdade como ‘correspondência’ acabou por predominar sobre a concepção dinâmica de verdade como ‘desocultação’.<sup>880</sup>

Observa Palmer que para Platão, o ‘Ser é aquilo que ‘é’, destacando que segundo Heidegger, a verdade se transformou em ‘visão correta’ e o pensamento, numa questão de colocação de idéias face à visão da mente, transformando-se em manipulação adequada das idéias. Assim, destaca: “com esta visão do pensamento e da verdade, armou-se o palco para todo o desenvolvimento da metafísica

---

<sup>873</sup> Ibid., p. 133.

<sup>874</sup> HEIDEGGER, 1991, p. 48: ‘ser-o-aí’ e ‘o-lá’, ‘desvelamento’, ‘abertura’; ‘ser-aí’: situação existente, entificada.

<sup>875</sup> Ibid., p. 134.

<sup>876</sup> Palmer, 1996, p. 135.

<sup>877</sup> Ibid., p. 135.

<sup>878</sup> Ibid., p. 137.

<sup>879</sup> Ibid., p. 141.

<sup>880</sup> Ibid., p. 147.

ocidental, para a abordagem teórica da vida, ideologicamente em termos de idéias”.<sup>881</sup>

Com tal transformação, em que tudo passa a ser ordenado de acordo com a concepção das idéias e da ideação e com o conceito de razão, perdeu-se a concepção primitiva da verdade como revelação.<sup>882</sup>

Com isso, salienta Palmer, o homem ocidental já não sente o ser como algo que constantemente aparece e desaparece do seu alcance, mas sob a forma de uma presença estática de uma idéia, tornando-se algo que se vê (*orthotes*), adequação entre percepção e asserção.<sup>883</sup>

A conseqüência disso para o pensamento está em que o pensamento que visa a uma verdade já não se fundamenta na existência, mas na percepção de uma idéia, não sendo mais o ‘Ser’ conhecido em termos de experiência vivida, mas de idéia, estaticamente, como presença constante e atemporal.<sup>884</sup>

Diz Palmer que foi sobre esse rochedo que o ocidente construiu a metafísica e a teologia.<sup>885</sup>

Lembra a conferência realizada por Heidegger, em 1938, intitulada “a fundamentação da imagem moderna do mundo pela metafísica”, em que Heidegger traça as conseqüências que essa concepção de verdade e de pensamento produziu ao unir-se com a perspectiva cartesiana (certeza racional entre aquele que conhece e o que é conhecido), do que resultou que cada ‘Ser’ apenas o ‘é’ em termos da polaridade ‘sujeito-objeto’, entre a consciência e os objetivos da consciência.<sup>886</sup>

O que é conhecido não é visto como uma entidade ontologicamente independente que se apresenta tal qual ‘é’, revelando-se-nos e manifestando-se-nos no poder que tem de existir. O conhecido passa a ser encarado como objeto, como algo que o sujeito consciente apresenta a si próprio. Desse modo, o estatuto do mundo passa a fundamentar-se na subjetividade humana, centrando-se no sujeito e a filosofia a fundamentar-se na consciência.<sup>887</sup>

Afirma Palmer que Heidegger denomina isso de síndrome do subjetismo moderno, dando ao termo subjetismo maior amplitude que o de subjetividade, ao

---

<sup>881</sup> Ibid., p. 147.

<sup>882</sup> Ibid., p. 148.

<sup>883</sup> Ibid., p. 148.

<sup>884</sup> Ibid., p. 148.

<sup>885</sup> Ibid., p. 148.

<sup>886</sup> Ibid., p. 148.

<sup>887</sup> Ibid., p. 149.

significar que o mundo passa a ser considerado como sendo essencialmente medido pelo homem, passando o mundo a ter sentido apenas relativamente ao homem, cuja tarefa é dominá-lo.<sup>888</sup>

Quais as conseqüências desse subjetismo? Em primeiro lugar, destaca Palmer, as ciências ganham relevo porque servem à vontade de domínio do homem. Por outro lado, se no subjetismo o homem não reconhece qualquer meta ou sentido que não estejam fundamentados na sua própria certeza racional, fica fechado o círculo do próprio mundo em que se projeta.<sup>889</sup>

As conseqüências disso para todas as áreas do saber são devastadoras, pois todos os objetos de arte passam a ser vistos como objetificações da subjetividade, assim como a cultura que passa a ser uma objetificação coletiva. Onde tudo passa a ser fundado no homem, nada mais é encarado como uma resposta à atividade de Deus ou do Ser. Perde-se assim o sentido de sacralidade das coisas e o estatuto delas reduziu-se à utilidade que tem para o homem.<sup>890</sup>

Assim, diz Palmer, para o subjetismo, um valor “é algo que se coloca sobre os objetos do mundo, como se fosse uma camada de tinta”. A verdade assim não passa de correção, de certeza de que o juízo sobre algo corresponde ao modo como o objeto se nos apresenta, daí resultando que os grandes sistemas metafísicos não passam de expressões da vontade, formulados em termos de razão (Kant), de liberdade (Fichte), de amor (Schelling) ou vontade de poder (Nietzsche).<sup>891</sup>

Enfatiza Palmer que a vontade de poder que se fundamenta no subjetismo não conhece qualquer valor absoluto, tendo, porém, uma sede de poder cada vez maior, um desejo frenético de domínio tecnológico.<sup>892</sup>

O próprio pensamento se torna tecnológico, moldando-se às exigências de conceitos que permitirão controle sobre os objetos e sobre a experiência. Disso resulta que pensar já não é uma questão de resposta direta ao mundo, mas tentativa de o dominar. Um pensamento assim esgota o mundo ao tentar reestruturá-lo de acordo com as finalidades do homem.<sup>893</sup>

Em síntese, diz Palmer, embasando-se em Heidegger: o desenlace melancólico do desenvolvimento do pensamento de Platão a Descartes e Nietzsche até

---

<sup>888</sup> Ibid., p. 149.

<sup>889</sup> Ibid., p. 149.

<sup>890</sup> Ibid., p. 149.

<sup>891</sup> Ibid., p. 150.

<sup>892</sup> Ibid., p. 150.

<sup>893</sup> Ibid., p. 150.

os nossos dias é que os deuses fugiram e a terra está sendo implacavelmente consumida.<sup>894</sup>

Uma hermenêutica situada no contexto de um pensamento tecnológico fornece meios para um domínio conceitual do objeto, manipulando idéias e conceitos e deixando de ser criativa. A interpretação, nesse contexto, não passa de objetificação, transformando a verdade em mera correção.<sup>895</sup>

O papel da hermenêutica não é esse, salienta Palmer. Não é servir de instrumento para a manipulação, mas de descobrir significados escondidos, esclarecer o que é desconhecido: a revelação, a desocultação.<sup>896</sup>

Desse modo, Palmer vai dizer que o primeiro destaque importante a fazer do pensamento de Gadamer é que ele toma como base a lingüisticidade e a ontologia.<sup>897</sup>

Considera que para Gadamer, a compreensão é um modo de ser do próprio Dasein (do ser-aí), do que resulta que hermenêutica é o movimento básico da existência humana, constituído pela finitude e historicidade.<sup>898</sup>

Destaca Palmer que para os gregos e para os pré-cartesianos, o pensamento era parte do próprio ser, não tendo na subjetividade o ponto de partida.<sup>899</sup>

O conhecimento não é algo que se adquire como uma posse, é algo em que se participa, resultando daí que não se alcança uma verdade metodicamente, mas dialeticamente, pois o método estrutura previamente o modo individual de ver; explicita um tipo de verdade já explícita nele. Em suma, é incapaz de revelar uma nova verdade.<sup>900</sup>

Na dialética, por sua vez, é o tema que levanta as questões a que se irá responder, exigindo uma resposta adequada e situada no tema. Há aí uma guinada interpretativa, visto que não se está mais diante de uma pessoa que interroga e de um objeto, mas de um interrogante que descobre que quem interroga de fato é o tema: o tema é que interroga o ‘Ser’, exigindo-lhe uma desvelação, uma desocultação.<sup>901</sup>

---

<sup>894</sup> Ibid., p. 151.

<sup>895</sup> Ibid., p. 151.

<sup>896</sup> Ibid., p. 151.

<sup>897</sup> Ibid., p. 215.

<sup>898</sup> Ibid., p. 168.

<sup>899</sup> Ibid., p. 169.

<sup>900</sup> Ibid., p. 169.

<sup>901</sup> Ibid., p. 170.

Ressalta Palmer aqui o caráter enganador da relação sujeito-objeto, pois é o sujeito que se torna objeto, uma vez que é o tema que conforma o discurso, a verdade, e não o sujeito.<sup>902</sup>

Palmer observa que a hermenêutica dialética de Gadamer não se fundamenta na subjetividade e na autoconsciência hegeliana, mas no ‘Ser’, na lingüisticidade do ser humano no mundo e no caráter ontológico do acontecimento lingüístico.<sup>903</sup>

Em resumo, o objetivo da dialética é fenomenológico: fazer com que o ‘Ser’ ou a coisa que se encontra se revele.<sup>904</sup>

A dialética da pergunta e resposta efetua uma fusão de horizontes (do texto e do intérprete), sendo isso possível porque ambos são universais e fundamentados no ‘Ser’. Desse encontro de horizontes entre intérprete e texto transmitido há uma iluminação de nosso horizonte levando-nos à auto-revelação e à auto-compreensão, transformando esse encontro num momento de revelação ontológica.<sup>905</sup>

Ocorre aí, diz Palmer, “um evento em que algo sai da negatividade - a negatividade que é compreendermos que há algo que não sabíamos, que as coisas não eram como pensávamos.”<sup>906</sup>

Mas como tudo isso é possível? qual é o meio que permite todas essas relações? A linguagem, diz Palmer, é o meio pelo qual a revelação ontológica ocorre no evento dialético da pergunta e resposta, assim como é a linguagem o meio dotado de universalidade em que os horizontes se fundem, da mesma forma como é o meio em que se esconde e armazena a experiência cumulativa de todo o processo histórico e também o meio inseparável da própria experiência, inseparável do próprio ‘Ser’.<sup>907</sup>

Gadamer, no entanto, não adota a linguagem como signo, mas como caráter vivo, em que se tem nela participação ativa. A linguagem para Gadamer não pode se divorciar do pensamento. A linguagem é mediação, não é instrumento.<sup>908</sup>

---

<sup>902</sup> Ibid., p. 170.

<sup>903</sup> Ibid., p. 170.

<sup>904</sup> Ibid., p. 170.

<sup>905</sup> Ibid., p. 203.

<sup>906</sup> Ibid., p. 204.

<sup>907</sup> Ibid., p. 204.

<sup>908</sup> Ibid., p. 204 passim.



Encarar as palavras como signos é privá-las do poder essencial que têm e fazer delas meros instrumentos ou designações, transformando-as em relação meramente instrumental.<sup>909</sup>

É a linguagem que revela nosso mundo, que cria a possibilidade de o homem poder ter um mundo: o nosso mundo da vida. E para ter mundo é preciso estar-se apto a abrir um espaço diante de nós, no qual o mundo se possa mostrar como é.<sup>910</sup>

Para Palmer, Gadamer, ao defender a universalidade da hermenêutica, sustenta que a compreensão humana é histórica, lingüística e dialética. A posição interrogativa da hermenêutica gadameriana move-se para além do esquema sujeito-objeto, sugerindo um novo tipo de objetividade que se fundamenta “no fato de que aquilo que se revela não constitui uma projeção de subjetividade, mas algo que atua sobre a nossa compreensão quando se apresenta”. Parte assim do ‘Ser’ como um todo, sendo conduzido pelas coisas, mais que pela subjetividade.<sup>911</sup>

Conclui assim Palmer o pensamento de Gadamer destacando que a compreensão é sempre um evento histórico, dialético e lingüístico, sendo a hermenêutica, a ontologia e a fenomenologia da compreensão.<sup>912</sup>

A compreensão não é um ato da subjetividade humana, mas o modo essencial que o *Dasein* tem de estar no mundo. As chaves para a compreensão não são a manipulação e o controle, e sim a participação e a abertura, não é o conhecimento, mas a experiência, não é a metodologia, mas a dialética.<sup>913</sup>

## 5.8.

### Texto e interpretação

Adverte Gadamer que compreensão e interpretação não aparecem apenas em manifestações da vida fixadas por escrito, mas atingem o relacionamento geral

---

<sup>909</sup> Ibid., p. 204.

<sup>910</sup> Ibid., p. 208.

<sup>911</sup> Ibid., p. 214.

<sup>912</sup> Ibid., p. 216.

<sup>913</sup> Ibid., p. 216.

dos seres humanos entre si e com o mundo, daí a pretensão de universalidade da hermenêutica.<sup>914</sup>

Apropria-se do conceito de compreensão de Heidegger que o converteu num existencial (determinação básica categorial da presença – *Dasein* - humana), bem como do conceito de círculo hermenêutico, que significa que no âmbito da compreensão não se pretende deduzir uma coisa de outra, de modo que o erro lógico da circularidade na demonstração não é nenhum defeito do procedimento, mas representa a descrição adequada da estrutura do compreender.

O círculo hermenêutico sugere a estrutura do ser-no-mundo, a superação da divisão entre sujeito e objeto na analítica transcendental da presença. Quem sabe usar uma ferramenta não a converte em objeto, trabalha com ela. Assim é o compreender, que permite à pré-sença conhecer-se em seu ser e em seu mundo; não é uma conduta relacionada com determinados objetos de conhecimento, e sim seu próprio ser-no-mundo.

Para Gadamer – dada a relevância da experiência da finitude - há sempre um caráter inconcluso de toda experiência de sentido. Há um limite implícito em toda experiência hermenêutica do sentido, pois se “ser que pode ser compreendido é linguagem”, *o que é* nunca pode ser inteiramente compreendido.<sup>915</sup>

O caráter dialogal da linguagem de Gadamer ultrapassa a subjetividade do sujeito e representa uma tentativa de deixar-se tomar por algo e com alguém. Representa um potencial de alteridade que está além de todo o senso comum.<sup>916</sup>

Todavia, Gadamer pergunta: como a comunidade de sentido que se produz no diálogo cria intermediação com a opacidade da alteridade do outro, e o que é em última instância a estrutura da linguagem: é uma ponte ou uma barreira? Uma ponte para a comunicação de um com o outro e construir identidades sobre o rio da alteridade, ou uma barreira que limita nossa auto-entrega e nos priva da possibilidade de expressar-nos e comunicar-nos plenamente?<sup>917</sup>

Realiza as seguintes indagações: que relação guarda o texto com a linguagem? que elemento de linguagem pode passar para o texto? o que é o consenso entre os falantes, e o que significa que possa haver textos comuns? no consenso

---

<sup>914</sup> GADAMER, 2002, p. 382.

<sup>915</sup> Ibid., p. 384.

<sup>916</sup> Ibid., p. 387.

<sup>917</sup> Ibid., p. 388.

mútuo, como pode surgir algo como um texto comum e idêntico para todos? como o conceito de texto pode alcançar um conceito universal?<sup>918</sup>

O texto, afirma, é algo mais que o título de um campo de objetos de investigação literária e a interpretação é muito mais que a técnica de exposição científica de textos. Como o ideal de conhecimento científico atual continua a se inspirar no modelo matemático, a interpretação de mundo que se dá na linguagem – experiência de mundo sedimentada pela linguagem no mundo da vida – não constitui o ponto de partida da investigação e da intenção do saber. Esse é o objetivo de Gadamer: retomar o saber antigo no ponto em que o método moderno o corrompeu, empobrecendo o saber por meio de uma terminologia unívoca.

Frente às ilusões da autoconsciência e à ingenuidade de um conceito positivo dos fatos, o mundo intermediário da linguagem aparece como a verdadeira dimensão do real, do dado.

É nessa perspectiva que a interpretação voltou a ocupar importância, recuperando a relação mediadora, a função do intérprete entre pessoas que falavam idiomas diferentes, a função de tradutor, e, especialmente na contemporaneidade, a função de deciframento de textos de difícil compreensão, principalmente para o direito constitucional.

Assim, diz Gadamer, no momento em que o mundo intermediário da linguagem se apresenta à consciência filosófica em sua significação predeterminante, a interpretação é obrigada a ocupar também na filosofia uma espécie de posição-chave.<sup>919</sup>

Há uma realidade que permita buscar com segurança o conhecimento do universal, da lei, da regra, e que aí encontre sua realização? não é a própria realidade o resultado de uma interpretação? A interpretação é o que oferece uma mediação nunca acabada e pronta entre homem e mundo, e nesse sentido, afirma Gadamer, a única imediatez verdadeira e o único dado real é o fato de se compreender algo como algo, visto que a realidade dada é inseparável da interpretação. Somente à luz da interpretação algo se converte em fato e uma observação possui força enunciativa. A interpretação constitui a estrutura originária do ser-no-mundo.<sup>920</sup>

---

<sup>918</sup> Ibid., p. 389.

<sup>919</sup> Ibid., p. 391.

<sup>920</sup> Ibid., p. 391.

Um texto não é um objeto dado, mas uma fase na realização de um processo de entendimento. A compreensão do que um texto diz, sob a ótica hermenêutica, é a única coisa que interessa e depende de condições comunicativas que ultrapassam o mero conteúdo fixo do que nele é dito.<sup>921</sup>

A hermenêutica gadameriana não ignora a ideologia presente nos textos e diz que em casos em que ela está presente não ocorre uma verdadeira comunicação, já que serve para encobrir interesses escusos. É preciso nesse caso, afirma, decodificar-se a distorção comunicativa, tal qual se dá na interpretação dos sonhos em que a análise pode promover um diálogo associativo, eliminar os bloqueios e libertar o paciente de sua neurose.<sup>922</sup>

O intérprete ingressa na comunicação resolvendo a tensão entre o horizonte do texto e o horizonte do leitor/aplicador, fundindo seus horizontes num só horizonte, podendo inclusive surpreender e superar o próprio intérprete com o ato criativo que essa fusão pode gerar.

## 5.9.

### **A tarefa teórica e prática da hermenêutica e os problemas da razão prática**

Hermenêutica, primeiramente é uma capacidade natural do ser humano. É preciso então resgatar a virtude da racionalidade prática, a *phronesis*. Essa filosofia prática exige uma legitimação de caráter próprio: o problema global do bem da vida humana.

Para Gadamer, a necessidade prática da razão exige que se pense nossos objetivos com a mesma determinação que se pensa nos meios adequados, ou seja, que em nosso agir esteja-se em condições de preferir conscientemente uma possibilidade à outra e por fim de subordinar um objetivo a outro.<sup>923</sup>

Quem se encontra numa situação de escolha, afirma, precisa de um critério do que é preferível, sob o qual realiza sua reflexão em vista de uma tomada de decisão.

---

<sup>921</sup> Ibid., p. 395.

<sup>922</sup> Ibid., p. 403.

<sup>923</sup> Ibid., p. 532.

Gadamer acredita que a filosofia prática de Aristóteles – e não o conceito moderno de método e de ciência representam o modelo viável para se formar uma idéia adequada das ciências do espírito, também denominada por ele de ciência das coisas humanas. A transmissão do saber humano de geração para geração antes desse novo paradigma era a retórica, palavra que hoje parece soar depreciativa e supostamente utilizada para argumentos não objetivos.<sup>924</sup>

No entanto, o conceito de retórica, adverte,

abarca qualquer tipo de comunicação baseada na capacidade de falar e é o que dá coesão à sociedade humana. Sem falar uns com os outros, sem entender-nos uns com os outros, e até sem entender-nos uns aos outros, e até sem entender-nos quando faltam argumentações lógicas concludentes, não existiria nenhuma sociedade humana.<sup>925</sup>

O conceito de ciência, salienta, representa o descobrimento decisivo do espírito grego, dando nascimento à cultura ocidental, razão da grandeza e da desgraça, quando se a compara com as grandes culturas da Ásia. A matemática passou a ser o paradigma da ciência, autêntica e única ciência racional. Versando sobre o imutável e, por isso, conhecível sem necessidade de observação a cada vez. As leis naturais, então, passaram a substituir os grandes conteúdos da sabedoria grega.

Nesse paradigma, diz Gadamer<sup>926</sup>, as coisas humanas dão pouca margem à capacidade de saber. A moral, a política, assim como as leis ditadas pelos homens, os valores que regem sua vida, as instituições que criam os usos que são seguidos, tudo isso é mutável; logo, não poderiam reivindicar um caráter de saber.

Com Galileu e sob uma perspectiva da ciência moderna, desloca-se a herança do antigo pensamento de ciência, mais abrangente, para novos fundamentos: a idéia e a primazia do método sobre a coisa; as condições do saber metodológico definem o objeto da ciência.

Questiona então Gadamer<sup>927</sup>: qual é o caráter epistemológico das ciências do espírito? Fundamenta em Dilthey, que por sua vez se fundamenta em Hegel, por meio da teoria do espírito objetivo em que

---

<sup>924</sup> Ibid., p. 369.

<sup>925</sup> Ibid., p. 371.

<sup>926</sup> Ibid., p. 370.

<sup>927</sup> Ibid., p. 373.

o espírito não ganha corpo apenas na subjetividade de sua realização atual, mas também na objetivação de instituições, sistemas de ação e sistemas de vida como a economia, o direito e a sociedade, e, assim, enquanto ‘cultura’ convertem-se em objeto de possível compreensão

identificando, portanto, o ponto de identidade entre o que compreende e o compreensível.

No entanto, diz ele, o fundamental para as ciências do espírito não é a objetividade, mas a relação prévia com o objeto, complementando o ideal de conhecimento objetivo com o ideal de participação nas manifestações essenciais da experiência humana, a exemplo da arte e da história. Essa participação se dá no diálogo, pois é por meio dele que se alcança participar da verdade e do outro pela partilha.

*Práxis*, no modelo aristotélico, designa o conjunto das coisas práticas, toda conduta e auto-organização humana nesse mundo, incluindo a política e a legislação.<sup>928</sup>

Observa Gadamer que a filosofia aristotélica é dividida em três ramos: a) filosofia teórica; b) prática e c) poética, aqui incluída a retórica ou criação dos discursos. Entre os extremos do saber e do fazer está a *práxis*, objeto da filosofia prática, que tem por fundamento (distintivo essencial do ser humano) a razão, virtude básica que em consonância com a essência do homem, faz exsurgir a racionalidade que guia sua *práxis*.

Assim, o pensamento decisivo, válido para as ciências do espírito como para a ‘filosofia prática’ é que em ambas a natureza finita do ser humano adquire uma posição decisiva ante a tarefa infinita do saber. Logo, é nas condições de nossa existência finita (na faticidade) que se deve buscar o fundamento do que é possível querer, desejar, e realizar com nossa própria ação.

Pergunta Gadamer<sup>929</sup>: como essa faticidade pode adquirir o caráter de princípio, de ponto de partida, primeiro e determinante? Por meio da factualidade das crenças, valorações, usos partilhados; é o paradigma, o *ethos* (o ser que se consegue com o exercício e o hábito), de tudo que constitui nosso sistema de vida.

---

<sup>928</sup> Ibid., p. 375.

<sup>929</sup> Ibid., p. 376.

## 5.10.

### Retórica, hermenêutica e crítica da ideologia

Gadamer insere a teoria sobre a retórica como uma lógica da verossimilhança e com isso, uma unidade indissolúvel com a dialética.<sup>930</sup>

A retórica e a hermenêutica são muito parecidas, havendo um deslocamento da retórica para a hermenêutica, visto que a faculdade de falar e de compreender são dons humanos naturais que podem alcançar um desenvolvimento pleno, mesmo sem a aplicação consciente de normas, quando coincidem talento natural e o cultivo e exercício corretos do mesmo. É a finalidade do discurso, o conhecimento da intenção básica de um texto o elemento essencial para sua adequada compreensão.

Afirma Gadamer que constitui uma perspectiva míope a tarefa de interpretação dos textos com o preconceito da teoria da ciência moderna e com o critério da cientificidade. A tarefa do intérprete nunca é concretamente uma mera mediação lógico-técnica do sentido de qualquer discurso, prescindindo da verdade do enunciado.<sup>931</sup>

A retórica expressa tanto a arte de falar, passível de ser ensinada, quanto a capacidade natural de falar e sua realização.

O conceito moderno de método, diz Gadamer, acabou dissolvendo um conceito de ‘ciência’ que se orienta na direção dessa capacidade natural do ser humano.<sup>932</sup>

A retórica é inseparável da dialética; a persuasão, arte do convencimento, é inseparável do conhecimento da verdade.

O sentido de um texto, leciona Gadamer, nunca é determinado por uma compreensão ‘neutra’, mas somente a partir da perspectiva de sua pretensão de validade. Há sempre uma tensão entre a universalidade da legislação vigente – codificada ou não – e a particularidade do caso concreto.<sup>933</sup>

---

<sup>930</sup> Ibid., p. 325.

<sup>931</sup> Ibid., p. 331.

<sup>932</sup> Ibid., p. 320.

<sup>933</sup> Ibid., p. 358.

Dessa forma, toda aplicação de uma lei ultrapassa a mera compreensão de seu sentido jurídico e cria uma nova realidade. A busca do direito não pode nunca prescindir da ponderação complementar da equidade.

A reflexão hermenêutica, todavia, salienta Gadamer, não permitirá que as ciências lhe prescrevam uma obrigação de restringir-se a uma função científica imanente e não permitirá que lhe impeçam de aplicar novamente uma reflexão hermenêutica ao estranhamento metodológico da compreensão que move as ciências sociais.<sup>934</sup>

Para responder a Habermas, Gadamer tematiza as universalidades da retórica, da hermenêutica e da sociologia. A retórica porque não é uma mera teoria das formas de falar e dos recursos da persuasão, podendo progredir de uma capacidade natural para uma destreza prática.<sup>935</sup>

Sua hermenêutica é universal, ressalta Gadamer, porque a universalidade da estrutura da linguagem humana mostra-se como um elemento ilimitado que sustenta tudo, não somente a cultura transmitida pela linguagem, mas simplesmente tudo, uma vez que tudo é assumido pela compreensibilidade na qual nos relacionamos uns com os outros.<sup>936</sup>

Afirma Gadamer que Platão descobriu uma tarefa autêntica, que apenas o filósofo, o dialético está em condições de resolver, qual seja, dominar o discurso que deve produzir evidências efetivas; que os argumentos adequados a cada caso devem se aproximar daqueles cuja alma é especialmente capaz de receber, tarefa esta que implica em dois pressupostos platônicos: primeiro, o de que só pode encontrar com segurança o verossímil do argumento retórico aquele que conhece a verdade (idéias); segundo, que é preciso conhecer na mesma proporção também as almas que deve influenciar. Também Descartes, o grande apaixonado e defensor do método e da certeza, largamente lançava mão de recursos de retórica para sustentar suas teses, pois não é possível uma ciência que queira ser prática sem a utilização da retórica.<sup>937</sup>

Considera que um primeiro conhecimento é tão impossível como uma primeira palavra. Também o conhecimento mais recente, cujas conseqüências

---

<sup>934</sup> Ibid., p. 278.

<sup>935</sup> Ibid., p. 272.

<sup>936</sup> Ibid., p. 276.

<sup>937</sup> Ibid., p. 273.



ainda não são visíveis, só será o que realmente foi quando tiver se decantado nelas e tiver trilhado o caminho da mediação do entendimento intersubjetivo.

Dessa maneira, os aspectos retórico e hermenêutico da estrutura da linguagem humana encontram-se perfeitamente compenetrados.

O segundo aspecto, a hermenêutica nas ciências sociais, tem-se a linguagem como ponto de partida, enquanto estrutura fundamental da sociabilidade humana, o 'a priori' válido para as ciências sociais. À medida que a sociedade humana vive em instituições, que como tais são compreendidas, transmitidas, reformadas, ou seja, determinadas pela íntima autocompreensão dos indivíduos que formam a sociedade.

Reconhece Gadamer, contudo, que as ciências sociais mantêm uma relação tensa com seu objeto, a realidade social, necessitando de uma reflexão hermenêutica.<sup>938</sup>

Rebatendo a crítica habermasiana, Gadamer observa que não consegue ver como no âmbito social a competência comunicativa e seu domínio teórico possam derrubar as barreiras que há entre os grupos, que numa crítica mútua acusam o caráter coercitivo do acordo existente no outro.<sup>939</sup>

---

<sup>938</sup> Ibid., p. 290.

<sup>939</sup> Ibid., p. 310.

## 6

### **Hermenêutica jurídica cosmopolita: diálogo necessário entre direito internacional e direito interno, mediado pelos direitos fundamentais**

O presente capítulo demonstrará as potencialidades da hermenêutica jurídica a partir do diálogo entre o direito constitucional e do direito internacional, mediado pelos direitos fundamentais, destacando-se algumas técnicas hermenêuticas.

#### **6.1.**

##### **Direito internacional, constitucionalismo e direitos humanos**

Na presente seção examinar-se-ão as relações entre o direito internacional e o constitucionalismo mediado pela gramática dos direitos fundamentais, objetivando destacar quão promissor se mostra para o processo de interpretação das normas jurídicas, compreender essas relações com vistas à extração da máxima concretude/efetividade das normas jurídicas.

De grande relevância é o atual pensamento de Peter Häberle, discípulo de Konrad Hesse, pois destaca possibilidades potencializadoras para as sociedades plurais do século XXI, ao construírem potenciais hermenêuticos mais sofisticados e adequados, a partir da união entre o direito constitucional e o direito internacional.

Relevante destacar que as Constituições do século XX, especialmente as elaboradas após o pós-guerra, contestam o positivismo e contêm, além de regras que atribuem competências, princípios gerais, como o art. 38, do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, que reconhece os costumes e os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas juntamente com as regras

específicas dos tratados, implicando na expansão do direito, não apenas logicamente, mas também axiologicamente.<sup>940</sup>

Da leitura do art. 4º, da Constituição Brasileira, observa-se que o dispositivo inclui o Estado Brasileiro na comunidade internacional, representando a abertura ao mundo, inerente a um regime democrático, além de apontar a complementaridade entre o Direito Internacional Público e o Direito Constitucional.

O art. 4º, inciso II, incorpora a perspectiva da cidadania, em que a relação política numa democracia não é mais considerada como *ex parte principis*, mas como *ex parte civium*.

Ao examinar o § 3º do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, Lafer entende que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988 aos quais o Brasil aderiu e validamente promulgados têm hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados na forma capitulada no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição (regime e princípios por ela adotados), integrando seu bloco de constitucionalidade.<sup>941</sup>

O bloco de constitucionalidade é a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e dos princípios nela consagrados, imprimindo vigor à força normativa da Constituição, sendo, portanto, parâmetro hermenêutico de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais.

Assim, o art. 4º, da Constituição do Brasil, ao estabelecer princípios, proporciona critérios para decidir diante de situações concretas e que, *a priori*, são indeterminadas, diferentemente das regras que dão critérios específicos sobre como deve ou não ou se pode atuar.

Com Canotilho, concorda-se que os fins dos Estados devem ser a construção de Estados Democráticos e Sociais de Direito, no plano interno e Estados abertos e internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo.<sup>942</sup>

O Constitucionalismo global passa a estar centrado: nas relações Estado/Povo; na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos; e na elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos.

---

<sup>940</sup> LAFER, 2005, p. 12.

<sup>941</sup> Ibid., p. 17.

<sup>942</sup> CANOTILHO, 2000, p. 1217.

O direito internacional passa a transformar-se em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais cujas normas passariam a ser consideradas nulas se violassem as normas do *jus cogens* internacional.

Essa reinvenção do direito, por meio da ligação entre o interno e o internacional – centrada na proteção dos direitos fundamentais - fortalece o sistema jurídico como um todo, permitindo uma justiça mais sensível à realidade social.

A concretização desse elo juntamente com a utilização da hermenêutica jurídica principiológica (Dworkin, Zagrebelski, Canotilho, Barroso, Bercovici, Alexy, dentre tantos outros) fortalece o processo de internacionalização do direito constitucional e, por sua vez, também o de constitucionalização do direito internacional, por meio da leitura do art. 5º, caput e parágrafos 1º a 4º, da Constituição Brasileira.

É de se observar que a Constituição Brasileira de 1988 e seu projeto democratizador humanista, conforme destaca Piovesan, introjeta, incorpora e propaga seus valores inovadores, exigindo dos operadores jurídicos converterem-se em propagadores dessa ordem renovada.<sup>943</sup>

A Constituição brasileira de 1988 redefine o Estado brasileiro e os direitos fundamentais, acentuando seu caráter dirigente e a priorização do social. Somente a partir dela é que o discurso social do Pós-Guerra começa a frutificar no Brasil, o que evidencia nosso atraso em relação aos países desenvolvidos.

Não define um Estado formal, mero organizador do poder, mas verdadeiro Estado de justiça social, evidenciando o esgotamento do modelo liberal de Estado, mas Estado de bem-estar social, intervencionista e planejador, ainda que tenha que suportar a tensão do processo de globalização advinda de países e regiões onde os direitos econômicos, sociais e culturais tenham sido satisfeitos.

Importante destacar que Häberle concebe uma teoria da constituição como ciência da cultura e uma sociedade aberta (internacional) de intérpretes dos direitos fundamentais, onde um Estado Constitucional cooperativo deve estar embaçado em direitos humanos mundialmente reconhecidos, de um lado, completado pela cooperação internacional, de outro<sup>944</sup>. Para Häberle, a Constituição não é somente uma estrutura normativa, mas também condição cultural de um povo<sup>945</sup>.

---

<sup>943</sup> PIOVESAN, 2003, p. 57.

<sup>944</sup> HÄBERLE, 1998, p. 23; Id., 2002, p. 53.

<sup>945</sup> Ibid., p. 24.

O pluralismo para ele é pressuposto filosófico para a democracia constitucional, concebendo inclusive o pluralismo como axiologia básica de toda Constituição democrática<sup>946</sup>.

Concebe os direitos fundamentais como princípios, peça fundamental do edifício constitucional contemporâneo, dizendo que eles gozam de um duplo caráter: individual e institucional: como realização tanto dos direitos subjetivos (subjetivo-individual) como dos objetivos (objetivo-institucional)<sup>947</sup>.

Conforme prólogo de César Landa, Häberle ao traçar o processo de afirmação dos direitos fundamentais que se consolida após a Segunda Guerra Mundial, transforma o velho esquema do Estado Liberal em que os direitos fundamentais estavam em função da lei pela moderna idéia do Estado Social onde a lei é que passa a estar em função dos direitos fundamentais<sup>948</sup>.

Para Häberle, todos os cidadãos são artífices da interpretação constitucional, dando-se sua vivência (aplicação) num imenso foro aberto de intérpretes constitucionais e não uma ciência exotérica de uns poucos iluminados. A Constituição é um processo público e aberto potencialmente a toda cidadania<sup>949</sup>.

Essa concepção pluralista tem um outro fundamento em Häberle: o poder político. Ele afirma que as empresas multinacionais detêm um poder econômico quase incontrolável que pode se converter em poder político. É preciso assim conceber-se uma Constituição pluralista para que tal poder político não reste concentrado na mão de uns poucos<sup>950</sup>.

O Judiciário assim, não tem mais o monopólio da interpretação constitucional, pois não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, defendendo a ampliação da comunidade de intérpretes, onde todos os cidadãos têm legitimidade para interpretá-la e aplicá-la<sup>951</sup>.

Ao esclarecer sua tese e conceito de interpretação diz primeiramente que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática<sup>952</sup>.

---

<sup>946</sup> Ibid., p. 19.

<sup>947</sup> Id., 2003, p. XVIII.

<sup>948</sup> Ibid., p. XVII et. seq.

<sup>949</sup> Id., 2002, p. 22.

<sup>950</sup> Ibid., p. 22.

<sup>951</sup> Id., 1997, p. 15.

<sup>952</sup> Ibid., p. 14.

Diferentemente da concepção tradicional, para Häberle, a dogmática jurídica não é um fim em si mesma; é instrumento de conhecimento da realidade subjacente, da realidade plástica e adaptável às novas circunstâncias e que se dá a cargo dos intérpretes constitucionais: os destinatários da Constituição do país<sup>953</sup>.

Trata dos participantes no processo de interpretação constitucional sob uma perspectiva sócio-constitucional que é consequência do conceito republicano de interpretação aberta, que deve ser considerada com objetivo da interpretação constitucional<sup>954</sup>.

A perspectiva republicana significa que o método hermenêutico deve considerar como marco fundamental que todas as forças da comunidade política estão aptas a opinar no processo hermenêutico como fornecedores de alternativas<sup>955</sup>.

Häberle em sua teoria inclusiva da interpretação constitucional, observa que a Teoria da Constituição exerce um papel mediador entre Estado e Sociedade, de tal sorte que é necessário o uso de um conceito mais amplo de interpretação, que reconheça a relevância do espaço público na sociedade aberta<sup>956</sup>.

Através desse processo por ele chamado de 'personalização da interpretação constitucional', a interpretação da Constituição não constitui um fenômeno absolutamente estatal, pois além dos órgãos estatais e dos participantes diretos, todas as forças da comunidade política – ainda que de forma potencial – também tem acesso a esse processo. A ampliação desse círculo de intérpretes nada mais representa que a consequência da necessidade de integração da realidade ao processo de interpretação.

Häberle chega a defender uma obrigação de fidelidade constitucional aplicável aos servidores públicos e aos candidatos a cargos ou funções públicas, afirmando que há inclusive na Alemanha orientação jurisprudencial que veda o acesso a cargos públicos aos chamados 'radicais', aqueles que integram partidos ou organizações políticas que defendem pontos programáticos incompatíveis com elementos basilares da ordem constitucional liberal democrática<sup>957</sup>.

Uma hermenêutica constitucionalmente adequada, realizada por toda a sociedade, conforme prega Häberle, deve partir de uma teoria da interpretação de-

---

<sup>953</sup> Id., 2002, p. 43.

<sup>954</sup> Ibid., p. 19.

<sup>955</sup> Ibid., p. 23.

<sup>956</sup> Ibid., p. 23 et. seq.

<sup>957</sup> Ibid., p. 25.

mocrática, com um cidadão ativo e com a potencialização de todas as forças da sociedade e não apenas dos operadores do direito, concebendo-se o direito constitucional como um direito de conflito e de compromisso<sup>958</sup>.

Ao tratar da legitimação de tal interpretação sob o ponto de vista da teoria do direito, da teoria da norma e da teoria da interpretação, Häberle destaca que sob a perspectiva da teoria da interpretação, a interpretação é um processo aberto e não de passiva submissão, não se confundindo tampouco com a recepção de uma ordem. Diz que a interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas<sup>959</sup>.

Diz que a vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção<sup>960</sup>.

A norma, por outro lado, não é uma decisão prévia, simples e acabada, mas uma *law in public action*, onde os participantes atuam para seu desenvolvimento funcional<sup>961</sup>.

A legitimidade dos participantes é diferente daquela concebida por Niklas Luhmann em 'legitimação pelo procedimento', pois Häberle não a concebe apenas no aspecto formal, mas resultante da participação, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão.<sup>962</sup>

Diz ainda que tal legitimação reside no fato de que as forças da comunidade política representam um pedaço da publicidade e da realidade Constitucional. Essa mediação é realizada ou integrada através da *res publica* na interpretação constitucional, expressão e consequência da orientação constitucional aberta ao campo da tensão possível, do real e do necessário.<sup>963</sup>

Destaca que uma Constituição que estrutura não apenas o Estado, mas a própria esfera pública, dispondo sobre a organização da própria sociedade e sobre setores da vida privada não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos, mas integrá-los ativamente como sujeitos.<sup>964</sup>

---

<sup>958</sup> Ibid., p. 36.

<sup>959</sup> Ibid., p. 30.

<sup>960</sup> Ibid., p. 30.

<sup>961</sup> Ibid., p. 31.

<sup>962</sup> Ibid., p. 31.

<sup>963</sup> Ibid., p. 33.

<sup>964</sup> Ibid., p. 33.

Refletindo sobre a teoria da democracia como legitimação, Häberle diz que numa sociedade aberta uma teoria da democracia se desenvolve através de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente através da realização dos direitos fundamentais<sup>965</sup>.

Ao deduzir novas indagações para a teoria constitucional diz que o consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses, donde resulta que o direito constitucional é um direito de conflito e de compromisso<sup>966</sup>.

## 6.2.

### **O processo de internacionalização dos direitos humanos e o diálogo entre o direito interno e o direito internacional**

Piovesan leciona que foram as guerras que formularam o processo de internacionalização dos direitos humanos, assim como o holocausto, os ataques a Hiroshima e Nagasaki, o que gerou uma irracionalidade sem precedentes e milhões de mortos, exigindo o pós-guerra um reconstruir.<sup>967</sup>

O ano de 1945 é um divisor de águas para o tema dos direitos humanos e início do processo de internacionalização, podendo-se afirmar que existe um antes e um pós 1945.

Em 1945, nasce o direito internacional dos direitos humanos, tendo uma Constituição: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por meio da fixação de piso mínimo de proteção e não máximo.

No âmbito interno, há a emergência de um direito constitucional renovado, que muitos como Luis Roberto Barroso, por exemplo, por falta de uma denominação melhor, denomina de pós-positivismo.<sup>968</sup>

Os parágrafos 1º a 4º, do art. 5º, da Constituição Brasileira, tutelam os direitos humanos e os internacionaliza, ao recepcionar os tratados de direitos humanos como norma constitucional.

---

<sup>965</sup> Ibid., p. 36.

<sup>966</sup> Ibid., p. 51.

<sup>967</sup> Aulas proferidas no Curso de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná entre 11 e 19.08.2005.

<sup>968</sup> BARROSO, 2004, p. 303 et. seq.



Passam a ser tema de legítimo interesse da comunidade internacional, relativizando o processo de soberania centrada no Estado, migrando da noção clássica Hobbesiana - *ex parte principis* -, que capta o mundo pelo olhar do príncipe e, por conseqüência, pelo dever dos súditos, para uma nova lente, a lente *ex parte populi*, centrada na cidadania e, conseqüentemente, no direitos dos cidadãos.

Há a consolidação do indivíduo como sujeito de direito internacional, em que os indivíduos podem acionar as esferas internacionais, por meio do direito de petição.

Nesse cenário, nasce a Declaração Univesal dos Direitos Humanos, de 1948, que visa a responder a três grandes questões: a) quem tem direitos? b) por que? c) que direitos?

À primeira e segunda perguntas, a Declaração responde que todo ser humano tem direitos; o fundamento é a idéia kantiana da dignidade humana como *valor intrínseco*, em que Kant separa as *coisas* que tem valor/preço, do ser humano, que tem *dignidade*. À terceira pergunta, prevê os direitos civis e políticos (art. 3º a 21), bem como os direitos econômico-sociais e culturais (arts. 22 a 27).

Pela primeira vez se percebe que os direitos são interdependentes, ou seja, são indivisíveis, dependendo uns dos outros para que tenham efetividade. Não há liberdade sem igualdade, saúde, trabalho, direito de expressão. É a expressão de todos eles atuando conjuntamente que deve ser levada em conta para que os direitos fundamentais constantes da Declaração se materializem.

O processo de interligação entre direito interno e internacional começa pelo reconhecimento nas constituições da juridicidade dos Pactos Internacionais firmados pelos Estados.

Lafer demonstra a importância do art. 4º, da Constituição Brasileira, destacando a evidência da confluência entre o direito constitucional e internacional, o que remete o intérprete para o exame dos princípios na hermenêutica jurídica, com desdobramentos no direito privado, como por exemplo a função das cláusulas gerais no Código Civil.<sup>969</sup>

Importante ler o art. 4º da Constituição brasileira à luz da “a era dos direitos” de Bobbio, em que os princípios do art. 4º são expressão do que ele qualifica como a função promocional do direito, na qual Bobbio destaca as relações entre

---

<sup>969</sup> LAFER, 2005, p. 1.

democracia e direitos humanos no plano interno e paz, no plano internacional, apontando a inserção dos direitos humanos na agenda jurídica e política como uma revolução copernicana, ao assinalar a passagem do dever do súdito para a perspectiva do direito do cidadão.<sup>970</sup>

Se, no plano do direito internacional, o princípio da prevalência dos direitos humanos é fundamental na condução das relações internacionais brasileiras, não há razão para não o ser no plano interno.

Diz Lafer que com a institucionalização do Estado democrático de direito na Constituição de 1988, consagrou-se a perspectiva *ex parte populi* dos direitos humanos como princípio de convivência coletiva, tanto no plano interno como no plano internacional.<sup>971</sup>

A convergência entre direito interno e externo se dá por meio do art. 5º, parágrafos 2º e 3º, da Constituição brasileira, em que pelo primeiro é possível interpretar que o sistema jurídico brasileiro é um sistema aberto à incorporação de novos direitos e pelo segundo evidencia-se que o Brasil é um Estado que reconhece a importância dos direitos humanos, incorporando-os por meio do tratados internacionais que versem direitos humanos no direito interno como norma com hierarquia constitucional.

### 6.3.

#### **A Constituição Brasileira de 1988 e a institucionalização dos direitos e garantias fundamentais**

Um adequado processo de concretização da Constituição implica na pré-compreensão da realidade do ambiente de sua aplicação. Esse ambiente é o Brasil e a realidade desse ambiente é uma realidade marcada pelas desigualdades.

Trazer esse debate para o cenário do constitucionalismo e para a concretização das normas constitucionais implica resgatar o pensamento de Canotilho, tanto o da primeira fase (Constituição Dirigente) quanto o Canotilho da segunda fase, de cariz luhmaniana, do juízo reflexivo.

---

<sup>970</sup> BOBBIO, 1992, p. 49 et. seq.

<sup>971</sup> LAFER, 2005, p. 2.

Canotilho, em constantes participações em congressos brasileiros é confrontado pelos constitucionalistas sobre sua suposta mudança de pensamento, ao que responde que não há uma única teoria da Constituição aplicada indistintamente a todos os países.

Canotilho, sem descurar que a Constituição tem, como qualquer norma jurídica, uma validade e eficácia típicas de norma jurídica, está pensando atualmente na realidade europeia, onde a força normativa da Constituição tem que ceder frente aos fenótipos político-organizacionais e adequar-se, no plano político e normativo, aos esquemas regulativos das novas associações abertas de estados nacionais abertos.<sup>972</sup>

O direito reflexivo de Canotilho está centralizado em torno da ideia de uma *constitucionalização da responsabilidade (garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e ação)*, por meio da qual trabalha na dimensão da construção de contratos globais, onde o espaço nacional cede espaço à transnacionalização e à globalização. Afirma ele que seu pensamento se assenta em quatro contratos globais: a) ao contrato para as *necessidades globais*, cujo objetivo é remover as desigualdades; b) *contrato cultural*, cuja preocupação é a tolerância e o diálogo entre as culturas; c) o *contrato democrático*, que tem na democracia uma forma de governo global e d) o *contrato do planeta terra*, assentado no desenvolvimento sustentado.<sup>973</sup>

Esse debate implica em saber que papel a Constituição deve desempenhar num país que não conquistou as promessas da modernidade e que ao mesmo tempo se abre para um processo de globalização em que à Constituição se diz já não mais se reservar um papel proeminente, dirigente.

Constitucionalistas brasileiros, como Lenio Luiz Streck, Luis Roberto Barroso, Paulo Bonavides, Gilberto Bercovici e outros entendem que o Brasil necessita de uma teoria da Constituição constitucionalmente adequada à realidade brasileira e se as promessas da modernidade.

Comporta com Bercovici a adoção de uma teoria material da Constituição que vá muito além do procedimentalismo, que seja também uma teoria democrá-

---

<sup>972</sup> CANOTILHO, 1996, p. 6 et. seq.

<sup>973</sup> Ibid., p. 17.

tica do poder e teoria da legitimidade, politizada sempre no interesse da Nação, do povo, da sociedade.<sup>974</sup>

Bercovici critica Canotilho ao afirmar que a Teoria da Constituição Dirigente é uma teoria da Constituição sem Teoria do Estado e sem política, uma teoria da Constituição autocentrada em si mesma, uma teoria auto-suficiente da Constituição, tão poderosa que, por si só, seria capaz de resolver todos os problemas.<sup>975</sup>

Bercovici, descortina o estado de exceção econômica permanente a que o mundo está submetido, especialmente os países latino-americanos, que não conseguem conquistar as promessas da modernidade e continuam sem acesso a tudo, sobrando-lhes apenas as migalhas do centro.<sup>976</sup>

Aponta o perigo do processo tecnológico e o poderio econômico dos mercados que se transformaram no novo *nomos* da terra, consumido tudo e a todos.

A concepção material de Constituição tem se preocupar com seus fins, princípios políticos e ideologia que conformam a Constituição, a realidade social da qual faz parte, sua dimensão histórica e sua pretensão de transformação, sem descurar-se fundamentalmente que a juridicidade da Constituição é essencial para uma teoria material da Constituição constitucionalmente adequada, integrando Constituição real e normativa (Hesse).<sup>977</sup>

Bercovici, enfatizando que toda discussão sobre interpretação e concretização da Constituição é ao mesmo tempo uma discussão sobre o conceito e teoria da Constituição, vai destacar que os valores constitucionais nada tem de subjetivo para o intérprete: são ordenados e fixados jurídica e previamente, circunstância esta que é bem distinta de valores subjetivos. Para ele, o art. 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil (construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), além de integrar a forma política é uma cláusula transformadora que explicita o contraste entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la.<sup>978</sup>

---

<sup>974</sup> BERCOVICI, 2003, p. 20.

<sup>975</sup> Id., 2005, p. 41.

<sup>976</sup> Id., 2004, p. 149 et. seq.

<sup>977</sup> Ibid., p. 287.

<sup>978</sup> Ibid., p. 293 et. seq.

A relação entre a Constituição republicana e os direitos humanos se dá em um determinado marco jurídico, o marco da institucionalização dos direitos e garantias fundamentais (todo título II, da Constituição), além de outros direitos fundamentais implícitos espalhados pela Constituição, bem como da transição democrática, rompendo com o regime ditatorial, com o passado e com tudo que lhe estava implícito, como a tortura, a ausência de direitos, etc.

Essa ruptura implica também olhar para o passado e descobrir a verdade para que aquilo que ocorreu nunca mais volte a ocorrer.

A Constituição, assim, revela não só o que somos, mas o que queremos ser. É isso que se vê quando se examina o ‘Federalista’, o projeto de fundação constitucional dos Estados Unidos do Brasil: o projeto de construção de um povo.<sup>979</sup>

Há então no Brasil uma ampla produção normativa após a Constituição de 1988, especialmente com legislações punindo o racismo, a tortura, a tutela da criança e do adolescente, etc.

Quanto à ênfase nos direitos humanos, Piovesan observa que a Constituição está embasada nas seguintes premissas:<sup>980</sup>

- mudança topográfica dos direitos humanos;
- princípio da dignidade da pessoa humana;
- direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas;
- expansão dos direitos e garantias.

Com a mudança topográfica e ao mesmo tempo a eleição do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CR), os direitos humanos passam a ser prestigiados e garantidos, transitando da lente ‘*ex parte principii*’, vocação que privilegiava a ótica estatal em detrimento dos súditos para a lente ‘*em parte populi*’, que prestigia os direitos dos cidadãos, cabendo destacar que até 1988, os princípios eram coisas menores, aplicados subsidiariamente, enquanto hoje, são fontes primárias e transcendem a ótica do privado para se aplicar a toda a ordem jurídica.

<sup>979</sup> HAMILTON; MADISON; JAY, 1984, p. 11 et. seq.

<sup>980</sup> PIOVESAN, 2004, p. 319 et. seq.

O Constituinte deu assim importância tão grande aos direitos e garantias individuais que os classificou como cláusulas pétreas, conforme se observa do art. 60, parágrafo 4º, da Constituição da República.

Expandiu os direitos e garantias e continua tal processo de expansão, segundo se pode observar da leitura do art. 5º, caput e seus parágrafos, seja outorgando aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais, seja acolhendo concepção aberta à incorporação ou progressão desses direitos, consoante se constata do parágrafo 2º; seja pelo reconhecimento dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (parágrafo 3º) e, por fim a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional para o julgamento de várias espécies de crimes, como o genocídio, a tortura, etc.

Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil dá ênfase extraordinária à proteção dos direitos humanos, proteção esta que está em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (universalidade, interdependência, inter-relacionamento e indivisibilidade).

#### **6.4.**

#### **Técnicas hermenêuticas, constitucionalismo e direitos fundamentais**

Na presente seção, destacar-se-ão as técnicas hermenêuticas mais adequadas a um direito cosmopolita que leve na devida conta os aportes jurídicos do constitucionalismo e dos direitos fundamentais para o século XXI.

Ressalva-se, porém, que ao longo do presente trabalho, por diversas vezes, opôs-se quanto ao uso da palavra método porque o que se está a fazer é a busca pela verdade, uma verdade construída hermeneuticamente e não um método, visto que a adoção de um método já pressupõe uma resposta conforme a ele.

#### 6.4.1.

### **Teorias dos direitos fundamentais como método para uma hermenêutica jurídica cosmopolita**

Não há uma única teoria dos direitos fundamentais, mas várias, como a do Estado liberal, defendida por Bockenförd, a institucional, a axiológica, a democrático-funcional e a do Estado social, teorias estas que determinam a interpretação desses direitos.

Para o escopo desse trabalho, o qual objetiva aprofundar o estudo da hermenêutica jurídica cosmopolita que pensa no potencial hermenêutico resultante da união das normas de direito constitucional às de direito internacional, mediadas pelos direitos fundamentais, várias teorias oferecem contribuições relevantes para a hermenêutica jurídica.

Soares vê na teoria dos direitos fundamentais o parâmetro para uma metódica aplicável às normas comunitárias.<sup>981</sup>

A ampliação dessa metódica parece adequada a uma hermenêutica jurídica cosmopolita, pois a teoria dos direitos fundamentais, centrada no caráter da universalidade e indivisibilidade dos direitos, nos princípios constitucionais, no direito internacional e no direito comunitário, permite a construção de uma hermenêutica jurídica que dê conta ou permita um diálogo jurídico mais amplo na comunidade jurídica mundial e que conclua que há direitos mínimos (mínimo existencial, por exemplo) a serem satisfeitos pela comunidade planetária, não havendo fundamentação jurídica para a sonegação da vida humana e da exclusão que impera em inúmeros Estados.

Soares,<sup>982</sup> examinando a utilidade da teoria dos direitos fundamentais como parâmetro para a metódica aplicável às normas comunitárias, sustentado por Canotilho, afirma que essas normas foram construídas a partir da década de 70, especialmente pela publicística alemã, que pretende “explicitar se a interpretação dos direitos fundamentais pressupõe ou não uma teoria pertinente a esses direitos que propicie compreensão lógica, global e coerente dos seus princípios constitucionais”.<sup>983</sup>

---

<sup>981</sup> SOARES, 2000, p. 145.

<sup>982</sup> Ibid., p. 155.

<sup>983</sup> CANOTILHO, 2000, p. 1241.

Além de Canotilho, Alexy também é um dos grandes teóricos dessa possibilidade, o qual defende que

a concepção de uma teoria dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico, que exige uma teoria integrativa, ideal, que abarque, da maneira mais ampla possível, os enunciados gerais ou corretos, formulados em três dimensões, e que os vincule otimamente. Toda teoria de direitos fundamentais é uma aproximação, um esboço desta teoria ideal.<sup>984</sup>

Também Peter Häberle comparte dessa idéia afirmando que as teorias dos direitos fundamentais pertencem a todos os partícipes no projeto do texto, na interpretação e no desenvolvimento destes direitos, especialmente o constituinte, o legislador, os políticos e os cidadãos, incluída sua auto-compreensão.<sup>985</sup>

A teoria liberal, por sua vez, sustentada por Bockenförd, defende direitos de autonomia e defesa do indivíduo perante o Estado, assegurando a este esferas significativas de liberdade individual e social.<sup>986</sup>

Na concepção de Böckenförd, os direitos de liberdade são pré-estatais e têm conteúdo, utilização e efetivação determinados exclusivamente pelos cidadãos em detrimento dos entes estatais. A limitação da liberdade pelo Estado somente visa a assegurar garantias e regulação de liberdade, direitos estes não constituídos pelo Estado, mas que a ele precedem.<sup>987</sup>

A substância, o conteúdo da liberdade e a determinação do tipo de uso da liberdade se situam fora da competência regulativa do Estado, dependendo unicamente da iniciativa dos cidadãos.

No entanto, destaca Soares, essa teoria não parece adequada aos direitos fundamentais porque a efetivação da liberdade, constitucionalmente garantida, não é tarefa individual, mas exige participação do Estado.<sup>988</sup>

A teoria institucional dos direitos fundamentais, por outro lado, tem outras vertentes, como a institucional funcionalista sustentada por Luhmann e a multifuncional, sustentada por Ossenbühl e Wilke.

Sua teorização mais genérica foi formulada por Peter Häberle, que sustenta que os direitos fundamentais existem no âmbito de uma instituição e apresentam

---

<sup>984</sup> ALEXY, 1993, p. 35.

<sup>985</sup> HÄBERLE, 1997, p. 260.

<sup>986</sup> BÖCKENFÖRD, 2000, p. 48 et. seq.

<sup>987</sup> SOARES, 2000, p. 157.

<sup>988</sup> Ibid., p. 157.



um duplo caráter: individual e institucional, possuindo dimensão objetiva, o que significa que a liberdade é ordenada e configurada normativa e institucionalmente.<sup>989</sup>

Essa teoria reconhece, entretanto, que há outros bens de valor constitucional e que é preciso ponderá-los entre si extraído dessa ponderação seu conteúdo e limites.

Segundo Soares, Häberle afirma que no Estado social de direito a dupla função dos direitos fundamentais se dá por meio de garantias da liberdade individual e dimensão institucional, funcionalizando seu conteúdo para a consecução dos fins sociais e coletivos constitucionalmente proclamados.<sup>990</sup>

O escopo do Estado social de direito é a realização prática do sistema de direitos fundamentais em seu conjunto.

Na vertente luhmaniana, os direitos fundamentais devem ser compreendidos como instituições, subsistemas direcionados a cumprir determinadas funções na sociedade e no desenvolvimento da atividade estatal.<sup>991</sup>

Soares colaciona a crítica de Peres Luño à concepção luhmaniana porque sua função prioritária seria a de viabilizar a estabilidade e conservação do sistema social em detrimento de uma dimensão emancipatória e reivindicatória de exigências e necessidades individuais e coletivas.<sup>992</sup>

A teoria multifuncional acopla a dimensão institucional com as dimensões individual e social. Observa Soares,<sup>993</sup> com base em Wilke, que:

a necessidade de democratização da sociedade, através da participação do cidadão nos principais processos de decisão, e o compromisso assumido pelo Estado social de direito, de conciliar e realizar simultaneamente as exigências de liberdade e de igualdade, podem ser concretizados pela articulação prática das funções desempenhadas pelos direitos fundamentais na ordem política.<sup>994</sup>

Vincula essa teoria à realização dos fins prefixados na norma constitucional, defendendo uma dimensão aberta e plural para esses fins e funções.

---

<sup>989</sup> Ibid., p. 157.

<sup>990</sup> Ibid., p. 158.

<sup>991</sup> LUHMANN, 1994, *passim*.

<sup>992</sup> SOARES, *op. cit.*, p. 159.

<sup>993</sup> Ibid., p. 159.

<sup>994</sup> WILKE, 1975.

Destaca Soares que tal teoria tem grande aplicabilidade na jurisprudência dos tribunais europeus.<sup>995</sup>

Soares, todavia, critica essa teoria afirmando que “o enquadramento dos direitos fundamentais no mundo funcional pode acarretar a paragem destes direitos, porque as instituições são consideradas mais subsistemas de estabilização do que formas de vida e de relações sócio-jurídicas”.<sup>996</sup>

A teoria axiológica, por sua vez, está integrada à teoria de Smend e tem por pressuposto - tal como o Estado que está em permanente processo de integração em uma comunidade de valores, de culturas e vivências - os direitos fundamentais que se manifestam como fatores constitutivos determinantes neste processo, sendo elementos e meios de criação do Estado.

Por meio dos direitos fundamentais é que os indivíduos alcançam *status* material e se integram objetivamente como povo. São concebidos como ordem de valores objetiva, respeitando-se a totalidade do sistema de valores do direito constitucional.

Observa Soares que os autores a repudiam pois ela conduziria a uma hierarquização de valores, subjetiva e sem respaldo de critérios ou medidas de relevância objetiva. Também a teoria teria a desvantagem de transformar os direitos fundamentais em sistema hermético separado do resto da Constituição.

Pela teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais, por seu turno, o objeto e a função pública democrático-constitutiva é que legitima e determina o conteúdo dos direitos fundamentais.

Os direitos são concedidos aos cidadãos para serem exercidos como membros de uma comunidade e no interesse público.

Ressalta Soares que, em razão de sua natureza funcional, por essa teoria é assegurado aos poderes públicos o direito de intervenção conformadora do uso dos direitos fundamentais, sendo o exercício dos direitos também um dever, dado o seu conteúdo e alcance.<sup>997</sup>

Pela teoria do Estado social de direitos fundamentais, os direitos fundamentais, além do caráter delimitador-negativo, têm a função de facilitar pretensões de prestações sociais perante o Estado.

---

<sup>995</sup> SOARES, 2000, p. 159.

<sup>996</sup> Ibid., p. 160.

<sup>997</sup> Ibid., p. 163.

É concebida numa tripla dimensão: individual, institucional e processual. Ao invés de negar, exige a atuação estatal na medida necessária à satisfação dos direitos, sustentando que essa intervenção pública representa uma das finalidades do Estado.

Para que isso seja garantido, outorga-se ao cidadão *status activus processualis*, para que ele possa participar da efetivação das prestações necessárias e ao desenvolvimento de seu *status activus*.<sup>998</sup>

Traz também Soares a concepção de Alexy para quem as teorias materiais dos direitos fundamentais são teorias de princípios, dividindo-se em teorias teleológicas gerais ou teorias de princípios de direitos fundamentais.<sup>999</sup>

São três as teorias de princípios:

- a) as que apontam para um princípio jusfundamental;
- b) as que partem de um conjunto de princípios jusfundamentais de igual hierarquia;
- c) as que partem de um conjunto de princípios jusfundamentais, pretendendo estabelecer certa ordem entre eles.

Afirma Soares que Alexy propõe a utilização do discurso jusfundamental - que se traduz em procedimento argumentativo que visa a resultados jusfundamentais - e, com isso, se superam os resquícios de insegurança e inevitável abertura do sistema jurídico, abertura esta que não é arbitrária ou decisionista.

Salienta Soares<sup>1000</sup> a posição de Alexy quanto à insegurança do discurso jusfundamental que exige uma decisão jusfundamental dotada de autoridade que:

En general, vale la tesis según la cual sólo dentro del marco del sistema jurídico, la razón práctica que vincula la argumentación y la decisión de manera racional, puede lograr su realización. A la luz de esta intelección, es razonable la institucionalización de una justicia constitucional cuyas decisiones pueden y requieren ser justificadas y criticadas en un discurso fundamental racional.<sup>1001</sup>

---

<sup>998</sup> Ibid., p. 163.

<sup>999</sup> Ibid., p. 165.

<sup>1000</sup> Ibid., p. 166.

<sup>1001</sup> ALEXY, 1993, p. 553.

Colaciona Soares, o pensamento de Dworkin, que contribui para se entender a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, com sua teoria interpretativista (o império do direito), representando o direito a melhor justificação das práticas legais consideradas globalmente.<sup>1002</sup>

A argumentação jurídica é um exercício de interpretação construtiva, consistindo numa história narrativa que faz com que essas práticas sejam as melhores possíveis.

Destaca que Dworkin fundamenta sua construção teórica sobre os conceitos de política geral de integridade, comunidade e fraternidade.

A idéia de comunidade assume a forma de agente moral criador de *standards* normativos e daí deriva o ideal de comunidade fraterna, que implica a obrigação dos cidadãos de obedecer ao direito.

As pessoas são membros de uma genuína comunidade política quando aceitam que seus destinos vinculem-se por princípios comuns e não apenas por regras forjadas nos compromissos políticos.

Enfatiza Soares que para Dworkin, o Juiz, sob a ótica da comunidade, deve compreender o direito positivo como o esforço dessa comunidade para desenvolver da melhor maneira possível o sistema de direitos fundamentais e participar, criticamente, dessa construção ou reconstrução.<sup>1003</sup>

A integridade, por sua vez, é concebida como virtude fundamental de uma comunidade, facilitando critérios para construir a melhor opção sobre o direito (teoria da integridade), orientando a busca da melhor solução para os *hard cases*.

No processo interpretativo, cabe ao intérprete dar um valor às regras de uma prática social, descrevendo os esquemas de interesses, fins e princípios que a prática possa servir, expressar ou exemplificar.<sup>1004</sup>

O sistema jurídico é integrado por um conjunto de princípios (*standards*), medidas políticas e regras, sendo as medidas políticas normas genéricas que estabelecem os fins a serem alcançados, daí resultando o progresso nas áreas econômica, política ou social para a comunidade.

---

<sup>1002</sup> SOARES, 2000, p. 167.

<sup>1003</sup> Ibid., p. 169.

<sup>1004</sup> Ibid., p. 167.

Destaca Soares que para Dworkin, os princípios incorporam as exigências de justiça e de valores éticos e atuam de forma correlata às normas legais (*Theory of Adjudication*).<sup>1005</sup>

Concebe, portanto, os princípios como imperativos de justiça, imparcialidade ou qualquer outra dimensão de moralidade e as decisões jurisprudenciais são opções sobre princípios morais e não meras aplicações mecânicas das leis.

Ressalta Soares que Dworkin adota posição contrastante com o modelo tradicional, ao defender que na função judicial o juiz deve buscar a resposta correta.

O ideal político de integridade é a pedra angular da concepção dworkiana para melhorar o conceito de matriz de direito e aprofundar suas características pertinentes à imparcialidade, à eficácia ou à evolução crítica. Uma sociedade política que aceita a integridade como uma virtude política se converte numa forma de comunidade especial, no sentido de que promove sua autoridade moral para assumir e desdobrar um monopólio de força coercitiva.<sup>1006</sup>

Com o conceito de integridade, também quer referir Dworkin à idéia de Estado de direito, assegurando ponto de referência inabalável para a hermenêutica crítica.

Esse padrão de integridade configura o ideal político de uma comunidade em que as pessoas associadas sob o direito se reconhecem reciprocamente como livres e iguais, obrigando a todos (cidadãos, legislativo, judiciário) a efetivar as normas básicas de igual respeito e consideração para com todas as pessoas nas práticas e arranjos da sociedade.

#### **6.4.2.**

#### **Direitos fundamentais no constitucionalismo global e técnicas hermenêuticas**

Soares observa que as novas formas de modernidade política e econômica, o advento progressivo dos novos direitos e deveres atrelados à liberdade e à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, a instituição de entidades e órgãos supranacionais, a vinculação dos direitos nacionais ao direito constitucio-

---

<sup>1005</sup> Ibid., p. 168.

<sup>1006</sup> DWORKIN, 1999, p. 213 et. seq.

nal global e ao direito comunitário, remete para uma nova dimensão hermenêutica em que uma teoria do Estado e uma Teoria da Constituição já não conseguem dar conta.<sup>1007</sup>

Para o autor, surge um constitucionalismo global, não mais centrado no sistema jurídico-político hobbesiano, mas num paradigma centrado nas relações Estado/povo, emergindo um *jus cogens* internacional materialmente informado por valores, princípios e regras universais gradativamente normatizados em Declarações e Pactos Internacionais, elevando-se a dignidade da pessoa humana a pressuposto ou valor-fonte de todos os constitucionalismos.<sup>1008</sup>

*Jus cogens* que passa a ser concebido como o conjunto de normas internacionais, inclusive costumeiras, inderrogáveis por outros atos jurídicos, cuja particularidade material é a tutela dos interesses da comunidade internacional em seu conjunto e cuja violação resulta numa violação *erga omnes*.

Destaca também que os conceitos jurídicos clássicos não conseguem justificar a nova ordem internacional em face das características das complexas sociedades.

Exemplifica o caso da integração europeia, com a situação da delegação de poderes soberanos dos Estados para as Comunidades, a razão do primado do Direito Comunitário sobre o direito estatal, a aplicação direta do Direito Comunitário sobre o direito estatal e a adoção dos tratados comunitários da regra de maioria em detrimento da unanimidade.

O direito constitucional comum europeu tem pretensão supranacional, inaugurando um *status mundialis hominis* como direito fundamental universal, fundando tal *status* no devenir dos direitos fundamentais, devendo esse *status* primeiro ser implantado nos Estados nacionais para universalizar-se.

Não descarta, no entanto, de que tal objetivo passa pela pluralidade e respeito das culturas nacionais e à tensão entre eurocentrismo e multiculturalismo.<sup>1009</sup>

Não é objeto deste trabalho desenvolver pormenorizadamente os métodos hermenêuticos, primeiramente em razão das ressalvas anteriormente feitas (preocupação com a verdade e não com o método), e, em segundo lugar, por que os métodos ou técnicas variam conforme a concepção ontológica que se tem do di-

---

<sup>1007</sup> SOARES, 2000, p. 143.

<sup>1008</sup> Ibid., p. 143.

<sup>1009</sup> Ibid., p. 288.

reito, além de depender de uma teoria constitucional adequada à realidade brasileira.

Concorda-se com a crítica de Afonso da Silva<sup>1010</sup> de que não é possível ‘colocar num mesmo saco’ teorias ou técnicas hermenêuticas incompatíveis entre si, muitas vezes vazias e sem qualquer contato com a realidade e com o direito constitucional brasileiros.

A técnica ou técnicas hermenêuticas não podem se apartar de uma teoria constitucional adequada a países de modernidade tardia.

Mesmo com as ressalvas acima, assinala-se, a existência dos seguintes métodos (técnicas) hermenêuticos: a) clássico; b) tópico-problemático; c) integrativo; d) concretizador; e) estruturante, e f) comparativo.

Pelo método ou *técnica hermenêutica clássica* (interpretação gramatical, lógica, histórica, teleológica e genética), a Constituição é uma lei e como tal deve ser concretizada.<sup>1011</sup>

O método ou *técnica tópico-problemática*,<sup>1012</sup> aplicável ao âmbito do direito constitucional parte das seguintes premissas: a) do caráter prático da interpretação constitucional, pois busca resolver problemas concretos; b) do caráter aberto, fragmentário ou indeterminado da lei constitucional; d) e da preferência pela discussão do problema em virtude da abertura das normas constitucionais que não permitem qualquer dedução subsuntiva que não parta delas próprias.

A tópica, então, englobando toda a realidade do direito, apropria-se das normas positivadas, escritas e não escritas, das regras de interpretação e dos elementos lógicos disponíveis.<sup>1013</sup>

Por meio do pensamento aporético, são os problemas que merecem especial atenção do hermenauta, não sendo ignorado o sistema, mas tido como idéia ou perspectiva.

O método tópico pressupõe um ambiente democrático, centrado na argumentação persuasiva e tendo por suporte a busca do consenso.

Tem relevância para a construção de uma hermenêutica constitucional e global porque impõe a compreensão prévia do problema a resolver, problema esse que passa a ser cotejado com o direito constitucional, internacional e comunitário,

<sup>1010</sup> AFONSO DA SILVA, 2005, p. 115 et. seq.

<sup>1011</sup> CANOTILHO, 2000, p. 1182.

<sup>1012</sup> VIEHWEG, 1979, p. 17 et. seq.

<sup>1013</sup> SOARES, 2000, p. 147.

em que todas as regras de interpretação são válidas para oferecer uma solução adequada e proporcional ao caso.

O método ou *técnica integrativa* de Smend está centrado na compreensão axiológica das ciências do espírito de Dilthey, em especial sobre a axiologia constitucional, primando pelo sentido e pela realidade constitucional.

Conforme destaca Soares,<sup>1014</sup> fundamentando em Canotilho, pelo método científico-espiritual, valorativo ou sociológico, “a interpretação não se destina à concretização de normas constitucionais, mas à compreensão de seu sentido e da realidade constitucional, resultando em sua articulação com a integração espiritual da comunidade”.<sup>1015</sup>

Salienta Soares que o método smendiano exige que a interpretação constitucional considere:

- a ordem ou sistema de valores subjacentes ao texto constitucional, estando o intérprete forçado a captar a emanção espiritual do conteúdo axiológico último da ordem constitucional;
- o sentido e a realidade da constituição são considerados elementos do processo de integração. A idéia de interpretação busca compreender o sentido e a realidade da lei constitucional, conduzindo à articulação dessa lei com a integração espiritual real da comunidade;
- o sentido deste processo consiste na nova produção da totalidade vital do Estado. A Constituição é a expressão deste sistema de sentido, que nela, simultaneamente se desenvolve;
- os direitos fundamentais, inerentes à Constituição, apresentam-se como um determinado sistema cultural e de valores de um povo.

O método ou *técnica hermenêutico-concretizadora*, teorizado por Konrad Hesse, considera a interpretação constitucional como concretização, reconhecendo ao intérprete o poder criador da norma.

Dá primazia ao texto constitucional ao invés do problema, como no método tópico.

---

<sup>1014</sup> Ibid., p. 149.

<sup>1015</sup> CANOTILHO, 2000, p. 1087.



Para Hesse, a interpretação constitucional é compreensão e preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete realiza atividade prático-normativa, concretizando a norma a partir do caso.<sup>1016</sup>

O processo de concretização da norma exige a vinculação da interpretação à norma a ser concretizada, à pré-compreensão do intérprete ao problema concreto a ser resolvido, o que significa que não pode haver método de interpretação autônomo, separado desses fatores, bem como que o procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela Constituição e pelo problema respectivo.<sup>1017</sup>

São pressupostos da tarefa interpretativa, segundo tal método/técnica:

- a) pressuposto subjetivo: o intérprete desempenha papel criador (pré-compreensão) da norma constitucional aplicanda;
- b) pressuposto objetivo: o intérprete atua como mediador entre texto e contexto, com vistas a aferir se a norma construída se adequa entre texto e realidade;
- c) relação entre texto e contexto: a mediação criadora do intérprete transforma a interpretação em círculo hermenêutico.

Pelo método ou *técnica jurídico-estruturante*, Friedrich Müller procura estruturar e racionalizar o processo de concretização da norma jurídica para que haja vinculação nessa atividade, mantendo assim a imperatividade da norma constitucional.<sup>1018</sup>

Está estruturada na dogmática, na metodologia, na teoria da norma jurídica e na teoria da constituição. Não há identidade entre norma e texto normativo, pois a norma é criada a partir de inúmeros elementos: caso concreto, texto, pré-compreensão do intérprete, Constituição, costumes, princípios, regras, etc.

A metodologia tem função estratégica de explicitar a estrutura de concretização da norma no caso particular e captar sua transformação numa decisão prática. Isso porque não é possível a construção da norma jurídica sem a observância

---

<sup>1016</sup> HESSE, 1998, p. 63.

<sup>1017</sup> Ibid., p. 63.

<sup>1018</sup> MÜLLER, 2000, p. 56 et. seq.

de exigências práticas como o princípio do Estado de direito, da democracia, cidadania, povo, poder.

Norma constitucional para Müeller é modelo de ordenação juridicamente vinculante, composto por medida de ordenação expressa por meio de enunciados lingüísticos (programa normativo) e por constelação de dados reais (domínio normativo) positivado na Constituição e orientado para uma concretização material.<sup>1019</sup>

Por último, Canotilho destaca um quinto método ou técnica de interpretação: a *interpretação comparativa*, que apela a elementos de direito comparado cujo objetivo é captar de forma jurídico-comparatística a evolução da conformação, diferenciada ou semelhante, de institutos jurídicos, normas e conceitos nos vários ordenamentos jurídicos com o fito de esclarecer o significado a atribuir a determinados enunciados lingüísticos utilizados na formulação de normas jurídicas.<sup>1020</sup>

O método assume natureza valorativa que reconduz a uma comparação valorativa no âmbito do Estado Constitucional, sendo possível estabelecer-se por meio dela uma comunicação entre várias constituições e descobrir critérios para a melhor solução de casos concretos.

Ressalta Canotilho que tal método tem sido utilizado pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia em torno dos direitos fundamentais, ou por determinação das próprias constituições nacionais que remetem para textos internacionais, como por exemplo, o art. 16, da Constituição portuguesa, que remete para a Convenção Européia de Direitos Fundamentais.<sup>1021</sup>

### 6.4.3.

#### **A interpretação dos direitos fundamentais no estado social de direito**

Com o advento do Estado Social ou Estado Constitucional da democracia pluralística, houve uma profunda transformação jurídica e institucional, o que exigiu a reformulação da teoria constitucional e da liberdade individual.<sup>1022</sup>

---

<sup>1019</sup> Ibid., p. 58.

<sup>1020</sup> CANOTILHO, 2000, p. 1198.

<sup>1021</sup> Ibid., p. 1198.

<sup>1022</sup> Ibid., p. 87.

O Estado social de direito reflete uma compreensão correta das sociedades modernas, que exigem uma crescente intervenção, direção e conformação por intermédio do Estado.

Observa-se com Lowenstein que no Estado moderno, constitucional e democrático, a essência do processo de poder passa a estribar-se no objetivo de estabelecer o equilíbrio entre as diferentes forças pluralistas, que se digladiam na sociedade estatal, garantindo espaço para o livre desenvolvimento da personalidade humana.<sup>1023</sup>

Os direitos fundamentais interpretados à luz da teoria do Estado social de direito significa que o povo tem direito a prestações, que exigem recursos financeiros consideráveis para serem atendidos.

Salienta-se com Hesse que para que os direitos fundamentais possam desempenhar a sua função na realidade social, necessitam não apenas de uma normação intrinsecamente densificadora, mas também formas de organização e regulamentação procedimentais apropriadas. Por sua vez, os direitos fundamentais influem no direito da organização e no direito de procedimento. Essa influência verifica-se não apenas nos direitos especificamente procedimentais, mas também nos direitos materiais.<sup>1024</sup>

Da famosa polêmica entre Hesse e Lassale, em que o primeiro entende que a Constituição é normativa e exige cumprimento independentemente da realidade, e Lassale, de que ela é mera folha de papel, se a comunidade não lhe outorga juridicidade, Hesse vai buscar um ponto de equilíbrio com vistas a não sacrificar a dimensão normativa da Constituição em face da realidade, não descurando que sua eficácia não pode extrapolar as condições naturais, históricas e sócio-econômicas de cada situação.

Defende Hesse que a Constituição é algo mais que as condições fáticas e que sua força normativa ordena e conforma a realidade política e social, ressaltando a vontade da constituição, centrada nas premissas de que: a) é necessária uma ordem normativa objetiva e estável, como garantia perante a arbitrariedade do poder; b) que a ordem normativa precisa de constante legitimação; c) que o

---

<sup>1023</sup> LOEWENSTEIN, 1983, p. 422 et. seq.

<sup>1024</sup> HESSE, 1998, p. 225 et. seq.

valor normativo depende de sua racionalidade e dos atos de vontade humana tendentes à sua realização.<sup>1025</sup>

Destaca Soares<sup>1026</sup> que o *background* político-social da concepção de Hesse é a afirmação da dignidade da pessoa humana, a crença na democracia igualitária e a realização do Estado social de direito.

Dessa forma, a concepção desse *background* interpretado com a dogmática dos direitos fundamentais, assume-se como política dos direitos fundamentais, processualmente concretizada ou a concretizar pelo Estado de prestações.

---

<sup>1025</sup> Ibid., p. 9 et. seq.

<sup>1026</sup> SOARES, 2000, p. 106.

## **Conclusão – A compreensão-construção-aplicação-concretização de uma norma jurídica mais plena de sentido**

As seções seguintes farão uma síntese do percurso realizado, com vistas à tentativa de caminhar junto com o intérprete/leitor e identificar como é possível normas jurídicas mais responsáveis, compatíveis com a fase de efervescente criatividade na dogmática jurídica e de sua aproximação com a ética e com a realização dos direitos fundamentais.

A partir da incindibilidade do processo de compreender-construir-aplicar-concretizar normas jurídicas, transpõe-se o paradigma da subjetividade - centrado na dualidade sujeito-objeto - para apontar a potencialidade de uma nova hermenêutica que opera num outro paradigma, o paradigma intersubjetivo, onde passa a ser condição de possibilidade do hermenêuta sua pré-compreensão, a tradição, o discurso, o diálogo, o círculo hermenêutico, os pré-juízos e preconceitos, integrando a faticidade ao mundo do fenômeno jurídico.

Dáí resulta uma hermenêutica jurídica mais responsável e que não se submete aos risos da camponesa Trácia,<sup>1027</sup> não deixando qualquer complexidade fora de apreciação, como por exemplo, o papel da Constituição (com papel preponderante às teorias materiais), na concretização das promessas da modernidade, além de não permitir que o intérprete dê qualquer nome às coisas, qualquer interpretação, construindo aí respostas adequadas e não uma única resposta como afirma Dworkin.

---

<sup>1027</sup> Diz-se sujeito aos risos da camponesa Trácia àquele que tem a cabeça nas estrelas e se esquece do mundo real, das contingências e forças limitativas e condicionantes da vida, caindo em suas armadilhas.

## 7.1.

### **Condições de possibilidade de uma hermenêutica jurídica cosmopolita**

Desenvolveram-se no capítulo 2 as condições de possibilidade em que uma hermenêutica jurídica cosmopolita poderá prosperar, sob as perspectivas de Hannah Arendt e Zagrebelski. As categorias possibilitadoras dessa hermenêutica são: a) cosmopolitismo e hospitalidade; b) universalismo e relativismo; e c) o político.

A abordagem interdisciplinar desenvolvida, fazendo interagir alguns elementos de filosofia, de teoria do direito, de teoria da constituição, de linguagem, de constitucionalismo, de hermenêutica e de direito internacional e direitos fundamentais, não seria viável sem uma escolha: uma abordagem zetética e uma perspectiva dialógica, meio pensado para se ir além da dogmática tradicional ou da subsunção (modelo das regras) e da dogmática crítica (sistema jurídico como sistema aberto de regras e princípios) e ampliar o processo hermenêutico por meio do diálogo entre a dogmática tradicional, a dogmática crítica e a hermenêutica filosófica como via possibilitadora da construção de normas mais responsáveis, mais plenas de sentido, em que, no extremo, não se teria parâmetros para decidir, momento em que se buscou ou se amparou no juízo reflexionante de Arendt/Kant e no modelo da validade exemplar.

Navegar pelo pensamento arendtiano e zagrebelskiano significa uma primeira tomada de posição, uma visão de mundo, por parte do intérprete: o perguntar pelo que se está fazendo, pelas conseqüências de suas decisões.

Uma visão de mundo em que a verdade pretende ser obtida por meio do convencimento, do diálogo, do discurso, da ética, da opinião, ou seja, por todas as formas em que a liberdade humana possa se manifestar.

Ao decidir, ao emitir um parecer, ao elaborar uma lei, o intérprete há que se questionar que tipo de decisão está exarando. Porém, para chegar a esse ponto, ele precisa situar-se; precisa saber que relações de poder estão por trás do sistema normativo (quem decide e em relação a que); qual a legitimidade desse sistema; que papel ele (intérprete) quer e deve desempenhar no processo hermenêutico (replicante do *status quo* ou transformador da realidade); precisa se perguntar se não está sendo mero instrumento da técnica ou se está buscando pelos sentidos de

suas ações e decisões, privilegiando o ôntico ao invés do ontológico; precisa decidir que responsabilidade quer ter com a humanidade da qual partilha e que futuro prepara e deixa para as futuras gerações.

Precisa se dar conta do fato de não ser um mero propagador de relações identitárias, em que somente sujeitos iguais têm direitos e o 'Outro', o diferente, continua a ser excluído e em que nada de novo acontece.

Precisa saber que sujeito quer construir; ter opinião própria ou pensar sem corrimão, como diria Arendt; incorporar a ética em suas ações e relações, valorizando as condutas e, a partir daí, obter novas validades para os saberes e criar novos sujeitos e novas verdades; passar, enfim a decidir eticamente e não epistemicamente.

Nessa perspectiva, o certo e o errado passam a depender do julgamento, conforme se teve a oportunidade de descrever ao se examinar o juízo reflexivo de Arendt e em que a decisão se dá no pôr-se no lugar do outro a partir da sensação de dor ou das conseqüências por ele suportadas.

Conforme se destacou no capítulo 3, a perspectiva arendtiana é incompatível com verdades universais, sendo uma pensadora do contingente, profundamente comprometida com as práticas sociais e com movimentos pragmáticos que visam a ampliar seu grau de comprometimento com os outros e construir uma sociedade mais humana e inclusiva.

O cosmopolitismo e a hospitalidade são categorias interdependentes e relevantes para pensar-se e aplicar-se uma hermenêutica jurídica cosmopolita porque continuam presentes inúmeros sintomas da experiência totalitária, como os movimentos xenófobos, as *displaced persons* (pessoas descartáveis), sem cidadania, sem direitos, sem um lugar em sua própria casa, a terra, atitudes autoritárias que enxergam tudo e todos como inimigos e que querem afetar sua hegemonia bélica e econômica e que devem ser eliminadas, independentemente de qualquer legitimidade e base legal.

A hospitalidade é o ato de acolher qualquer pessoa da terra, de ser amável com ela, de recebê-la como hóspede em casa, mesmo sem ter sido convidada, sem nada pedir-lhe ou exigir, sem impor-lhe qualquer condição.

Não pode a hospitalidade ser construída com base numa relação de identidade, em que se exige do outro que fale nossa língua, que seja de boa família, que tenha um nome, um estatuto social, um visto, documentos, certa quantia de di-

nheiro, pois ao se exigir isso do outro nada mais se está fazendo do que acolhermos a nós próprios, bloqueando assim a alteridade.

A hospitalidade defendida no presente trabalho supera a concepção kantiana, concebida como tolerância para com o diferente, que exige documentação, que tem limites, impostos pelo respeito da lei jurídica, não descurando, porém, que o próprio Kant defendia juridicamente o direito de qualquer pessoa estar em qualquer lugar da terra e de ter liberdade para cuidar de sua própria vida.

A hospitalidade, na leitura arendtiana, passa necessariamente pela ética e pelo político, exigindo a obrigação recíproca de toda a humanidade entre si, diferentemente da tolerância, que assume forma caritativa e um gesto paternalista em que o outro não é aceito como um igual e que, ultrapassado o limite definido por aquele que supostamente acolhe, qualquer ação seria considerada como hostil e nada mais seria lícito pedir.

Mesmo em Kant, o estrangeiro é um cidadão do mundo, independentemente de sua origem, tendo o direito de ser tratado como pessoa, como fim em si mesmo; assim, a língua da hospitalidade é a da razão prática e o agir, o agir racionalmente motivado.

Kant já pensara numa Constituição cosmopolita, pensando numa Federação de Estados e num Estado de cidadania mundial, defendendo que a República seria o estágio intermediário para o cosmopolitismo.

Embora a concepção cosmopolita possa parecer um sonho como categoria jurídica, é preciso dar-se conta de que muitas conquistas e transformações só foram possíveis por meio de sonhos, como por exemplo, a evolução do constitucionalismo e do direito internacional, a exemplo do Tribunal Penal Internacional, o aprimoramento do processo democrático e do conceito de cidadania, apenas para ficar na seara desse trabalho.

O direito cosmopolita considera o indivíduo como membro de uma sociedade de dimensão mundial e a realização de um direito cosmopolita somente se tornará possível quando se reconhecer que a alteridade nos constitui, conclusão esta que permitirá a construção de intersubjetividades extremamente valiosas para a humanidade.

Esse cosmopolitismo defende o antagonismo ou agonismo, como prefere Chantal Mouffe, o livre embate de idéias, como condição fundamental para o crescimento humano.



Verificou-se com Habermas e Derrida, que uma nova ordem jurídica cosmopolita exige a criação de novos atores políticos que devem ser instituições multilaterais, com alianças continentais, além do fortalecimento das instituições existentes, reavaliando-se criticamente o conceito de soberania.

As reflexões arendtianas traduzem-se num discurso impressionante em favor da pluralidade dos homens e de povos, de posições e visões de mundo. Esse discurso se dá por meio do político, em Hannah Arendt concebido como a atuação plural, geradora do poder e da autoridade. Conforme se destacou ao longo do trabalho, Arendt não quer educar ninguém; o que ela quer é convencer, é compreender o mundo a partir da pluralidade humana.

Arendt não realiza qualquer associação entre poder e violência ou força, pelo contrário; o que ela faz é justamente denunciar a substituição do político pela força e pela violência pela nossa capacidade moderna de extermínio total (arsenal atômico acumulado), resultando daí a corrupção do político e do espaço público pela violência e pela força, força esta que, ao invés de proteger a vida e a liberdade tornou-se terrivelmente poderosa que atualmente ameaça a ambas.

O político em Arendt é a ação respeitosa para com todos os povos, tendo a terra como morada comum, tornando nossa relação com os outros legítima. Um mundo sem o político é um mundo supérfluo, sem cuidado, em que não se pensa nos destinos da humanidade.

Consoante se destacou no capítulo 3, sobressai no pensamento de Arendt seu *amor-mundi*, sua preocupação com o mundo e a sobrevivência dos homens nele, um mundo que nos ameaça de ser ‘coisa’ e não ‘sujeitos’.

Esse *amor-mundi* arendtiano é contruído pelo interagir humano, pelo diálogo, discurso, convívio de opiniões, pela igualdade, e, especialmente, pela liberdade, sendo esta o sentido do político. Só há liberdade para Arendt, quando o homem é liberto das necessidades materiais para a manutenção de seu ciclo biológico; ou seja, a questão social (patrimônio mínimo, renda, moradia, saúde, trabalho: o mínimo existencial) é pré-condição para o ser político arendtiano, pois é somente após a supressão dessas necessidades básicas que o homem pode agir politicamente expressando suas opiniões e construindo um mundo melhor.

A liberdade do agir humano é que cria uma rede de relações que por sua vez desencadeia novas relações e se constrói mundos, perspectivas sempre renovadas.

Arendt acredita no poder de convencimento, na *doxa* (opinião), na maiêutica (método de perguntas e respostas), do discurso, do diálogo, no conflito agonal (livre, sadio e democrático embate de idéias e opiniões), formas de construção da verdade.

A espontaneidade é a grande categoria defendida por Arendt para o agir humano, visto que é ela que permite o começar algo novo, evitando que o mundo tenha um curso determinado e seja previsto de forma determinística.

Tal qual Arendt, Carl Schmitt foi um dos grandes pensadores do político, identificando o político onde houver agrupamento humano determinante em torno de uma causa (religiosa, moral, econômica, étnica, etc.).

O estudo de Carl Schmitt é fundamental para o constitucionalismo especialmente por sua abordagem do político (relação amigo-inimigo) e pela desobnubilização ou desmascaramento da atuação estatal no liberalismo.

Schmitt diz que o liberalismo nega o Estado e o político, neutralizando-os, despolitizando-os, dando inclusive às declarações de liberdade um ‘determinado’ sentido político, um sentido em que o político em sua verdadeira dimensão (agonismo, conflito, antagonismo) não se manifeste, um sentido em que o político reste preso e subordinado ao econômico.

Schmitt denuncia que a legitimidade política na sociedade da democracia de massas já não se baseia em conteúdos, em valores, mas meramente na legalidade formal do procedimento, pela mera valorização da maioria quantitativa de votos, no desaparecimento do ‘público’ no processo de decisão política para dar lugar a negociações em comissões fechadas, transformando a vida pública em espetáculo e reduzindo o espaço público a mero divertimento.

Por meio desse mero procedimentalismo, qualquer decisão é formalmente legitimada, evidenciando aqui um estreito relacionamento entre o pensamento de Arendt e de Schmitt.

Para Schmitt, o liberalismo escamoteia a argumentação fundamentadora do político e favorece a neutralização da vida política, retirando o lugar autônomo do político, resultando em estruturas meramente formais do político, sem valores e sem capacidade de se opor à usurpação do poder.

Denuncia assim Schmitt a privatização do espaço político, resultando numa sociedade presa à magia de uma tecnologia neutra e que não dá qualquer importância à *res pública*.

Tal qual Arendt, Schmitt denuncia que o liberalismo reduziu o inimigo a um concorrente no plano econômico e a um oponente de discussões, na perspectiva do espírito, concebendo também o político (o conflito, o antagonismo) como a necessária preparação para a luta (democrática ou não) por toda a vida. No caso do conflito não democrático ter-se-á o conflito bélico.

O direito não passa incólume das críticas de Schmitt. Diz que o ‘império do direito’ nada mais representa que a legitimação do ‘status quo’, a manutenção dos interesses daqueles cuja vantagem econômica se estabiliza no direito. Essa crítica é fundamental, pois a virada copernicana do conceito de poder, centrado no conceito de ‘povo’ implica na construção de um novo tipo de direito, um direito legitimado pelo discurso construído pela comunidade político-jurídica.

Tal qual Hannah Arendt que não pactua do conceito de soberania, Schmitt vai dizer que o conceito de soberania do direito e que o império de uma ‘ordem superior’ são palavrórios vazios, pois o que verdadeira traduzem é o sentido político com que determinados homens querem dominar apoiados numa ordem superior, sobre homens de uma ordem inferior.

Essa conclusão é fundamental e está em consonância com o pensamento de Arendt, uma vez que mostra a irrelevância ou desnecessidade do conceito de norma fundamental, que resulta, tal qual no constitucionalismo norte-americano, que a Constituição não precisa de qualquer norma fundamental, transcendental, pressuposta que a fundamente, visto ser a comunidade política que institui as normas sob as quais quer ver suas relações jurídicas decididas. A norma constitucional vale, é legítima e juridicamente vinculante porque a comunidade política assim decidiu.

Schmitt denuncia também a técnica moderna tal como Arendt, Foucault, Heidegger, Hanz Jonas, Agamben, dentre outros, afirmando que ela não é neutra, mas instrumento e arma que pode servir a qualquer um: é meio de dominação de massas: pode intensificar a paz ou a guerra.

Ao lado de Arendt e Schmitt, Chantal Mouffe é uma das pensadoras atuais que mais leva a sério o político, sustentando que seu retorno é condição *sine qua non* para a convivência no século XXI.

É ferrenha defensora de uma democracia radical e plural, a partir da multiplicidade, da pluralidade e do conflito, como condição de possibilidade à realiza-

ção da democracia. Defende a hegemonia de valores democráticos por meio da multiplicação de práticas democráticas.

Para Mouffe, com a dissolução dos sinalizadores de certeza nos séculos XX e XXI, já não é possível existir uma unidade substancial e a divisão, a diferença não de ser encaradas como constitutivas.

Mouffe refuta a concepção individualista de sujeito e defende que é preciso pensar um 'sujeito discursivamente construído' pela 'multiplicidade dos jogos de linguagem' de que participa.

Ao lado do sujeito discursivamente construído, Mouffe pensa o aspecto coletivo da existência humana como constitutivo e não mais o indivíduo como *terminus a quo* e *terminus ad quem*.

Dessa forma, a cidadania pensada por Mouffe respeita o pluralismo e ao mesmo tempo a liberdade individual, resistindo ao regresso a uma *universitas* e a uma comunidade moral.

Um dos temas mais caros à sociedade global do século XXI cinge-se ao debate entre universalistas e relativistas, os primeiros defendendo valores universais, válidos para todos os povos; já os relativistas, defendendo os valores culturais de cada nação, posição esta que justificaria massacres, ofensas físicas e morais contra as mulheres e crianças, mutilações, etc.

Mouffe defende o diálogo entre o universal e o contingente, tal qual Boaventura de Souza Santos (universalismo de confluência).

Enfatiza a relevância do antagonismo, por ela denominado de conflito agonal (livre embate de idéias, travadas sob o crivo da democracia) e que devem ser desvelados, trazidos a debate, a discussão e diálogo, em praça pública, para que não retem comprimidos em um lugar qualquer na mente dos povos e venham a explodir num momento qualquer como ocorreu com o nazismo e o fascismo.

A negativa do político (dos conflitos, das controvérsias) e seu lançamento para o domínio do privado não o faz desaparecer, mas conduz ao espanto perante suas manifestações e à impotência de seu tratamento, segundo se observou nos dois fenômenos acima apontados.

Uma das conclusões mais importantes de Mouffe é sua identificação da relação entre o indivíduo e o público, universal e homogêneo. Toda particularidade, toda contingência, toda diferença era lançada para a seara do privado e não ganhava relevância, não passava ao crivo do debate, da validação, da verdade.

Segue Schmitt na crítica à teoria liberal dizendo que o universalismo, o racionalismo e o individualismo têm sido cegos quanto à especificidade do político, destacadamente com relação ao papel do antagonismo e do poder na vida social, propondo assim uma reformulação nas categorias centrais da teoria política, como a cidadania, a comunidade e o pluralismo.

Mouffe defende a necessidade da criação de fronteiras em que se identifique um 'nós' e um 'eles', contudo esclarece que essa fronteira não pode representar o aniquilamento do 'outro'; pelo contrário, há que se respeitar suas idéias, oportunizando venham a público suas opiniões, visões de mundo, etc.

Mouffe pensa numa nova forma de individualidade, verdadeiramente plural e democrática na qual se passam a ser sujeitos múltiplos e contraditórios, habitantes de uma diversidade de comunidades, construídos por uma variedade de discursos e precária e temporariamente imbricado-construídos na interseção dessas posições de sujeito.

Pensa em desenvolver essa nova individualidade a partir da ampliação do número de relações sociais, discursos, práticas, jogos de linguagem, espaços culturais plurais, formas coletivas de vidas e regimes; disso resultará a produção de posições de sujeito radicalmente democráticas e para que esse novo sujeito possa ser construído, um projeto de democracia radical tem de conciliar-se com a dimensão do conflito e do antagonismo, todavia criando condições para que as forças agressivas possam ser diluídas e canalizadas democraticamente.

Apesar de concordar com várias posições de Schmitt, tais como de que o pensamento liberal evita o Estado e a política, e a incapacidade do individualismo liberal de compreender a formação de identidades coletivas e de apreender o aspecto coletivo da vida social como constitutivos, Mouffe não aceita a contradição apontada por Schmitt entre liberalismo e democracia, afirmando que Schmitt não compreendeu a especificidade da democracia moderna erigida sob os princípios da liberdade e da igualdade.

Entretanto, o pensamento mouffiano, ou seja, a democracia radical poderia sugerir uma ausência total de limites, talvez até um anarquismo, desfeito este que Mouffe não compactua, pois defende a necessidade de limites ao pluralismo.

Um primeiro limite por ela apontado é a necessidade de fidelidade ao Estado, mas um Estado ético, que cristalize as instituições e princípios próprios da

democracia moderna, traduzida na forma de existência coletiva, que afirme um certo número de valores, como por exemplo, a liberdade e a igualdade.

O equilíbrio democrático por ela defendido assenta-se tanto do procedimentalismo (conjunto de procedimentos necessários para manter o pluralismo) quanto na necessidade de adesão a valores que moldam determinada forma de coexistência.

Em síntese, para Mouffe, diferentemente de Schmitt, é a tensão entre a lógica da identidade e a lógica da diferença que define a essência da democracia pluralista.

Mouffe pensa na possível convivência entre a lógica democrática, de um lado, e da lógica liberal da liberdade, de outro, lógicas que devem ser protegidas e não dissolvidas, pois são esses dois pólos (essa lógica) a condição de possibilidade ou condição constitutiva da democracia pluralista.

Tal qual Arendt, Schmitt e Mouffe, Ronald Dworkin, constitucionalista norte-americano de destaque na atualidade, pensa numa aplicação do direito em que o político é incidível do jurídico, aspecto este relevante em nosso entender, visto que no Brasil todos os juízes exercem jurisdição constitucional. O político de Dworkin não tem relação com política partidária, mas com princípios políticos que estruturam a comunidade, como por exemplo, o princípio da igualdade e da liberdade.

Porém, essa incidibilidade precisa ser esclarecida para que o Poder Judiciário ou os operadores do direito não comecem a confundir em que dimensão se dá tal incidibilidade.

O político e o jurídico não pertencem a mundos diferentes, devendo ambos atuarem em conjunto quando puderem figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade.

Um dos aspectos mais relevantes do pensamento dworkiano consiste em sua conclusão de que o império do direito se define pela atitude, atitude interpretativa e auto-reflexiva, atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios e o que esses compromissos dele exige. Esse pensamento o leva a pensar numa comunidade de princípios.

Dworkin defende que a atitude do direito é construtiva e que sua finalidade é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo-se uma relação de boa-fé com o passado.

Faz importante distinção entre argumentos de política e de princípio, os primeiros baseados em objetivo e os segundos, em direito.

Enfrenta Dworkin um dos aspectos polêmicos em todo o mundo que versa sobre a possível ofensa ao princípio da separação de poderes e do regime democrático se o Judiciário começar a decidir com base em argumentos de princípio (distintas das de política), respondendo que não há ofensa à democracia porque a legislação não é a estratégia exclusiva para decidir que direitos as pessoas têm, mas também e principalmente critérios de equidade.

Dworkin afirma que se os princípios políticos inscritos na Constituição fazem parte do direito, deve-se decidir conforme determina a Constituição, pois passaram a ser jurisdicizados.

Em síntese, segundo se observou no capítulo 2, Dworkin adota uma forma ampliada de interpretação jurídica, incorporando a moral e a política numa comunidade de princípios (jurisdicizados), reconhecendo ao direito e ao Poder Judiciário um papel prospectivo, construtor e densificador dos valores da comunidade política, por meio do que ele denomina de comunidade de princípios, esteio normativo que permite, tal como numa obra literária escrita por milhares de pessoas, que a obra seja a melhor possível.

## 7.2.

### **Síntese do pensamento de Hannah Arendt e sua relevância para o processo hermenêutico**

O objetivo do capítulo 3 foi percorrer o pensamento de Hannah Arendt, com vistas a abrir clareiras ou perceber sua visão de mundo, à produção de melhores resultados para o processo de concretização do direito.

Uma das primeiras críticas arendtianas ao pensamento contemporâneo dirige-se justamente à ausência de pensamento ou ao sonambulismo do pensamento nos séculos XX e XXI, ou seja, à renúncia ao pensamento crítico em favor da

epistemologia, do método científico, da técnica pela técnica, da sujeição do homem, conforme também denunciaram Foucault e Heidegger.

Ao examinar a condição humana, Arendt coloca em destaque três categorias fundamentais do século XX e XXI: o labor, o trabalho e a ação.

A *ação* (action) é a única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação de coisas ou da matéria; é a fonte do significado da vida humana, a capacidade de começar algo novo e que permite ao indivíduo revelar sua identidade; corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que homens e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo. A ação empenha-se em fundar e preservar corpos políticos, criando as condições para a lembrança.

A pluralidade humana é a condição da ação e do discurso. A ação e o discurso que se dão nesse ambiente plural é tão relevante para Arendt, pois é dessa força que o agir se legitima; é desse agir plural que surge o poder, fundamento da verdadeira ação humana.

Enfatiza Arendt, ironicamente, que a idade moderna exerce uma espécie de preconceito contra a ação, o discurso e a política, visto que estes são processos imprevisíveis, irreversíveis e seus atores são anônimos. Um homem, senhor de seus atos do começo ao fim, já não poderia ser um homem de ação, mas um fabricante, um homem previsível, que sabe como começam e terminam os processos que desencadeia.

Nem Platão escapa às suas críticas, uma vez que atribui a ele a idéia de fabricação e, conseqüentemente da violência, pois foi Platão quem buscou pela imagem, pela forma (eidos) do produto fabricar. Idealizada essa forma, bastava pôr em prática o projeto executivo, não havendo qualquer processo de fabricação sem violência.

A violência assim é a categoria que tem marcado todas as esferas da conduta humana, inclusive dos corpos políticos, destacando Arendt que o modo de agir humano chegou a um ponto em que a violência está tão arraigada, tão indissociável do agir humano, que se passa a admitir a validade, a admissão, a permissão e a justificação de qualquer ação para se obter um fim previamente determinado, com a única condição de que esses meios sejam eficazes.

Arendt não ignora que se pode errar ao agir, mas os erros são corrigidos pelo perdão e pela promessa, em que pelo perdão se limpa o passado e pela promessa se constrói o futuro, em conjunto.



Tal qual as críticas da razão pura, da razão prática e do juízo, de Kant, Arendt construiu as três categorias fundamentais da ação humana: o pensar, o querer e o julgar, esta última inacabada por ocasião de seu falecimento em 1975.

A ação conjunta, em concerto com os outros, é tão importante para Arendt tendo ela identificado aí as condições impeditivas do totalitarismo, materializado ora por meio do isolamento, destruidor das capacidades políticas, ora pelo desenraizamento, destruidor da capacidade de relacionamento social.

Identificou também Arendt que o isolamento e o desenraizamento são conseqüências de um mundo em que os valores maiores já não são definidos por fins nobres ou por valores humanitários, mas ditados pelo labor em que o homem se vê degradado e transformado em objeto.

A espontaneidade (natalidade) é uma categoria fundamental do pensamento arendtiano, representando a capacidade permanente dos homens de sempre começar algo novo: a esperança de que apesar de tudo, é possível recomeçar, transformar o mundo para melhor.

Ao investigar a condição humana na época contemporânea, Arendt busca compreender porque a vida se tornou sem sentido. Busca compreender porque categorias tão importantes como a ação, o pensar, o discurso, o poder, o senso comum perderam quase toda importância e a força e a violência vieram a assumiram papel tão destacado no mundo contemporâneo.

Por meio do pensamento de Hannah Arendt, uma hermenêutica jurídica mais plena de sentido está assentada no resgate arendtiano dessas categorias.

Para resgatar a dimensão dessas categorias, Arendt chega ao ponto de identificar em que momento se deu a ruptura com a tradição e o permanente e o estável deixaram de ser relevantes.

Identificou que esse momento de ruptura se deu com a descoberta do telescópio, momento em que o homem passou a viver segundo a categoria de ‘meios e fins’ e o efêmero, o labor e a fabricação passaram a ser o sentido de tudo, inclusive dele próprio.

Importante destacar que para Arendt, ‘compreensão’ é um processo complexo, uma incessante atividade, sempre variada e em mudança, por meio do qual se ajusta o real, criam-se sentidos e enraízam-se no processo da vida, fazendo-nos conciliar com nossas ações e paixões.

Desfere críticas acirradas ao trabalho e à perda da categoria do político ao afirmar que se o trabalho e o reino da necessidade fossem suprimidos os homens não saberiam o que fazer, com isso querendo dizer, tal como Heidegger, que grande parte da humanidade vive como animais: só sabem comer e trabalhar e não exercer as categorias especificamente humanas: a ação e o pensamento, o resgate da noção de homem como animal político que discursa e age.

A ação e o discurso são categorias fundamentais do pensamento arendtiano, visto que é a ação e o discurso que permitem ao homem escapar da categoria de meios e fins; é a ação que põe o 'novo' em movimento no mundo e tira o homem do ciclo do labor e da fabricação.

Arendt diferencia o processo de fabricação da ação humana para dizer que o processo de fabricação se exaure com o produto final, com o objeto ou resultado atingido, enquanto a ação nunca se esvai num único ato, não tendo fim, mas duração ilimitada.

Ao lado da ação e do discurso, Arendt desfere golpe fatal ao conceito de soberania, dizendo que o conceito de soberania, como auto-suficiência e auto-domínio, contradiz a condição humana da pluralidade, pois nenhum homem é soberano porque a terra não é habitada por um único homem, mas pelos homens.

Outra categoria fundamental para Arendt é o senso comum que para ela é o mais alto de todos os sentidos, já que é o senso comum que integra o homem à realidade que o rodeia.

Outra categoria fundamental escavada por Arendt e relevante para o político e para o constitucionalismo é a categoria do poder, em que Arendt afirma que o poder nasce onde os homens agem em conjunto e desaparece quando eles se dispersam. Após o momento da ação, fugaz e contingente, é o poder que mantém os homens unidos.

Arendt diferencia pensamento e cognição, enfatizando que o pensamento busca pelos sentidos, enquanto a cognição, o conhecer. O grande problema do pensamento dos séculos XX e XXI é interpretar os sentidos segundo o modelo científico.

Hoje, diz ela, não há qualquer sistema com centro fixo (o sol ou a terra), daí resultando que se escolhe o ponto de referência, o ponto arquimediano, onde quer que se convenha para fins específicos.

A ausência de um centro fixo e a capacidade humana de assumir um ponto de vista cósmico e universal sem trocar de lugar, implica que passamos a ser seres universais que superam, pelo raciocínio, a própria condição de criaturas terrestres.

Percebeu-se o equívoco cartesiano ao se ignorar que não há qualquer realidade, qualquer verdade ‘revelada’ aos sentidos, qualquer razão ou fé que prescindia dos sentidos e do senso comum, este o mais alto de todos os sentidos e que exerce a função de nos integrar à realidade que nos rodeia.

Relembra Arendt que para a tradição, o senso comum era tão importante que era ele quem definia o que era a verdade, verdade esta que estava embasada em teorias que representavam a contemplação do observador à realidade circundante. O senso comum era o que ajustava o sentido entre os homens. Hoje, pelo contrário, destaca Arendt, a verdade depende do mero sucesso, do teste do que funciona e do que não funciona.

Assim Arendt enfatiza que para a moderna concepção de mundo, ocorre o aniquilamento da atividade de pensar em que o mundo da experimentação científica está aprisionando o homem dentro de sua própria mente, provocando o desaparecimento do mundo como ele é dado aos nossos sentidos e, com isso, o desaparecimento do mundo transcendental e nossa possibilidade de transcender o mundo material em conceito e pensamento.

Dessa forma, o papel mais importante que na tradição era assegurado à ação, ao político, foi usurpado pelo *homo faber* e pelo *animal laborans*, guindando-os à posição mais alta entre as possibilidades humanas e não mais o pensamento.

### 7.3.

#### **O juízo reflexionante: como decidir a partir de particulares**

Outra idéia norteadora da presente dissertação é o juízo reflexionante de Arendt: um modo de pensar que procura saber como se deve decidir ou como se julga a partir de particulares.

Vê-se no juízo reflexionante importância fundamental para pensar-se numa hermenêutica jurídica cosmopolita porque tal juízo é capaz de oferecer soluções,

respostas adequadas mesmo que não hajam modelos a seguir, que não haja uma regra a observar.

Esse aspecto é fundamental em um momento em que a dogmática jurídica crítica já alcançou um nível em que os princípios são normas jurídicas plenamente aplicáveis.

Mas dada a fluidez ou ponderação dos princípios diante do caso concreto, situações aparecerão em que o intérprete se verá em dificuldades para aplicar determinados princípios ou mesmo regras.

O juízo reflexionante, assim, com o auxílio da tópica e da retórica representa importante auxílio para decisões adequadas e mais justas.

Arendt se inspirou em Kant, mas não o Kant da razão prática ou da razão pura para descobrir como se deve pensar para julgar, mas do Kant da faculdade do juízo, do gosto, do belo, da idéia de contrato original da humanidade, da categoria da intencionalidade, se houver um geral para indicar a solução a um particular e da validade exemplar, quando inexistir esse geral.

O juízo reflexionante de Arendt foi pensado a partir da experiência totalitária. Arendt questionou como um sistema consagrado de valores e de justiça, como a lógica do razoável pode ser indiferente ou não dar conta da superfluidade e descartabilidade do ser humano, em pleno século XX?

A catástrofe que assolou a humanidade e permitiu que um lunático ou vários lunáticos pelo mundo inteiro exterminassem milhões de pessoas provocou inúmeras transformações no direito em todo o mundo, transformando também sobremaneira o direito internacional para que nenhum Estado tenha mais o direito de praticar atos da espécie.

Arendt, a partir dessa barbárie, vivida na própria carne, concluiu que uma nova forma de pensar era necessária, uma forma de pensar, de refletir, de decidir em que não há qualquer parâmetro universal.

Destacou-se no capítulo 3, que o juízo reflexivo, centrado na liberdade e na contingência da espontaneidade, de um lado, e a investigação científica, voltada ao rigor da cognição e avessa à aleatoriedade e à liberdade, de outro, chocam-se frontalmente.

Arendt distingue *principium* de *initium*, em que o primeiro significa um começo absoluto (Deus, Razão, etc.) e o segundo, que cada homem tem um começo relativo, uma espontaneidade que se volta ao futuro pela vontade humana e

permite ao homem a possibilidade de criar coisas novas e que, por serem novas, não são necessárias, mas contingentes.

A ação depende de circunstâncias materiais do mundo e requer uma meta. A identificação dessa meta não é uma questão de liberdade, mas de juízo, certo ou equivocado, um juízo prospectivo que precede a ação a que a vontade dá início.

Esse juízo reflexivo poderia indicar que a prudência e a razoabilidade poderiam ser suficientes para a adequada tomada de decisões. No entanto, Arendt, verificou que não houve prudência e razoabilidade que impedissem a ação dos movimentos totalitários, não sendo capaz de questionar os fins da ação.

Arendt assim busca desenvolver uma forma de pensamento que desse conta da decisão sobre particulares, que pensasse o contingente, pois o contingente é inerradicável do agir humano.

O particular, o contingente, não se subsume ao universal, mas medeia, junta, teoria e prática, reconciliando compreensão e razão, como a arte reconcilia natureza e liberdade.

O juízo reflexivo parte da concepção de ‘mentalidade alargada’ de Kant, exigindo que se coloque no lugar dos outros, sem um auto-interesse particular no produto da decisão, buscando o anseio, o belo, aquilo que é melhor para a comunidade (sentido de comunidade) ou em busca de uma comunidade de princípios como diria Dworkin.

Observa Arendt que as críticas da razão pura e da razão prática passaram a constituir-se em uma espécie de pedra no caminho do pensamento de Kant, pedra esta removida pela obra ‘Crítica da Faculdade do Juízo’ (faculdade de julgar).

A faculdade de julgar trata de singulares, contendo contingentes em relação ao universal. Esses singulares são de duas espécies: a) ou dizem respeito a objetos do juízo, do belo, em que não é possível subsumir o belo a uma categoria geral de belo (e.g. uma rosa estupidamente bela não implica que todas as rosas sejam belas) e b) ou implicam na impossibilidade de derivar qualquer produto singular da natureza a partir de causas gerais, como por exemplo, a criação de uma folha de erva.

O juízo, diferentemente da razão prática que raciocina e diz o que fazer ou não fazer, que prescreve mandamentos e fala por imperativos e que dita leis que são idênticas à vontade, o juízo brota de um prazer que se manifesta contemplativamente, por inativo deleite ou pelo gosto.

Esse juízo há de colocar-se ao lado dos juízos dos outros homens, de juízos possíveis, adotando a posição de cidadão do mundo, por meio da faculdade de imaginação, abrindo aos pontos de vista dos outros, tornando presentes num imaginário espaço público, aberto de todos os lados, treinando-se essa imaginação para partir em visita ao cosmopolitismo hospitaleiro.

Esse pensar reflexivo é um pensar por si mesmo, um pensar que nunca é passivo, é um pensar esclarecido que se movimenta no geral, mas não uma generalidade do conceito (modelo subsuntivo), e sim uma generalidade que conecta particulares a partir da perspectiva de num nós-plural.

É um geral, uma perspectiva a partir de um ponto de vista de um observador, a partir do qual se pode olhar, observar, formar juízos e refletir sobre os assuntos humanos.

Observa Arendt que para Kant o gosto torna as idéias suscetíveis de receberem permanentemente a aquiescência geral e de serem seguidas por outros e por uma cultura sempre em progresso.

Assim, a faculdade para a existência de objetos belos é a comunicabilidade, o juízo do espectador sem o qual nenhum objeto aparece.

Destaca Arendt a relevância do senso comum em relação ao senso privado também para Kant, o qual afirma que o senso privado que não tiver amparo ou não estiver embasado no senso comum pode gerar a insanidade, já que separa a experiência que somente é válida e validada na e pela presença dos outros.

Dessa forma, o *critério* para se escolher ou para se tomar decisões é a *comunicabilidade* e o *padrão* é o *senso comum*.

Salienta Arendt que as máximas do senso comum são: a) pensar por si próprio (máxima do esclarecimento); b) colocar-se em pensamento no lugar dos outros (máxima da mentalidade alargada) e c) máxima da consistência (estar de acordo consigo).

Esclarece Arendt que o 'juízo' é a faculdade de pensar o particular, mas que pensar significa generalizar e generalizar é a faculdade de combinar misteriosamente o particular e o geral. Como então isso é possível?

O geral, diz ela, é dado por uma regra, um princípio, uma lei, em que o juízo simplesmente se encaixa, subsume-se a essa regra, princípio ou lei.

Todavia, se não tiver um geral, como decidir? É possível decidir um particular por meio de outro particular, de outro contingente?

Duas idéias importantes ressaltam da crítica da faculdade de julgar de Kant são; a) a idéia de um *contrato original da humanidade* e de *intencionalidade*, em que, pelo contrato original da humanidade, Kant constrói a noção de humanidade como seres humanos que vivem e morrem neste mundo, nesta terra habitada e partilhada em comunidade, na sucessão de gerações; já pela idéia de *intencionalidade*, todos os objetos necessitam e contêm o fundamento de sua atualidade em si mesmo, uma intenção, à exceção dos objetos estéticos e dos homens, que são um fim em si mesmos, destinando-se a agradar os homens e fazê-los se sentir em casa, consistindo assim a intencionalidade uma idéia reguladora das nossas reflexões e dos nossos juízos reflexionantes e b) a validade exemplar, carros-de-mão dos juízos.

Por meio da validade exemplar (e.g. idéia de mesa), pode-se pensar numa mesa exemplar, numa mesa bela, em como as mesas deveriam ser. Essa mesa exemplar, em sua particularidade, revela uma generalidade que de outro modo não poderia ser definida, como por exemplo: a coragem é como Aquiles.

Pelo juízo reflexivo é possível pensar-se num geral entre dois particulares: a humanidade como idéia regulativa da razão, de um lado e a validade exemplar, de outro.

Assim, o juízo reflexivo é tanto avaliação de meios para alcançar objetivos quanto avaliação dos fundamentos de legitimidade dos fins a serem alcançados.

Arendt compara o papel da imaginação, próprio dos esquemas da cognição, aos exemplos, dizendo que os exemplos desempenham o mesmo papel que a imaginação desempenha para os esquemas da cognição.

Os esquemas permitem a cognição, enquanto os exemplos guiam e conduzem a generalização dos juízos reflexivos, supondo-se particulares que contêm uma regra geral (e.g. Jesus ou São Francisco como modelo de bondade; Aquiles, como modelo de coragem) que adquirem validade que vai para além dos seus percursos históricos.

Os juízos reflexivos têm uma função ontológica, ancoram-se no mundo, porém são mediados pelo juízo sem o qual não teriam significado ou realidade existencial. É o juízo que confirma nosso lugar no mundo conectando-nos com a realidade e mediando o particular e o geral.

Destacou-se ainda no capítulo 3 que o juízo tem vários *modus* de operar ou várias notas: a) tempo e espaço: tempo para pensar, e pensar antes de julgar; es-

paço, representado pela *distância*, para não comprometer-se pela emoção da repulsa ou da atração à perspectiva do observador retrospectivo; b) capacidade de reivindicar (não de comandar) o assentimento por meio de uma comunicabilidade geral por meio da extensão (não restrita a uma comunidade) dos predicados dos juízos a toda a esfera dos sujeitos que julgam; c) independência do juízo retrospectivo em relação a fins, ou seja, autonomia do sucesso ou insucesso como critério e d) reconhecimento da problematicidade do juízo reflexivo sobre um particular.

O aspecto distintivo entre o pensamento de Arendt e de Kant é que o juízo kantiano é determinante, enquanto Arendt sempre foi uma pensadora do contingente, da incontrollabilidade e irreversibilidade da ação humana.

A faculdade de julgar para a razão prática kantiana consiste em discernir se uma ação possível para um indivíduo está ou não em conformidade com a lei moral (imperativo categórico), universal, enquanto o juízo a respeito de um particular – aspecto central do juízo reflexivo arendtiano - não tem lugar na filosofia moral kantiana, pois o juízo para Kant diz respeito ao que fazer ou não fazer, logo uma lei idêntica à vontade que emite comandos e fala por meio de imperativos.

Para Arendt, o juízo é uma faculdade independente da mente, não se chegando a um juízo sobre o particular por meio das operações lógicas de dedução e indução. O juízo para Arendt exige um ‘eu pensante’, um dom, a partir do gosto e de um sentido silencioso, situados no domínio da estética, um juízo reflexivo. Esse ‘eu pensante’ é condição fundamental para nos situarmos nos particularismos do mundo.

Assim, o que Arendt fez foi politizar a Crítica da Faculdade do Juízo de Kant para, pela comunicação e pelo acordo intersubjetivo sobre juízos compartilhados, construir a dimensão do político, da pluralidade, do respeito e da dignidade.



#### 7.4.

### **Zagrebelski e o constitucionalismo do século XXI e as relações com o pensamento de Hannah Arendt**

O pensamento de Zagrebelski possui inúmeros pontos de contato com o pensamento de Hannah Arendt e com Carl Schmitt, quando aborda o problema do conceito de ‘estado de direito’ e de política, que necessariamente devem pressupor o conceito de justiça, o que teria impedido as atrocidades do regime nazista.

Um primeiro ponto de afinidade entre o pensamento de Zagrebelski e de Arendt está em que ambos estão preocupados com o concreto, com aquilo que nos causa espanto, com o inaudito, com as atrocidades que causamos e que podemos e devemos resolver.

Da mesma forma como Arendt que em sua vida e obra buscou compreender a ação humana e os fenômenos totalitários, Zagrebelski diz que o objeto do direito não é conhecer, mas ‘compreender’: suas tarefas, seu sentido, lançando-se ao mundo da variabilidade, exigindo respostas adequadas, evidenciando-se aí a similitude do pensamento contingencial de ambos.

A necessidade de transitar por temas que metodologicamente ora são tratados pela teoria do direito ou pela teoria da constituição, justifica-se primeiramente pela abordagem zetética já justificada no capítulo 5, mas também porque para Zagrebelski o direito deve ser vivenciado, aplicado como ciência prática.

A compreensão do direito como ciência prática permite indagar o que deve ser o direito, exigindo uma abertura mental para o que vem antes do direito, o que o fundamenta, que relações de poder tentam legitimá-lo, politizando-o para que seu caráter prático seja melhor compreendido.

A idéia central de Zagrebelski, a ductibilidade do direito constitucional, significa a coexistência de princípios e valores sobre os quais deve se basear uma Constituição para que não renuncie ao encargo de unidade e integração e ao mesmo tempo não se faça incompatível com sua base material pluralista.

Assenta-se tal ductibilidade na coexistência e no compromisso, em que a visão da política não implica uma relação de exclusão e imposição pela força (Schmitt), mas numa relação inclusiva por meio de uma rede de valores e procedimentos comunicativos.

O constitucionalismo que Zagrebelski defende, ultrapassa a concepção de ‘ato criativo’, para a de ‘ato responsivo’ e com essa guinada copernicana é possível fazer-se um giro hermenêutico para o fim de se deixar de ser meros ‘obedientes’ da Constituição e ser ‘interrogantes’ dela, buscando respostas que possam ser compartilhadas pela comunidade.

A Constituição para Zagrebelski não é só conservação ou só transformação (revolução), mas norma que se produz ativamente e se transforma em práxis em razão da participação democrática da comunidade nas decisões estatais: é resultado do passado, do presente e do futuro, resultado de movimentos, revoluções e costumes.

Zagrebelski defende as normas de princípios das constituições abertas dizendo que essas normas permitem tanto a espontaneidade da vida social quanto o poder de conformação política, exigindo da dogmática constitucional a abertura a requerimentos de política constitucional e elevação do grau de ductibilidade (fluidez) de suas normas, permanecendo abertas ao que se possa decidir no futuro.

Defende a constitucionalização do ordenamento jurídico, o que significa que todo o ordenamento jurídico passa a ser filtrado ou ‘grávido’ de normas constitucionais, significando que a Constituição passa a ser invasora, intrometida, condicionando a legislação, a jurisprudência, a doutrina, os atores políticos e as relações sociais.

Uma outra categoria comum a ambos é a origem do poder: o poder se origina da pluralidade humana, do povo agindo em concerto.

Zagrebelski está preocupado com uma justiça a partir das injustiças que se pratica, dos males que concretamente se impinge aos cidadãos da terra, como por exemplo, a falsa defesa dos direitos fundamentais, o bloqueio ao direito de  $\frac{3}{4}$  da população mundial a um existencial mínimo capaz de permitir-lhes sobreviver, a intervenção militar sob o pretexto de fins humanitários, ou seja, posturas cínicas pelas quais se tenta sonegar direitos para que não se descubra nossa verdadeira intenção: a banalização do mal que parece nos dominar no paradigma da técnica pela técnica.

Tal como Dworkin (capítulo 2), Zagrebelski afirma ser impossível uma separação radical entre moral e direito, sendo ainda mais radical que Dworkin ou Arendt, pois para ele a justiça precede a política: é a justiça que funda a política, não podendo a injustiça ser meio para qualquer política.

A justiça não pode ser escrava da lei, do princípio da legalidade, do conceito de direito ou mesmo da soberania do Estado. Tal como Sloterdijk<sup>1028</sup>, um dos maiores filósofos da atualidade, Zagrebelski realiza uma crítica da razão cínica para mostrar que por trás de grandes idéias se ocultaram verdadeiras lutas políticas, a luta pelo poder, o mais material de nossos interesses.

É um dos mais ferrenhos críticos do positivismo, dizendo que o positivismo já não se sustenta porque se baseava num ato de força (violência) emanado do Estado, do legislador, da história ou das instituições. Mesmo corrigindo o termo ‘força’ por ‘poder’ para melhor expressar os fundamentos de um sistema jurídico, já no século XX, percebeu-se que o poder está diluído e nenhuma instituição exerce mais seu monopólio.

Zagrebelski desfecha ainda severas críticas ao atuar do juiz positivista dizendo que o juiz positivista é um juiz subserviente à lei (em sentido estrito), pois expulsa qualquer avaliação de justiça de sua interpretação ou dos indivíduos singulares, reservando-se ao soberano o poder de dizer o que é e o que não é justo.

Critica o positivismo dizendo que ele serve a qualquer técnica, podendo, sob a chancela do ‘estado de direito’ legitimar inclusive o arbítrio dos poderosos, dando cobertura a seus delitos, como ocorreu com o regime nazista.

Para Zagrebelski, a justiça é a busca da superação dos revezes concretos da vida e não a busca por um conceito ou por uma idéia abstrata, um teorema.

Ao tratar do constitucionalismo do século XXI e da função política das Cortes Constitucionais, Zagrebelski defende que a Constituição é um sistema de equilíbrio de convivência social, um instrumento limitador das democracias majoritárias que sufocam as minorias. A norma jurídica mais importante à qual aderimos reconhecendo que ela é o instrumento adequado à solução dos conflitos políticos e sociais. É por isso que Zagrebelski outorga papel tão fundamental ao intérprete concebendo que o intérprete constitucional tem esse papel tão relevante de concretizar os princípios, anseios e valores da comunidade.

Para defender o papel político das Cortes Constitucionais, faz uma distinção entre *pactum societatis* e *pactum subjectionis*, dizendo que pelo primeiro a política é a atividade destinada a produzir convivência, união, amizade.

---

<sup>1028</sup> SLOTERDIJK, 2003.

As Cortes Constitucionais exercem o papel de juiz da política ao realizar a interpretação constitucional buscando um consenso mais amplo. Já pelo *pactum subjectionis*, a política representa a competição entre as partes, não podendo aí a Corte atuar politicamente e assumir a gestão do poder.

A democracia não é o bem mais valioso a proteger segundo Zagrebelski, mas a República, pois as regras democráticas não garantem que o que é de todos não sofra danos e prejuízos por parte daqueles que momentaneamente e transitoriamente (ainda que democraticamente) ascenderam ao poder. Precisa assim a democracia de limites para que a coisa pública não venha a ser usurpada.

A justiça constitucional então só pode ser uma justiça republicana, visto que ela tem essa missão de cuidado para com o espaço público, aproximando-se aqui também de Arendt, pois a preservação do público é uma das tarefas mais importantes do pensamento de Arendt, porque onde o espaço público estiver preservado e as opiniões puderem circular livremente gerando o poder (a legitimação das ações e condutas), o totalitarismo não se instala, não encontra matéria-prima para se alimentar.

Uma das teses mais importantes de Zagrebelski é a defesa da interdependência entre teoria e prática, com reflexos importantes para o processo hermenêutico, uma vez que daí resulta que norma jurídica (construída) se dá por meio da auto-implicação entre caso concreto e norma jurídica, do que se pode extrair a proximidade de seu pensamento com a tópica, a retórica e o juízo reflexionante arendtiano, jamais podendo qualquer juiz ou intérprete atuar como simples porta-voz da lei.

Um processo hermenêutico assim concebido, só se legitima se demonstrar que a solução do caso concreto passou pelo crivo dos critérios de verossimilhança, de plausibilidade, de aceitação pela comunidade.

Zagrebelski é um constitucionalista que retrata as crises pelas quais arraigados conceitos encontram-se em crise, como o conceito de soberania, norma fundamental, força, poder, todos conceitos fundamentais para o constitucionalismo.

Ele afirma que a soberania nos moldes tradicionais não mais existe, pois já não existe uma força constitutiva da política, da história ou do Estado, mas inúmeras forças.

Hoje, inúmeros centros de poder competem com o Estado, como o político, o econômico, o cultural, o religioso, o terceiro setor, o direito internacional, etc.

Zagrebelski, no entanto, não vê como negativa a morte do Estado tradicional. Enxerga a possibilidade do surgimento de um novo Estado, o Estado Constitucional, construindo a partir dessa idéia, a soberania da Constituição e desta para uma Constituição Internacional, decorrente desse progressivo encontro de soberanias.

O Estado Constitucional do século XXI não pode ser um Estado Constitucional de inércia mental, mas um Estado que atua submetido a um juízo de adequação, de subordinação ao direito estabelecido pela Constituição e pelo direito internacional.

Esse constitucionalismo reflete assim as sociedades plurais do século XX e XXI, em que a diversidade e um certo relativismo são marcantes, resultando também a inexistência de um ponto unificador, um centro, para dar lugar a um conjunto de materiais de construção embasados em políticas constitucionais, deixando as Constituições de predeterminar um projeto de vida, mas oferecer condições de possibilidade de inúmeros projetos.

A norma fundamental é tautológica diz ele. O importante é que a Constituição vale, é norma jurídica plena de sentido porque ela ‘funda’ uma comunidade, ela convence a comunidade que a adotou de que aquelas regras são as melhores regras para reger os destinos da comunidade. Não se funda assim em qualquer ato de força, tal como Arendt, que também relaciona diretamente a força à violência.

Inexistindo qualquer ato de força nesse pacto fundante, mister se faz investigar as origens do poder e esse poder, originário da união concertada do povo, só pode resultar num constitucionalismo que seja meio, luz, que vise a realizar as condições de possibilidade da vida em comum.

Outra temática de fundamental relevo para a teoria constitucional é a separação dos poderes, criticando Zagrebelski o acanhamento do Poder Judiciário em atuar, sob a alegação da suposta invasão do princípio da separação dos poderes. Para ele, o Judiciário deve estar aberto a requerimentos de política constitucional, não podendo ter atitudes self restraint frente a tais questões, posição esta também compartilhada por Dworkin, conforme se examinou no capítulo 2.

A heterogeneidade do direito implica em que o ordenamento jurídico passa a ser concebido como problema, em que a lei passa a ser instrumento de competição de enfrentamento social, a continuação de um conflito, causa de instabilidade.

Zagrebelski reexamina a relação entre direitos e lei no século XXI, para chamar a atenção para o fato de que os direitos hoje vão muito além da lei (soberania dos direitos x soberania da lei), dizendo que o Estado liberal não reconhecia e não reconhece uma verdadeira teoria geral dos direitos (e.g. direitos humanos, direitos fundamentais) como atributo próprio e originário dos particulares frente ao Estado e frente a si próprios (horizontalidade) porque a força soberana do Estado somente era soberana para a classe política que ele representava, não para o povo, o verdadeiro soberano.

Destaca Zagrebelski a concepção lockeana dos direitos da Constituição norte-americana, enfatizando a aproximação dos sistemas da *common law* e da *civil law*, nos quais os cidadãos têm direitos naturais, são sujeitos ativos e soberanos, não dependentes do legislador, e delegam aos governantes somente o poder necessário à proteção de seus direitos e não a delegação para que suprimam ou sonaguem direitos.

Mas Zagrebelski não abraça qualquer tese jusnaturalista de direitos. Para ele, no direito atual, os direitos naturais são direitos, adquirem valor jurídico positivo justamente por estarem expressamente previstos na Constituição, o que é suficiente para adquirem plena justiciabilidade, exigibilidade.

Tal como Dworkin, Häberle ou Alexy, Zagrebelski distingue as normas jurídicas em normas-princípio e normas-regras, entendendo norma como algo que ‘deve ser’ ou ‘produzir-se’.

Para ele as regras preponderantemente se identificam com a lei e os princípios se identificam preponderantemente com a Constituição, dizendo que as normas constitucionais sobre direitos e justiça são prevalentemente normas-princípios.

Não difere da concepção de Dworkin e de Alexy de as regras valerem ou não valerem (regra do tudo ou nada), ou seja, que se esgotam em si mesmas e não têm força constitutiva para além do que prescrevem, enquanto os princípios desempenham um papel constitutivo da ordem jurídica.

A realidade, iluminada ou ‘engravidada’ pelos princípios e valores, aparece revestida de qualidades jurídicas próprias mediante um processo de auto-im-

plicação que exige uma tomada de posição jurídica, por parte do legislador, da administração pública, do intérprete/aplicador do direito, da jurisprudência, e dos particulares em geral.

Essa auto-implicação entre realidade e princípios, procedimento que o positivismo nunca admitiu, ao separar o plano do ser e do dever-ser, implica em que o mundo jurídico passa a se legitimar por meio do valor, do atuar, da vontade, do conhecimento, da razão, enfim, da complexidade do mundo da vida, daí resultando na compreensão-construção-aplicação de normas jurídicas mais cheias de sentido.

Enfatiza que a interpretação constitucional adquire cada vez mais o aspecto de uma filosofia do direito porque as normas constitucionais incorporam princípios morais e de direito natural que carecem de aportes filosóficos para sua melhor compreensão e aplicação.

Assim, para Zagrebelski, a reflexão sobre a realidade proporciona indicações vinculantes para a vontade. O fático e o normativo se interagem não havendo sobreposição de um sobre o outro.

Tem-se assim que o direito deve operar em cada caso concreto conforme o valor que os princípios apontam para a realidade, resultando disso que a validade da norma jurídica passa depender não somente dela, mas também de um direito em ação, de uma validade prática.

Daí resulta que um direito vigente não é o que está escrito nos textos, mas o que resulta do impacto entre a norma em abstrato e suas condições reais de funcionamento.

Conclui assim Zagrebelski que a concepção dos direitos por princípios tem os pés na terra e não a cabeça nas nuvens e que a dimensão dos direitos por princípios é mais idônea à sobrevivência de uma sociedade pluralista que busca um equilíbrio constante.

Convergindo novamente com o pensamento arendtiano, destaca que a aplicação do direito principiológico não está vinculada a uma episteme, e sim à *phronesis*, critério quali-quantitativo progressivo que vai do menos ao mais apropriado, do menos ao mais oportuno, do menos ao mais adequado e produtivo e do razoável ao prudente, valendo-se do discurso e da persuasão para chegar a tais resultados.

Zagrebelski destaca assim o caráter prático da interpretação e da aplicação do direito, sendo o direito um arsenal de modelos jurídicos concebidos como normas que se aplicam à realidade.

A auto-implicação ou interrelação entre normas e caso (caso orientado à norma e esta ao caso) evita o casuísmo e uma ciência puramente teórica. O caso é o motor que impulsiona o intérprete e aponta a direção interrogando o direito a oferecer uma resposta, ocorrendo um processo interpretativo circular.

Mas Zagrebelski afirma que o pluralismo de métodos é a marca da cultura jurídica de nosso tempo e cujo método depende de uma concepção ontológica do direito, não sendo tal pluralidade um defeito, mas possibilidade de êxito quando se busca a norma adequada.

## 7.5.

### **A hermenêutica jurídica contemporânea**

No presente trabalho, fez-se clara opção pela abordagem zetética, o que permitiu um diálogo profícuo entre a dogmática tradicional (modelo das regras), a dogmática crítica (modelo dos princípios) e a hermenêutica filosófica, em que a ação, o pensamento e o juízo permitiram pensar-se por meio de uma mentalidade alargada, o que proporcionou compreender que mesmo diante da ausência de regras e princípios é possível bem ajuizar e decidir.

Encontrou-se na abordagem zetética, cujo enfoque está na pergunta, num agir questionador a partir do caso e que requer uma resposta adequada, a possibilidade de ampliação do processo hermenêutico tornando-o incindível da filosofia, da linguagem, do político, da moral, do marco teórico do direito constitucional e do direito internacional, da psicanálise, da psicologia, da antropologia, etc., saberes que irão enriquecer a compreensão-construção-aplicação de normas jurídicas mais ricas e sofisticadas e que permitirão ao operador do direito oferecer melhores respostas para os problemas que nos afligem.

O enfoque zetético é um enfoque adequado para as sociedades complexas do século XXI porque os conceitos básicos, as premissas e os princípios ficam abertos à dúvida, conservando seu caráter hipotético e problemático, não perdendo



seu caráter de tentativa e abertos à crítica, o que permite seu constante aprimoramento a partir da participação ativa da sociedade.

A zetética assim perquire, coloca em dúvida as opiniões, é especulativa, explícita, infinita, diferentemente da dogmática que tem uma função diretiva, é finita e pretende ensinar, doutrinar.

Importante destacar que a inclusão de outras áreas do saber ao jurídico não o enfraquecerão; pelo contrário, o enriquecerão e fará com que toda a complexidade da vida seja abarcada pelo direito. A consideração desse saber ampliado ao jurídico não irá confundir o intérprete, não irá fazer as vezes do jurídico, não se confundirão com o direito, mas permitirá desvelar, desocultar o que o direito ou determinada concepção de direito oculta, como a força (violência) fazendo as vezes do poder (originário da comunidade), a manipulação, a opressão que os próprios legisladores realizam ao produzirem leis suspeitas, ilegítimas e inconstitucionais para atender a determinados interesses, ou seja, tudo o que deturpa e corrompe a idéia de justiça, a partir de sua negação (da idéia de injustiça), conforme se observou em Zagrebelski, pode ser desvelada, desmascarada a partir dos aportes que esses saberes podem trazer para o direito.

O juízo reflexivo e a validade exemplar resultam na valorização da tópica, da retórica, do senso comum, do diálogo, das opiniões, enxergando-se a possibilidade de construir-se diálogos relevantes entre o direito constitucional e o direito internacional.

O que se observa é que a hermenêutica jurídica contemporânea já aponta um avanço do processo de interpretação do direito, evoluindo da dogmática jurídica clássica ou tradicional, centrada no método da subsunção, em que o intérprete praticamente era um autômato, um mero aplicador de fórmulas prévias, sem legitimidade para questionar o sentido das normas e que o poder discricionário preenchia o papel das lacunas do direito, para um segundo estágio atualmente vivenciado pelo Brasil ainda de forma tímida, representado pela dogmática crítica, cujos princípios e o método da ponderação entre eles em caso de conflito normativo deixam de ter um papel supletivo para exercerem papel de protagonista do processo de interpretação e cujo peso ou importância se dá diante do caso concreto.

Por último, a hermenêutica filosófica, ainda de pouca aplicação no Brasil, mas de extrema importância, pois é ela que permitirá convencer os aplicadores do direito de que é possível extrair-se normas jurídicas mais cheias de sentido a partir

da linguagem, dos valores, da moral, da interdisciplinariedade com outras áreas do saber.

Trabalhar na perspectiva arendtiana, que privilegia o contingente, implicou no reconhecimento se não da preponderância, do papel de protagonismo da tópica e da retórica porque é o caso concreto como pergunta que exigirá uma resposta, permitindo inclusive decisões a partir de particulares, a partir do juízo reflexivo.

É a hermenêutica filosófica e a compreensão do moderno papel da linguagem que permitirão a sofisticação dos princípios a um ponto em que já não mais se aceite qualquer imposição normativa que não seja oriunda do processo de *compreensão-construção-aplicação-concretização* a partir da tradição, do senso comum, do verdadeiro detentor do poder, do discurso, da persuasão, enfim da vivência humana.

Descreveu-se no capítulo 6 a relação entre direito constitucional e internacional mediado ou amalgamado pelos direitos fundamentais, amálgama este que restará enriquecido por meio das categorias do político, cosmopolitismo, hospitalidade, mentalidade alargada, e das relações entre o político e o jurídico, especialmente quando se trata do direito constitucional e internacional em que tal dimensão é inerradicável.

O processo de interpretação numa hermenêutica jurídica cosmopolita pode assim entrar numa nova fase, uma fase em que a comunidade efetivamente assume sua maioria e não mais aceita um tutor que diga a ela ‘que ela tem que obedecer por que tem que obedecer’ e ponto, sem apresentar um discurso legitimador ou de reconhecimento do porque deve obedecer.

O que se conclui é que a tópica e a retórica devem ganhar uma nova dimensão na hermenêutica jurídica cosmopolita, visto que o discurso, o diálogo, a opinião, o caso concreto, a jurisprudência, a linguagem passam a constituir-se em fontes legitimadas à oferta de respostas adequadas para as sociedades do século XXI.

A dogmática tradicional ou a dogmática crítica (principiológica) e o método sistêmico ao qual se vinculam continuam tendo grande importância, mas também são insuficientes para dar conta da complexidade das relações de sociedades globalizadas em que o particular e o universal estão presentes, exigindo a

construção de processos interpretativos mais ricos de sentido a partir da hermenêutica filosófica.

## 7.6.

### **Uma hermenêutica jurídica ampliada a partir da união entre direito interno e internacional**

A Constituição brasileira, a partir da leitura do art. 4º e 5º, parágrafos 1º a 4º, ao incluir o Estado brasileiro na comunidade internacional, implica numa abertura e integração ao mundo, trazendo para o operador jurídico grandes reflexos: o direito internacional passa a fazer parte do processo de compreensão (interpretação-construção-aplicação-concretização) das normas jurídicas, resultando em normas mais complexas, mas também mais plenas de sentido.

A ampliação da normatividade jurídica a partir da ligação entre o direito interno (constitucional) e o direito internacional, filtrado pelos direitos fundamentais, fortalecerá o sistema jurídico e permitirá uma justiça mais sensível à realidade social.

Há a necessidade do intérprete dar-se conta de que os direitos humanos passa a ser um tema global que modifica inúmeros conceitos tradicionais do direito como o de soberania, permitindo a interferência de organismos internacionais legítimos rumo a uma tutela internacional.

A Declaração Universal, os Pactos e as Grandes Convenções (Convenção contra a Discriminação Racial, Convenção sobre os Direitos da Mulher, Convenção contra a Tortura, Convenção sobre os Direitos da Criança, etc.) e os sistemas de proteção (da ONU, Europeu, Interamericano e Africano), obrigam o intérprete a dar-se conta da fluidez do direito no século XXI, concretizando-o a partir de uma outra perspectiva: a perspectiva de uma sociedade cosmopolita, por meio da qual as injustiças perpetradas a qualquer cidadão do mundo seja sentida e rechaçada por toda a humanidade. Essa tem sido a luta dos grandes internacionalistas brasileiros, como Antonio Augusto Cançado Trindade, Flavia Piovesan, Celso Lafer, dentre tantos outros.

Há dois passos importantes a ser realizado pelo intérprete brasileiro: primeiramente buscar a fonte primeira de sua atuação na Constituição, constitu-

cionalizando todas as normas infraconstitucionais e sua própria atividade e, em segundo lugar, reler e aplicar, conjuntamente com a Constituição, o ordenamento jurídico brasileiro à luz do ordenamento jurídico internacional, já incorporado ao direito brasileiro através dos Tratados e Conveções Internacionais.

Esse elo é possível por meio da atuação conjunta das três perspectivas hermenêuticas desenvolvidas ao longo deste trabalho: dogmática tradicional, crítica e filosofia hermenêutica, cabendo a esta última o papel fundamental (ontológico) de formular perguntas e exigir respostas adequadas e conseqüentes, que levem em conta a realidade de cada Estado, de cada povo, conforme se observou ao se examinar o juízo reflexionante e a validade exemplar arendtianos.

## 7.7.

### **Considerações finais: a compreensão como processo incindível de interpretação-construção-aplicação-concretização de normas jurídicas mais plenas de sentido**

O pensamento de Hannah Arendt permitiu e está permitindo a revelação de que o modelo cientificista, que isola o objeto para ver do que ele é feito, tornou-se o modelo dominante na arte da interpretação, passando a ciência a manipular as coisas e, com isso, desistindo de viver nelas.

A própria linguagem nesse modelo se transformou em técnica, em instrumento de manipulação e não mais descritiva e reveladora do que é a cada ato de compreensão, meio que permite o encontro ou o desvelar, o desocultar, do 'ser' e o aparecimento de verdades que não sejam as falsas verdades do método.

Está a transformar o homem em objeto, num homem-máquina, sem sentimento, num homem centrado em si próprio, num homem crente de que o modelo cientificista oferece-lhe 'a' verdade, ignorando que a verdade é histórica e construída pela comunidade.

O pensamento arendtiano revela que um tal modelo é um modelo desumano que permite ou incentiva a presença constante da indiferença, do nosso lado maléfico e de como somos capazes de banalizar o mal ao nos depararmos com a fome, a miséria, a destruição do meio-ambiente, as guerras ilegítimas, sem que

tudo isso nos toque profundamente, ou seja, nossa capacidade de sentir, de ser humanos e não máquinas.

A reflexão arendtiana para o campo hermenêutico, particularmente para a hermenêutica jurídica, na abordagem zetética aqui trabalhada, amplia as condições do saber por meio da interdisciplinaridade com outras áreas e permite se vejam os princípios jurídicos sob ângulos mais iluminados, mais radiantes, além de permitir o surgimento de outros princípios jurídicos que dêem conta do papel do intérprete na construção de um mundo e em como ele é responsável pela banalidade do mal com a qual se defronta.

Exige do aplicador do direito uma tomada de posição crítica que vá além da dogmática jurídica tradicional (subsunção) e crítica (regras e princípios), que não aceita as normas jurídicas postas sem questioná-las, sem colocá-las sob o crivo do diálogo, do discurso, das opiniões, da linguagem, dos jogos de poder, da dominação, reconhecendo na hermenêutica filosófica a possibilidade de desocultar, desvelar novos sentidos para o que se está a fazer e que permitam se veja a nós próprios e nossas ações de uma forma muito mais transparente, de uma forma que permita iniciemos algo novo, que criemos mundos melhores que os até aqui construídos.

Uma hermenêutica jurídica cosmopolita mais cheia de sentido há de ser não autoritária, valorizadora do discurso, da opinião, do diálogo, do senso comum, da interdisciplinaridade e da interculturalidade e não na autoridade inquestionável das normas postas; a comunidade cosmopolita deve construir normas flexíveis obtendo-se tal flexibilidade por meio do aprofundamento dos sentidos, aprofundamento este que por sua vez irá irradiar efeitos sobre os princípios e as regras jurídicas.

O cosmopolitismo é pensado como um projeto infinito em que cada intérprete-construtor-aplicador das normas jurídicas contribui para construir uma sociedade mais humana, pensando-se tanto no respeito à igualdade quanto no respeito à diferença.

É possível pensar-se e aplicar-se uma hermenêutica jurídica abordada de forma zetética capaz de explicar como é o sentido do direito, a partir do diálogo, do discurso, da opinião, do consenso e do dissenso, com Arendt (juízo), Hart (adesão), Gadamer (diálogo, discurso, senso comum, círculo hermenêutico), John Austin (poder das palavras), Wittgenstein (jogos de linguagem).

A hermenêutica jurídica cosmopolita, desenvolvida a partir do conceito kantiano da hospitalidade está assentada no ato de acolher, de receber um hóspede em casa; de hospedar aquele que não é da nossa família; da lógica da amabilidade, a hospitalidade desarmada, diferentemente da hospitalidade kantiana, limitada e delimitada (a hospitalidade do direito de visita e não de hóspede, a hospitalidade caritativa e não a hospitalidade desarmada).

Uma hermenêutica jurídica cosmopolita trabalha na dimensão do político, no sentido agonístico, da fertilidade do embate de idéias, segundo regras democráticas, da maiêutica e sua relação entre verdade e opinião.

Percebe-se ao longo do trabalho a relevância do pensamento zagrebelskiano e norma jurídica, com reflexos importantes no processo hermenêutico: a solução das pretensões se dá por meio do processo de auto-implicação entre caso e norma jurídica.

Para Zagrebelski, a dogmática e a ciência jurídica são incidíveis. O direito é concebido por Zagrebelski de uma forma mais ampla, mais aberta: como ciência prática, permitindo transpor obstáculos defendidos pelo positivismo de que não cabe ao jurista indagar as razões da lei ou as razões que levaram o legislador a elaborá-la como tal, o que significa dizer que o intérprete não é um mero replicante, um sujeito assujeitado à mecânica da ordem em que sua subjetividade deva estar presa a uma individualidade normalizada, constituída a partir de mecanismos normalizadores de subjetivação em que o indivíduo é dócil e útil e preso a uma identidade imposta por alguém<sup>1029</sup>.

O intérprete na perspectiva aqui desenvolvida há de ser o intérprete concebido por Peter Häberle: participante da comunidade de intérpretes, com postura crítica para desvelar, desocultar as opressões, os jogos de poder, as sonegações de direitos, enfim, por a descoberto as injustiças que continuam a oprimir o humano.

Essa ampliação da forma de ver e aplicar o direito se dá por meio de inúmeros vieses ou da constatação prática de que inúmeros conceitos ou dogmas do Estado liberal do direito vêm sofrendo abalos irreversíveis, como os conceitos de soberania, de Estado, de lei, de justiça, de direitos.

---

<sup>1029</sup> FONSECA, 2002, p. 261.

O método do diálogo discursivo dos juristas precisa convencer os envolvidos no processo hermenêutico de que a solução do caso passou por tais critérios (critério de verossimilhança, da plausibilidade, da aceitação pela comunidade).

A dupla perspectiva permitiu uma concepção ou modelo de interpretação jurídica que volta a outorgar relevância à maiêutica, à tópica, à retórica, ao resgate socrático da potencialidade da dimensão opinião-verdade.

A hermenêutica jurídica cosmopolita se apropria das normas jurídicas de direito internacional, especialmente do princípio da prevalência dos direitos humanos, princípio fundamental na condução das relações internacionais brasileiras e também no plano do direito interno.

A hermenêutica jurídica cosmopolita considera que a partir da institucionalização do Estado democrático de direito inaugurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consagrou-se a perspectiva *ex parte populi* dos direitos humanos como princípio de convivência coletiva, tanto no plano interno como no plano internacional.

A convergência entre direito interno e externo se dá pelo art. 5º, caput e parágrafos 2º a 4º, da Constituição Brasileira, bem como pela leitura dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, insculpidos nos arts. 1º e 3º, da Constituição, em que é possível interpretar que o sistema jurídico brasileiro é um sistema aberto à incorporação de novos direitos evidenciando que o Brasil é o Estado que reconhece a importância dos direitos humanos, incorporando-os ao direito interno como normas constitucionais por meio dos tratados internacionais que versem direitos humanos. São esses dispositivos que permitem a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional.

Esses aportes trazidos para o campo da hermenêutica jurídica permite concluir que o papel do aplicador do direito é chegar a compromissos e acordos onde definam fins coletivos em um contexto plural e conflitivo, compromissos estes que não de ser buscados principalmente na Constituição e nas normas de direito internacional.

O caso concreto como ‘pergunta’ passa a exigir uma ‘resposta’ adequada do intérprete/aplicador do direito. A partir da pergunta, o intérprete busca a solução/decisão primeiramente em sua compreensão de mundo, no funcionamento das instituições, nas diferenças sociais, no papel (emancipador ou não do direito), nos preconceitos verdadeiros ou falsos conforme se examinou.

Realizada essa etapa, o intérprete aplicador do direito ingressa nas normas jurídicas propriamente ditas, iniciando pela Constituição e com ela já filtrando as normas infraconstitucionais com ela incompatíveis.

Nesse processo, já se obriga a filtrar grande parte da compreensão de mundo do intérprete, pois a Constituição e o direito internacional, tomados modernamente como normas jurídicas auto-aplicáveis em sua integralidade exigem do intérprete o cumprimento de seus comandos, em especial, aqueles encartados nos artigos 1º, 3º, 4º, 5º a 17 (direitos fundamentais) que norteiam toda a hermenêutica jurídica, bem como nos tratados e convenções internacionais.

Por meio da hermenêutica jurídica e do político filtrados à luz dos direitos fundamentais – interpreta-se o ordenamento jurídico de uma forma renovada permitindo um diálogo com o “Outro” que não teve a oportunidade de dignificar-se, ou de ter o direito a ser diferente, na linha boaventuriana: *direito à igualdade quando ela (igualdade) dignifica e direito à diferença quando a igualdade inferioriza*.

Os direitos fundamentais e o direito comunitário têm o objetivo de aprofundar o estudo e aplicação do direito constitucional no âmbito do direito comunitário e utilizam da perspectiva dos direitos fundamentais para viabilizar um constitucionalismo cosmopolita.

O direito passa a ser reinventado num infinito movimento de significações, pressupondo sempre um ‘jogo inacabado’. Por meio da tradição e sob o crivo do político, marcado pelo conflito e pelo antagonismo, é possível a realização da justiça no particular, parcial e provisoriamente.

A hermenêutica jurídica cosmopolita reconhece os valores que estão subjacentes à letra da lei, das tradições, do senso comum da opinião, da linguagem, da argumentação, do discurso e do diálogo, e esse reconhecimento, iluminado pela perspectiva da democracia radical, do político e dos direitos fundamentais, informam que estes valores devem continuar direcionados para a causa do homem: a dignidade da pessoa humana.

A hermenêutica jurídica, a partir da perspectiva da superação do conceito de normas programáticas (normas que supostamente não tinham eficácia e eram meramente normas compromissórias), do poder criador do intérprete, da ampliação das relações entre os Estados e da cada vez maior inserção das Declarações de Direitos e dos Pactos Internacionais nos ordenamentos jurídicos internos, da con-



cepção dos princípios como normas jurídicas (que operam no plano da ponderação sem se excluírem) ao lado das regras (plano da validade: do tudo ou nada), permite elevar o processo hermenêutico a um novo patamar: à interconexão entre os sistemas interno (constitucional) e internacional, permitindo ao intérprete o reconhecimento de que os direitos fundamentais sociais são plenamente exigíveis e sua sonegação é ilícita e antijurídica.

Uma hermenêutica global na perspectiva defendida por Peter Häberle, Zagrebelski, Barroso, Bonavides, Dworkin, dentre outros, potencializa as conquistas do direito internacional e interno, constituindo-se os direitos humanos em motor dessa potencialização.

A hermenêutica jurídica cosmopolita abraça a tese haberliana da comunidade aberta de intérpretes da Constituição defendendo que toda sociedade tem legitimidade para realizar a interpretação das normas jurídicas.

A força normativa dos princípios permite o desenvolvimento de uma metódica constitucional que outorga ao intérprete o relevante papel de criador da norma, não podendo a norma ser compreendida (interpretada-construída-aplicada) ignorando-se o ambiente onde será concretizada.

## Referências bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: AFONSO DA SILVA, V. (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-144.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

\_\_\_\_\_. **Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

AGUIAR, Odílio Alves. A resistência em Hannah Arendt: da política à ética, da ética à política. In: DUARTE, A.; LOPREATO, C.; MAGALHÃES, M. B. (Org.). **A banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria general de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRIOLI, Antonio Inácio. A crítica da hermenêutica e a hermenêutica da crítica. **Revista Espaço Acadêmico**, n. 24, ano III, maio 2003.

APEL, Karl Otto. **Transformação da filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica**. São Paulo: Loyola, 2000.

ARANTES, P. E. Nota sobre a crítica da filosofia da história. In: \_\_\_\_\_. **Almanaque**. São Paulo: Brasiliense, 1977. 3 v.

ARAÚJO DE OLIVEIRA, Manfredo. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001. (Coleção Filosofia).

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 2003.

\_\_\_\_\_. **A Vida do Espírito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1978. 1 v. (Coleção Pensamento e Filosofia).

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Lisboa: Instituto Piaget, 1978. 2 v. (Coleção Pensamento e Filosofia).

\_\_\_\_\_. **Eichmann em Jerusalém: um retrato sobre a banalidade do mal**. 4. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

\_\_\_\_\_. **Entre o Passado e o Futuro**. 5. ed. 2. reimpressão. São Paulo: Perspectiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **O que é Política: fragmentos das obras póstumas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

\_\_\_\_\_. **Origens do Totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2001.

AUSTIN, John Langshaw. **Quando Dizer é Fazer: palavras e ação**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARBOSA, Claudia Maria. **Lógica & Direito: linguagem jurídica sob diferentes paradigmas lógicos**. Curitiba: Juruá, 2005.

\_\_\_\_\_. **Os novos oráculos da lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil**. Santa Catarina, 2002. Tese de Doutorado - Universidade Federal de Santa Catarina.

BARCELOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 57/58, 1981.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, n. 1, 2001.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

\_\_\_\_\_. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

\_\_\_\_\_. Teoria do Estado e Teoria da Constituição na Periferia do Capitalismo: Breves Indagações Críticas. In: NUNES, A. A.; MIRANDA COUTINHO, J. N. (Org.). **Diálogos Constitucionais Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BITTAR, Eduardo C. B. Hans-George GADAMER: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, C.; RODRIGUES, J. R. (Org.). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica Contemporânea**. Lisboa: Edições 70, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999.

BÖCKENFÖRD, Ernest Wolfgang. **Estúdios sobre el Estado de Derecho y la Semocracia**. Madri: Trotta, 2000.

\_\_\_\_\_. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Baden-Baden: Nomos-Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. Academia Brasileira de Direito Constitucional. In: **VI Simpósio Brasileiro de Direito Constitucional**. Curitiba, 2004.

BORRADORI, Giovanna. **Filosofia em Tempo de Terror**: diálogos com Habermas e Derrida. Rio de Janeiro: José Zahar Editor, 2004.

CANARIS, Wilhelm Claus. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

\_\_\_\_\_. Rever ou romper com a Constituição Dirigente?: defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Revista dos Tribunais**, n. 15, p. 6-17, abr.-jun. 1996.

CARVALHO NETTO, Menelick. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COSTA, José Faria. Em Redor do Nomos (ou a Procura de um Novo Nomos para o Nosso Tempo). In: NUNES, A. A.; MIRANDA COUTINHO, J. N. (Org.). **Diálogos Constitucionais Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DELL VECCHIO, Giorgio. **Los Principios Generales del Derecho**. 3. ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial, [19\_\_].

DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in Theory and Practice**. Ithaca: Cornell University Press, 1989.

DUARTE, André. **O pensamento à sombra da ruptura: política e filosofia em Hannah Arendt**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dworkin**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

FONSECA, Márcio Alves. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 1997.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Método II: complementos e índice**. Petrópolis: Vozes, 2002.

GRAY, John. **Liberalisms: Essays in Political Philosophy**. Londres: [s.n.], 1989.

GUASTINI, R. **Estúdios de teoria constitucional**. México: IJ-UNAM/Fontamara, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

\_\_\_\_\_. La libertad fundamental em el Estado Constitucional. **Colección Crítica del Derecho**, n. 22, p. XVIII, 2003.

\_\_\_\_\_. **Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional.** Madri: Mínima Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo e Constituição: Estudos de Teoría Constitucional de la sociedad abierta.** Madri: Tecnos, 2002.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o Humanismo.** [S.I.]: Moraes, 1991.

HEKMAN, Suzan J. **Hermenêutica e Sociologia do Conhecimento.** Lisboa: Edições 70, 1990.

HELLER, Herman. **Teoria do Estado.** São Paulo: Mestre Jou, 1996.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KANT, Immanuel. **Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Direito internacional e Estado soberano.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **O Estado como integração: um confronto de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do Estado.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOZICKI, Katya. **Conflito e estabilização**: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. Santa Catarina, 2000. Tese de Doutorado - Universidade Federal de Santa Catarina.

\_\_\_\_\_. **H.L.A. HART**: a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito. Santa Catarina, 1993. Dissertação de Mestrado - Universidade Federal de Santa Catarina.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos**: Constituição, Racismo e Relações Internacionais. Barueri: Manole, 2005.

\_\_\_\_\_. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. 6. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico de filosofia**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio**: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Barueri: Manole, 2005.

LOWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el estado de bienestar**. Madri: Alianza, 1994.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Lisboa: Gradiva, 1996.

\_\_\_\_\_. Teoria política, direitos e democracia. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. (Org). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 381-382.

MÜLLER, Friedrich. **Direito, Linguagem, Violência**: Elementos de uma teoria constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

\_\_\_\_\_. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NOUR, Soraya. **A paz perpétua de Kant**: filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1996.

PERES LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 2. ed. Madri: Tecnos, 1986.

PEREZ, Daniel Omar. **Os significados dos conceitos de hospitalidade em Kant e a problemática do estrangeiro**. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2005.

PHILONENKO, A. Lídee de progrès chez Kant. In: \_\_\_\_\_. **Études Kantiennes**. Paris: Vrin, 1982. p. 55.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

\_\_\_\_\_. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RAMOS, César Augusto. O conceito (político) de liberdade em Hannah Arendt. In: DUARTE, A.; LOPREATO, C.; MAGALHÃES, M. B. (Org). **A banalização da violência**: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: [s.n.], 2004.

RODRIGUES, Sandra Martinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin**: uma abordagem. Coimbra: Almedina, 2005.

SACHS, Jeffrey. Release the Poorest Countries for Debt Bondage, International Herald Tribune. In: STNEINER, H.; ALSTON, P. **Context**: Law, Politics and Morals. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

\_\_\_\_\_. **The Crisis of Parliamentary Democracy**. Cambridge: Mass, 1985.

SLOTERDIJK, Peter. **Crítica de La Razón Cínica**. Madri: Ediciones Siruela, 2003.

SOARES, Mário Lucio Quintão. **Direitos fundamentais e direito comunitário**: por uma metódica dos direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. Ijuí: Ijuí, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. A Concretização de Direitos e a Validade da Tese da Constituição Dirigente em Países de Modernidade Tardia. In: NUNES, A. A.; MIRANDA COUTINHO, J. N. (Org.). **Diálogos Constitucionais Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.



\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TERRA, Ribeiro Ricardo. Algumas questões sobre a filosofia da história em Kant. In: \_\_\_\_\_. **Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência.** Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica:** do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VILLEGAS, Maurício Garcia. **La eficacia Simbólica Del Derecho:** Examen de Situaciones Colombianas. Bogotá: Ediciones Uniandes, 1993.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Após o liberalismo:** em busca da reconstrução do mundo. Petrópolis: Vozes, 2002.

WILKE, H. **Stand und Kritik der neuen Grundrechtstheorie.** Berlin: Duncker & Humboldt, 1975.

WITTGEINSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations.** Oxford: Oxford, 1958.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil.** 6. ed. Madri: Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. **Historia y constitución.** Madri: Mínima Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. **Il diritto mite:** legge, diritti, giustizia. Torino: Giulio Einaudi, 1992.

\_\_\_\_\_. **Il futuro della costituzione;** a cura di Gustavo Zagrebelski, Pier Paolo Portinaro e Jörg Luther. Torino: Einaudi, 1996.

\_\_\_\_\_. **Principi e voti:** la Corte costituzionale e la política. Torino: Giulio Einaudi, 2005.

\_\_\_\_\_; MARTINI, Carlo Maria. **Diritti e Costituzione nell'Unione Europea.** 2. ed. Roma: Editori Laterza, 2004.

\_\_\_\_\_. **La domanda di giustizia.** Torino: Giulio Einaudi, 2003.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)