

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Programa de Pós-Graduação em Direito

Ramiro Freitas de Alencar Barroso

**O PRINCÍPIO GERAL DE INCLUSÃO COMO FUNDAMENTO ONTOLÓGICO PARA A
UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: CRÍTICA AO ACÓRDÃO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Brasília

2013

Ramiro Freitas de Alencar Barroso

**O PRINCÍPIO GERAL DE INCLUSÃO COMO FUNDAMENTO ONTOLÓGICO PARA A
UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: CRÍTICA AO ACÓRDÃO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto.

Brasília

2013

Ramiro Freitas de Alencar Barroso

**O PRINCÍPIO GERAL DE INCLUSÃO COMO FUNDAMENTO ONTOLÓGICO PARA A
UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: CRÍTICA AO ACÓRDÃO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto (Orientador)

Prof. Dra. Vera Karam de Chueiri

Prof. Dr. Marcelo da Costa Pinto Neves

Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo

À memória do querido primo Maurício
Eduardo, meu primeiro orientador na vida.

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos sempre geram angústias metafísicas e obsessões causais. São inúmeros os responsáveis pela conclusão deste trabalho, sendo impossível atribuir a cada um a parte que lhe cabe na transposição dessa etapa. Certo, então, de ser injusto e negligente, nomeio alguns que me vêm à mente:

Aos meus pais, pelo suporte em toda a vida, em especial na insistência para que eu estudasse Direito.

Ao meu orientador, professor Menelick, pela sabedoria e pela paciência ao lidar com os inúmeros percalços da minha vida profissional, que não raro impactavam no desenvolvimento dos estudos.

Ao amigo Pablo, pela constante motivação acadêmica, uma energia que certamente me faltaria não fosse o seu apoio.

Aos parceiros do escritório Caputo, Bastos e Serra, que aceitaram amavelmente o fardo de suprir as lacunas deixadas pelo compromisso acadêmico.

À Débora, pelo amor e dedicação incondicionais ao longo desses anos, apesar das minhas dificuldades em retribuir-lhe na mesma medida.

Ao Kant, meu cachorro, o companheiro silencioso.

*There is no such joy in the tavern as upon the
road thereto (Cormac Mccarthy)*

RESUMO

Este trabalho busca consolidar as bases de uma ontologia possível na interpretação das ferramentas jurídicas modernas em conformidade com as demandas de um mundo pós-metafísico. Para tanto, tentar-se-á redescobrir o papel do jurisprudencialismo a partir da predominância do que denominaremos princípio geral de inclusão, em contraposição à ideia sedimentada de que a função do Direito seja primordialmente funcionar como uma máquina de seleção e preservação de formas de vida previamente determinadas por um grupo de atores políticos. Com isso, fixaremos o papel da jurisdição constitucional na adjudicação de direitos às minorias como medida de integridade em uma comunidade política formada por parceiros livres e iguais. Por fim, tentaremos utilizar o material teórico assim construído para interpretar a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.277, que reconheceu a união formada por casais do mesmo sexo como entidade familiar.

ABSTRACT

This work seeks to consolidate the basis for a possible ontology in the interpretation of the modern legal tools according to the demands of a post-metaphysical world. In order to achieve that, a new role for jurisprudence will be found, based on the predominance of what we will call the general principle of inclusion, in contrast to the consolidated idea that the main function of the Law is to work as a machine for the selection and preservation of forms of life previously determined by a group of political actors. After that, we will fix the role of the constitutional jurisdiction in the adjudication of right to the minorities as a measure of integrity in a political community formed by free and equal partners. In the end, this so built theoretical tools will be used to interpret the

Supreme Federal Court's opinion in the trial of the ADI 4.277, in which the union formed by same sex couples was recognized as a family entity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. BASES PARA UMA ONTOLOGIA JURÍDICA POSSÍVEL	8
1.1 SELETIVIDADE E INCLUSÃO NA FORMAÇÃO DO MUNDO	16
1.2 O INCÔMODO DE AGAMBEN	20
1.3 A ONTOLOGIA DO APOCALIPSE	24
1.4 A INVERSÃO METAFÍSICA	34
2. O CONSTITUCIONALISMO COMO PREDOMINÂNCIA DO PRINCÍPIO GERAL DE INCLUSÃO	46
2.1 A SELETIVIDADE E O APOCALIPSE	52
2.1.2 A DISTÂNCIA ENTRE INTENÇÃO E GESTO. UM CONTRAPONTO MORAL.....	59
2.2 A INCLUSÃO COMO PREVALÊNCIA DO ABERTO	65
2.2.1 O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO E O ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO DA MORALIDADE POLÍTICA	66
2.2.2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A PREMISA CONTRAMAJORITÁRIA. O MARCO INSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO GERAL DE INCLUSÃO.....	74
2.2.3 O FECHAMENTO CONDICIONAL. A CONSTITUIÇÃO E O PROCESSO DE APRENDIZAGEM.....	88
3. A TUTELA CONSTITUCIONAL DAS FAMÍLIAS A PARTIR DO PRINCÍPIO GERAL DE INCLUSÃO	96
3.1 O VOTO CONDUTOR E A ABERTURA INCONDICIONAL	99
3.2 O VOTO DO MINISTRO LEWANDOWSKI E A DIVERGÊNCIA DE FUNDAMENTOS. IDENTIDADE OU EQUIPARAÇÃO DE TIPOS.....	103
3.3 A DEFINIÇÃO DO PROBLEMA	108
3.4 A RELEITURA DE PAULO LÔBO NA SOLUÇÃO DO ITEM “A” DO PROBLEMA (HIPÓTESE EXCLUDENTE EXPRESSA)	110
3.5 INCLUSÃO E RECONHECIMENTO NA SOLUÇÃO DO ITEM “B” (LIMITES ESTRUTURAIS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL)	116

3.5.1 A INCLUSÃO NA TEORIA DOS SISTEMAS DE MARCELO NEVES	118
3.5.2 A LUTA POR RECONHECIMENTO EM HONNETH	123
4. CONCLUSÃO	131
REFERÊNCIAS	136

INTRODUÇÃO

Conta-nos Heródoto¹ que o rei Cambises II, da Pérsia, ao tomar conhecimento de um caso de suborno envolvendo um de seus juízes reais, Sisamnes, mandou cortarem-lhe a garganta e esfolarem-lhe a pele, usando o couro de seu corpo para adornar a cadeira em que pronunciava os julgamentos. Não satisfeito, nomeou, em seguida, o próprio filho do malfadado magistrado para o posto, instruindo-o a sempre se lembrar do que era feita a cadeira em que sentava quando emitisse os seus juízos.

Talvez, essa história não passe de um exemplo dos arroubos sanguinários dos imperadores antigos e de sua propensão a transformar em ensinamentos políticos simples atos de barbárie. Mas a violência gráfica desse conto revela mais do que o perfil de falso educador de Cambises, pois, de fato, encontra-se ali uma lição de moralidade política que nos parece importante, até hoje. O rei persa, soberano absoluto, nesse ato exemplar de punição, toma para si o corpo de seu magistrado corrupto e o transforma em adorno de uma cadeira. Não de qualquer cadeira, é óbvio, mas daquela que abrigará o próximo julgador, o oficial encarregado de decidir, nela sentado, sobre o que é a justiça no império persa.

Em primeiro lugar, a vida material do juiz é consumida por seu ofício. A falha em cumprir a função pública o coloca inteiramente nas mãos do Rei vingativo. O tecido do seu corpo, como parte da punição, é de tal forma institucionalizado e manipulado que não sobra dúvida alguma sobre o sentido de uma vida humana individual naquele império: servir ao projeto político em que foi capturada. O corpo do magistrado é incorporado ao patrimônio público, perdendo totalmente os resquícios de uma individualidade pretérita. Além disso, a instituição em referência não é outra se não a própria Justiça. Claramente, o rei Cambises, além de ressaltar a importância de servir o império em absoluta desconsideração de interesses particulares, relembra os seus súditos do piso em que se assentam as instituições políticas e os mandamentos do Direito. O fundamento de tudo o que os cerca é apenas um: o seu poder soberano.

¹ HERÓDOTO. **História**. Brasília: Editora Universidade de Brasília (UnB), 1985, cap. 5.25.

Mais do que nos restos mortais de seu próprio pai, o novo magistrado sentar-se-ia sobre as mãos do soberano e esse é o limite absoluto de seu ofício. Eis o ensinamento mais revelador desse episódio narrado pelo historiador grego. Muito mudou desde os impérios e Cidades Estado do mundo antigo até a criação dos Estados constitucionais modernos. Superamos, é fato, os abusos das monarquias absolutistas, colocamos os direitos fundamentais à igualdade e à liberdade no centro da discussão jurídico-política e presenciamos, não sem muito sofrimento, as consequências funestas do totalitarismo político. Mesmo assim, ainda há quem defenda a cadeira de Cambises como a definição do ofício do magistrado.

Ainda é muito comum, tanto nos meios especializados quanto nas discussões diárias sobre o papel das instituições jurídicas, a concepção de que o Direito é um sistema de comandos estipulados por um poder soberano, seja ele o titular pessoal de uma ordem jurídica, seja uma abstração do povo a partir de uma ideia representação, de forma que o sentido da prática jurídica deva ser apenas revelar o significado dessa vontade criadora originária. Nas sociedades democráticas modernas, fala-se muito na legitimidade exclusiva da maioria legislativa para regulamentar aspectos da vida social e nos riscos envolvidos na delegação desse papel aos magistrados profissionais, que têm paternalisticamente substituído os padrões normativos democraticamente formatados por seus compromissos éticos privados, corrompendo, assim, a legitimidade do sistema.

De certa forma, este é um trabalho sobre o material de que é feita a cadeira do magistrado moderno. Mais ainda, sobre até que ponto essa é uma escolha exclusiva de um soberano ou se existe algo próprio à justiça que não se reduz aos juízos e gostos dos detentores do poder.

Parece-nos, nesse sentido, que as demandas pela adjudicação de direitos fundamentais, cada vez mais presentes no debate político atual, tendem a tencionar os limites tanto da prática jurídica quanto do alcance de certas prescrições legislativas, ainda que democraticamente formadas pelo sistema majoritário. Quando o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou conjuntamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, por exemplo, reconhecendo tutela constitucional familiar à união entre casais do mesmo sexo, essa questão assumiu uma clareza talvez sem precedentes no debate jurídico brasileiro.

Naquela sessão de julgamento, predominou um tom festivo de celebração da liberdade sexual e de uma noção de progresso moral da sociedade. O resultado foi unânime, os votos, principalmente o do Ministro relator Carlos Ayres Britto, exibiam estilos laudatórios, como se manifestos políticos fossem, e o resultado foi recepcionado, no meio acadêmico e judicial, como uma abertura importante de um sistema normativo ainda marcado por preconceitos históricos. E, de fato, esse julgamento foi mesmo um marco da nossa jurisdição constitucional.

Acontece que esse clima festivo generalizado até hoje não permitiu uma análise mais aprofundada das verdadeiras implicações do julgamento e muito dessa superficialidade se deve ao aspecto enganador da suposta unanimidade quanto ao resultado final. Pouco se fala, por exemplo, do estranho fechamento daquela sessão, em que o Ministro Cezar Peluso lança uma espécie de convocação para que o Legislativo assumira a tarefa de regulamentar a matéria, pois haveria limitações cognitivas para adjudicar as extensões reais da tutela constitucional ali deferida. Essa intimação foi acompanhada por um curioso silêncio dos colegas, que, contraditoriamente, a partir do voto do relator, acabavam de reconhecer a aplicabilidade imediata de um direito a partir do princípio da igualdade. O que faltava regulamentar? O casamento? A adoção? A interpretação constitucional desenvolvida nos votos não seria capaz de oferecer a resposta a essas questões? Ou será que esse não é o papel do Poder Judiciário? Mas se não for, como justificar a própria equiparação ali admitida?

Essas perplexidades são reproduzidas na divergência de fundamentos consignada no acórdão pelos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Nesse destaque, os ministros reservam a sua opinião contrária ao “enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas”, mas reconhecem “a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar”, afirmando, no entanto, ser esta uma “matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata autoaplicabilidade da Constituição”.

Parece-nos, assim, que essa divergência assevera que a) a união homoafetiva não é união estável, mas outro tipo de entidade familiar, cujos direitos materiais não são necessariamente os mesmos das demais entidades expressamente constitucionalizadas; b) encontrar os limites dessas diferenças não é uma tarefa da jurisdição constitucional, mas do Legislativo. Se for esse o verdadeiro sentido da divergência, não parece ser uma

mera diferença lateral, como ficou indicado no acórdão, mas uma oposição direta às bases dos votos que adotaram o reconhecimento direto e incondicional da tutela jurídica pleiteada. O resultado dos votos, a partir de bases tão distantes, não poderia ser o mesmo, pois os sentidos revelados por cada entendimento são exatamente opostos.

Notadamente, o tema da função contramajoritária da corte constitucional foi insistentemente invocado, ao longo do julgamento, para fundamentar a adjudicação de direitos ilegítimamente suprimidos às minorias sub-representadas nos jogos de poder legislativos. Essa premissa é precisamente o oposto do que afirma a suposta diferença lateral quanto aos fundamentos. Se a matéria carece de complementação legislativa, como afirmaram os três ministros discordantes, o mais provável é que a tutela constitucional reconhecida no acórdão seja suprimida por um parlamento essencialmente conservador e abarrotado por compromissos religiosos de base. O que acontecerá, então? O que era constitucional pela aplicação direta do princípio da igualdade passará a ser inconstitucional? É legítimo esse eventual retrocesso legislativo? Pelos votos da maioria dos julgadores, parece que não, mas o silêncio ao final da sessão e alguns aspectos da divergência consignada no acórdão tendem a indicar que sim, pois, para alguns julgadores, tutelar a autonomia sexual dos participantes livres e iguais da comunidade é uma prerrogativa da maioria.

Sob o pretexto da limitação cognitiva, esse julgado histórico deixou de dar um recado institucional claro sobre o papel precípua da corte constitucional na defesa dos direitos da minoria. Reconheceu uma tutela específica, mas não indicou até que ponto essa tutela possui guarida constitucional e não delineou propriamente as bases ontológicas em que o poder majoritário pode exercer a seleção de certas condutas humanas.

Percebe-se, no entanto, que esse era o caso ideal para debater tais questões à exaustão. Em primeiro lugar, porque a autonomia de se formar uma família conforme as opções afetivas concretas é um direito que diz respeito somente aos participantes daquela união. A vedação de acesso a esse direito, portanto, possui um contexto ético-jurídico particular. É uma imposição normativa sobre como outra pessoa deve conduzir a sua vida, mesmo quando a opção não afeta diretamente os interesses daqueles que a repudiam. Esse problema naturalmente chama a atenção para os limites normativos da atividade política e coloca o princípio da igualdade no centro da formação do nosso senso de comunidade.

Em segundo lugar, o pedido inicial das demandas reclamava a interpretação conforme a Constituição de um artigo do Código Civil (CC, art. 1.723) que basicamente reproduzia uma comunicação de sentido expressa na própria Constituição (CF/88, art. 226, §3º), como será discutido ao fim deste trabalho. Isso implicava a necessidade de uma proposição judicial voltada não apenas contra interpretações normativas claramente excludentes, como embasadas no próprio texto constitucional. Essa questão, no entanto, foi muito mal abordada na sequência de votos que levou à decisão final.

O ponto que mais chama a atenção, a partir dessas inconsistências do julgado, é o de que, muito embora todos nós conheçamos o resultado, pouco sabemos sobre o seu sentido. O STF atribuiu às uniões homoafetivas a tutela constitucional das famílias, isso é inegável. Mas qual é o significado desse reconhecimento para as práticas jurídicas concretas? Quais são os direitos materiais adjudicados? Até onde é legítimo especular sobre as diferenças entre os regimes familiares? O objetivo do presente trabalho é construir as bases teóricas para revelar esse sentido que falta.

A intuição fundamental que motiva essa linha de pesquisa é a de que o recado constitucional claudicante oferecido nesse julgamento se deva principalmente à falta de problematização dos pressupostos mais íntimos dos julgadores acerca de sua função como magistrados. É dizer que a dificuldade de se encontrar um sentido claro para a decisão tenha raízes no fato de que os Ministros, ao solucionarem o caso, não se ocuparam (não como colegiado, pelo menos) de comunicar um entendimento acerca da função do Direito e, principalmente, da jurisdição constitucional na sociedade. Pelo que se viu dos debates, fosse essa questão de fundo realmente enfrentada, o resultado final não seria unânime, mas certamente seria mais inteligível.

Confrontavam-se ali duas propostas interpretativas sobre o sentido do Direito que, de certa forma, estão nas bases ancestrais dessa prática social e que tem muito a ver com os aspectos mais íntimos da nossa percepção da política como a criação do espaço de uma vida tipicamente humana. Basicamente, pesava na análise do caso, de um lado, uma aderência à idéia de que o Direito é um sistema de ordens e comandos sobre como deve ser a vida comunitária a partir de uma decisão política original. Por outro lado, prevalecia a concepção de que o sistema jurídico constitucional é essencialmente voltado para a composição de interesses de parceiros iguais e livres, normatizando as condições em que uma vida autêntica possa ser desenvolvida sem a interferência ilegítima de interesses e poderes particulares. Em síntese, divergia-se, ali, quanto ao fato

de ser o sentido do Direito, tal como revelado naquele caso limítrofe, predominantemente seletivo ou inclusivo.

Dessa intuição fundamental, passa-se a proposta mais qualificada de que esse dilema só pode ser propriamente ilustrado após a construção das bases de uma ontologia política crítica, em que o Direito aparece como a ferramenta normativa da construção do ideal de uma vida humana (o homem como objeto de si mesmo). Nossa suspeita é a de que a visão do Direito a partir de uma ótica exclusivista, ou seja, configurado como um sistema de instituições e de regras voltados para a seleção da vida digna contra as imposições da natureza e da barbárie (a anomia), é profundamente arraigada em nossa história política e foi o paradigma dominante pelo menos até o constitucionalismo moderno. A ideia concorrente, por sua vez, de que o Direito possa se tornar uma ferramenta de integração social e de abertura para o devir, é extremamente recente e ainda precisa ser melhor compreendida.

Para fazer frente ao desafio de esclarecer o caso concreto selecionado, portanto, será necessária uma reconstrução teórica extensa do que pode ser o sentido da prática jurídica a partir de uma perspectiva ontológica. Com esse intuito, faremos uma tentativa de explicar a transição para a modernidade e para o constitucionalismo, procurando estabelecer as mudanças de perspectivas que essa alteração substancial da forma de se pensar a política e o ser acarretaram para as instituições jurídicas. Seguindo essa análise, tentaremos compor o arsenal institucional disponível nos Estados Democráticos de Direito, demonstrando como os seus pressupostos de base são conflitantes com uma visão exclusivista do Direito, desmascarando o potencial destrutivo de seus usos essencialmente voltado para o comando e para a dominação.

Mais adiante, chegaremos à descrição do papel da jurisprudencialismo na conformação das instituições jurídicas de um novo humanismo possível para a modernidade, colocando a jurisdição constitucional no centro do debate acerca do significado da vida comunitária em um mundo pós-metafísico. Assentadas essas bases, tentaremos fixar a função precípua da corte constitucional na adjudicação de direitos fundamentais, problematizando a relação insolúvel entre inclusão e seleção sob outro prisma, em que as certezas morais e os fatos institucionais imutáveis são relativizados por um processo contínuo de abertura discursiva, cuja busca incessante pela coerência interna entre os padrões normativos positivados e as práticas sociais concretas torna o sistema jurídico-político inteligível (e acessível) para todos os parceiros da comunidade.

Por fim, retornaremos ao julgamento da ADI 4.277 para problematizar os limites da atuação judicial no âmbito da jurisdição constitucional, colocando a diferença entre inclusão e reconhecimento como central para a compreensão do sentido daquele julgado e dos limites institucionais implicados na decisão, notadamente quanto aos aspectos mais relevantes da divergência levantada pelos Ministros Gilmar Mendes, Lewandowski e Peluso. Com sorte, poderemos, ao final, contribuir para uma visão do Direito que nos liberte da cadeira de Cambises, achando um lugar de autonomia do discurso jurídico contra as tendências expansivas do sistema político sem, com isso, esvaziar o debate público naquilo que possui de essencial para a Democracia.

1. BASES PARA UMA ONTOLOGIA JURÍDICA POSSÍVEL

Diz o insensato em seu coração: “Não há Deus.”
Salmos 13 - 1 (heb.14)

Santo Anselmo da Cantuária, um monge beneditino que viveu entre os séculos XI e XII, convencido da harmonia conceitual entre razão e fé, tomou para si a missão de convencer até mesmo o ateu insensato de que a existência de Deus é um dado elementar da inteligência humana e escreveu, em seu *Proslogium*, um curioso argumento que iniciaria um capítulo especial da história da filosofia.

Em linhas bastante gerais, Anselmo baseia a sua prova na proposição fundamental de que Deus é aquele ser sobre o qual não se pode conceber nada maior². Até mesmo o insensato, argumenta, ao ouvir esse enunciado, pode entender o seu significado. Disso decorre que o conceito de Deus, ao ser compreendido pelo insensato, existe em seu entendimento. Ocorre que uma coisa é algo existir na mente e, outra, ser encontrada na realidade, de forma que o “existir” é uma qualidade particular do objeto e não se verifica, por óbvio, naqueles entes que porventura se encontrem apenas no intelecto. Assim, a existência torna-se um algo a mais de um dado objeto do conhecimento.

Preparadas essas premissas, Anselmo pode construir a escandalosa conclusão de que se o insensato é capaz de compreender o conceito de Deus como o ser sobre o qual não se pode conceber nada maior e se esse conceito existe em sua mente, necessariamente decorre que Deus existe na realidade, pois do contrário seria possível conceber um ser com todas as qualidades inerentes ao Ser Supremo e, além do mais, existente, de modo que Deus não seria mais o ser sobre o qual não se pode conceber

² A descrição a seguir resume o argumento contido no capítulo II do *Proslogium*. Ver Anselm, Saint, Archbishop of Canterbury. **Proslogium; Monologium; An Appendix in Behalf of the Fool by Gaunilo; and Cur Deus Homo**. Grand Rapids, MI: Christian Classics Ethereal Library. Disponível em http://www.ccel.org/ccel/anselm/basic_works . Acesso em 07/01/2013.

nada maior, o que é contraditório. Logo, Deus necessariamente existe tanto no pensamento quanto na realidade.

Não interessa discutir, aqui, a coerência interna do raciocínio ou mesmo resgatar a copiosa literatura crítica e as formulações mais recentes do argumento que brotaram nos meios acadêmicos no século XX³. O aspecto dessa prova que terá importância para o debate que o presente trabalho pretende iniciar não depende de suas qualidades técnicas propriamente ditas, mas de sua pretensão filosófica, a sua intencionalidade de fundo.

Trata-se de uma tentativa de estipular a existência real de um objeto do conhecimento como forma de garantir a coerência interna dos conceitos *a priori* utilizados para definí-lo. Ou seja, a existência de Deus no mundo se dá por uma necessidade do próprio intelecto humano e não pela verificação empírica de sua realidade. Em função dessa característica peculiar dos argumentos dessa espécie, Kant os agrupou sob a alcunha de “prova ontológica da existência de Deus”⁴, enquadrando-os como extrapolações das capacidades da razão especulativa⁵.

A crítica de Kant a essas propostas é bem conhecida e basicamente indica haver uma confusão essencial entre proposições analíticas e sintéticas⁶, sendo que o argumento ontológico toma a proposição existencial como analítica, daí concluir-se que o existir de Deus é uma condição de inteligibilidade do próprio conceito, o que é falso. A relação estabelecida entre a existência do sujeito (Deus) e os seus predicados é condicional. Se há um Deus, este é necessariamente onipotente, onipresente, etc. Tais predicados formam a inteligibilidade do conceito. Dado que esse ente exista, se suprimirmos uma dessas qualidades, criar-se-á, é verdade, uma contradição. Por outro lado, se não há um Deus, todos esses predicados desaparecem com o sujeito, sendo

³ Pelos exemplos mais comentados, ver: Adams, R., 1971, “The Logical Structure of Anselm's Argument”, *Philosophical Review*, 80: 28–54; Oppenheimer, P., and Zalta, E., 1991, “On the Logic of the Ontological Argument”, in J. Tomberlin (ed.) *Philosophical Perspectives 5: The Philosophy of Religion*, Atascadero: Ridgeview, pp. 509–29; Plantinga, A., 1967, *God and Other Minds*, Ithaca: Cornell University Press.

⁴ Kant insere essa discussão em seu capítulo sobre a Dialética Transcendental e, na verdade, indica haver três tipos de provas da existência de Deus: a físico-teológica, a cosmológica e a ontológica. A crítica à prova ontológica, no entanto, ataca as bases metafísicas mais fundamentais da estratégica como um todo e termina por desencadear a desconstrução das demais formas de prova. Ver Kant, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Nova Cultural, 1996, pags. 368 – 387.

⁵ Para os exemplos mais tradicionais da filosofia moderna, ver os argumentos ontológicos de Descartes, na quinta meditação (**Meditações**, São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 309-318), baseado na ideia de perfeição e o de Leibniz (**Novos Ensaios sobre o Entendimento Humano**. São Paulo: Nova Cultural, 1996, pags. 435 – 444), que procura aprimorar a consistência do conceito Cartesiano de Deus.

⁶ Kant, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Nova Cultural, 1996, pags. 371.

impossível que se instale uma contradição interna entre os seus atributos. Daí a conclusão elementar, para Kant, de que o erro fundamental dessas propostas é tratar a existência como um predicado.

Parece-nos que as linhas gerais dessa refutação estão bem colocadas, mas nos interessa muito mais o fato de que Kant tenha levado esse excesso especulativo tão a sério e o tenha colocado em posição de destaque em seu tratado. O autor alemão sabe que construções como a prova ontológica são hábitos arraigados no funcionamento da mente humana e, de certa forma, elucidam características importantes de nossa forma de perceber e explicar o mundo. Por essa “urgente necessidade”⁷ de admitir como um ente real um mero conteúdo do pensamento e por nossa ânsia de encontrar a unidade a partir dos elementos particulares e precários de nossa experiência, Kant divisa em formulações dessa natureza um “caminho natural da razão humana”⁸ que precisa ser elucidado e criticado.

É razoável supor que a figura unificadora desse Ente Supremo, a partir do qual se deriva toda a cognoscibilidade do mundo – e daí trazer-se o argumento ontológico à tona – é apenas um exemplo extremo de uma necessidade profundamente humana de submeter o abismo de incompreensão representado pelo ambiente natural a um sistema explicativo alcançável por nossos conceitos linguísticos. É o apelo, por assim dizer, de se humanizar o mundo.

Nada mais natural, então, que as figuras divinas da antiguidade e do mundo contemporâneo em sua maioria sejam representações antropomórficas, possuam sentimentos e preocupações humanas. Da mesma forma, preenchamos com naturalidade o vazio do entendimento da nossa relação com os animais, humanizando-os. Imputamos-lhes sentimentos morais, desejos extravagantes e capacidades relacionais que extrapolam, muitas vezes, as suas características autênticas.

Interessante notar, por outro lado, a nossa capacidade também persistente de problematizar e de até mesmo criticar esse hábito da mente como uma extravagância, trazendo-nos de volta ao chão do qual saímos para aceitarmos um papel mais modesto dentro do elenco de possibilidades da natureza. É como se a vocação expansiva do intelecto humano estivesse sempre amparada por uma necessidade quase contraditória,

⁷ *Crítica da Razão Pura*, p. 364

⁸ *Crítica da Razão Pura*, p. 365

mas também tipicamente humana, de diferenciarmos-nos do meio que pretendemos explicar sem, no entanto, deixarmos de fazer parte do mundo.

Assim, há um quê de Deus no homem e um quê de homem em Deus, como há a animalidade humana e a humanidade dos animais selvagens, mas sem nunca chegarmos na cisão ou na unificação completas desses ideais, pois há certamente algo que resta no meio, uma zona de indiferenciação que é essencial ao despertar da consciência. Pertencer ao mundo diferenciando-se dele é uma singular condição humana.

Feuerbach, sobre esse tema, faz a seguinte pergunta: “mas qual é esta diferença entre o homem e o animal?”⁹. E a resposta é “consciência de gêneros”, ou seja, o poder de diferenciar e de tomar consciência de si, tornar-se objeto de si. Por essa razão, o homem é o ser de vida dupla, interior e exterior, e é justamente sob essa compreensão fundamental que sempre funcionou a religião, segundo o autor. Deus é o homem como objeto de si mesmo colocado para fora de si. É o manifestar da perfeição humana em um estágio ainda precário da consciência; uma autopercepção infantil da humanidade¹⁰. O Deus do homem é somente a coleção de seus próprios atributos levados ao limite da cognição. Quando se começa a negar a Deus esses atributos, no entanto, por serem meros antropomorfismos, começa o processo de secularização dos tempos modernos.

Ao denunciar o dualismo especulativo da mente religiosa, Feuerbach substitui o exagero expansivo da metafísica por um humanismo racionalista igualmente expansivo. Se a “consciência é a marca característica de um ser perfeito”¹¹ e a religião é a cisão do homem consigo mesmo¹² num momento ainda primitivo de sua compreensão de si, é dado o tempo de reconciliarmos-nos com nossa consciência pela descoberta da razão natural, a medida última da realidade:

A razão é, finalmente, o ser necessário. A razão é, porque somente a existência da razão é razão; porque, não havendo razão, não há consciência, tudo seria nada, o ser igual ao não ser. Somente a consciência estabelece a diferença entre ser e não ser.¹³

As implicações da passagem do dualismo antigo e medieval para o monismo materialista da modernidade serão estudadas adiante, quando da discussão da teoria do Direito propriamente dita. Neste momento, muito mais produtivo é trabalhar aquela sugestão mais abrangente de Feuerbach, quando associa o fenômeno religioso às etapas

⁹ FEUERBACH, Ludwig. **A essência do Cristianismo**. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2002, p. 43.

¹⁰ FEUERBACH, Ludwig. **A essência do Cristianismo**, p. 56.

¹¹ FEUERBACH, Ludwig. **A essência do Cristianismo**, p. 48.

¹² FEUERBACH, Ludwig. **A essência do Cristianismo**, p. 77.

¹³ FEUERBACH, Ludwig. **A essência do Cristianismo**, p. 84.

da construção do próprio ser da humanidade, em um processo histórico da formação da consciência de si. Interessa-nos a ontologia encrustada no argumento.

Parece sugestiva a ideia de que as nossas representações culturais e metafísicas do mundo natural sejam projeções de revoltosas inquietações internas, de forma que a busca pela verdade possa ser compreendida como a pergunta pelo sentido do ser. Se as tentativas de determinar esse ser fundamental se manifestam por especulações de razão metafísica da revelação, como em Anselmo, ou se pertecem ao naturalismo humanista que se desenvolveu proficuamente na modernidade, o fato é que todas esses empreendimentos do intelecto podem ser interpretados de acordo com as suas pretensões ônticas. Conhecer Deus, o mundo, a história e a vida é buscar o sentido, afinal, de ser humano.

Como até aqui se tentou demonstrar, esses empreendimentos existenciais, de uma forma geral, podem ser agrupados a partir de suas pretensões mais significativas dentro de uma dupla perspectiva: a) a compreensão do ser por sua alteridade; b) a compreensão do ser por sua pertinência. A proposta ontológica que assumimos, aqui, no entanto, é a de que o ser nunca é capturado completamente em quaisquer dessas perspectivas, pois, como dissemos antes, é próprio de nossa singular condição pertencer ao mundo por uma relação de exclusão e alienar-se dele por um processo de inclusão, simultaneamente. É a partir da necessária dinâmica entre essas possibilidades que o homem toma consciência de si como ser histórico. Compreender esse irrealizável é revelar a essência da transitoriedade de todos os projetos existenciais.

Pois a prática social do Direito parece-nos, à primeira vista e somente em sua forma de apresentação mais evidente ao observador, um empreendimento ôntico de alteridade, sendo mais próximo ao argumento de Anselmo, agora há pouco mencionado. Mas essa é uma afirmação que merece ser tomada levemente, é claro. As semelhanças serão apresentadas apenas ilustrativamente, como se verá a seguir.

Uma das ideias mais consolidadas ao longo da história acerca do sentido do Direito é a de se tratar de um conjunto de obrigações, faculdades e de regras em geral destinadas a estabelecer os parâmetros essenciais da convivência entre os cidadãos de um agrupamento político. O que está por trás dessa concepção é a visão de uma cidade (o espaço do homem, em substituição ao espaço dos animais) e as suas leis internas (em substituição às leis da Natureza).

Assim, se há uma noção do que seja o homem, que se chama como tal por sua diferenciação do animal, e se essa criatura existe, deve haver naturalmente o mundo do homem, pois do contrário essa noção seria apenas uma fantasia. Sendo assim, nesse espaço tipicamente humano devem vigorar leis que não aquelas da selva e da barbárie, mas as leis da civilização, pois um mundo só pode existir por seus próprios meios, por sua autodeterminação. Por serem leis de conformação de um mundo, portanto, são obrigatórias e o seu desrespeito, ou o seu descrédito, é a marca da destruição da cidade e do retorno à selva.

Dissemos que essa percepção rudimentar do Direito se assemelha ao argumento ontológico de Anselmo por um motivo simples. A ideia do homem é um conceito do intelecto (tornar-se objeto de si) e o seu mundo não se encontra na natureza. Ele é fabricado no tornar-se histórico do homem, em sua busca por uma forma de vida que lhe seja própria, autêntica. O Direito, então, aparece como essa energia coercitiva que sai da ideia para impor-se na realidade e inaugura na terra a vida tipicamente humana. Assim como a existência de Deus, em Anselmo, é imposta pela necessidade *a priori* de seu conceito na mente, o Direito se impõe no mundo pela necessidade política e existencial de realização de um conceito ideal: o homem. Esse projeto de realização de si por alteridade, no entanto, é essencialmente irrealizável.

O mundo natural é especialmente refratário às pretensões expansivas do intelecto, de forma que nenhum Direito, nenhuma cidade, como nenhuma obra de arte ou pessoa concreta jamais superou as limitações do espaço e do tempo em que estavam inseridas; há uma precariedade concreta da existência que se impõe. Por isso, nunca houve uma civilização humana universalmente e infinitamente considerada. Ao longo de nossa história, assistimos ao florescer e ao ocaso de vários povos, como gregos, romanos, babilônios, macedônios, até as sociedades modernas, cada qual com suas cidades, suas leis próprias e sua ideia particular de um projeto civilizatório definitivo. E assim as pretensões universais e expansivas do ideal humano tem se consolidado na prática, aparentemente sem contradição, por meio de organizações políticas particulares, historicamente determinadas e condicionadas pelas condições especiais de seu meio.

Essa é uma extensão real do que pouco acima chamamos de singular condição humana, que se apresenta de modo sistemático nesse jogo insolúvel de estar no mundo (pertinência) e construir o mundo (alteridade). Platão é um exemplo vibrante das dificuldades envolvidas na realização do ideal político. Com efeito, em um projeto

paradigmático como a República, o grande inimigo é justamente o homem trágico, o sofista, o advogado da *epithymia*. Estabelecer instituições políticas racionais deve pressupor o repúdio à autonomia do meramente natural, à *physis*. A cidade é o espaço onde os instintos são organizados para gerar um resultado harmônico, onde o controle da razão sobre o potencial irascível da natureza do homem é a regra e não o contrário.

É bastante revelador, nessa perspectiva, que Platão comece o último capítulo da República com uma enérgica crítica aos poetas trágicos, ao apontá-los como um obstáculo ao seu engenhoso ideal republicano: a educação do bom cidadão. Platão desconfia do crédito concedido a esses “imitadores”¹⁴ pelas pessoas de seu tempo, ironizando a crença generalizada de que “(...) são versados em todas as artes, em todas as coisas humanas relativas à virtude e ao vício e até nas coisas divinas.”¹⁵

Na verdade, a irritação de Platão com esses artistas está fundada em uma crítica mais abrangente ao que seria um espírito trágico vigente em sua época, cujas conseqüências funestas se manifestavam nos vícios dos homens públicos e na precariedade das instituições políticas. O homem trágico é aquele que não controla seu destino; governado pelas paixões, deixa-se levar pela cólera cega, entrega-se ao desespero e comete as mais impensáveis sandices. Ele é o homem do espetáculo e, por isso, é apreciado pelos poetas. A própria arte da retórica, louvada entre os políticos atenienses, e que não passava de uma forma de adulação para Platão, era uma manifestação desse espírito trágico, este sim, o grande corrompedor da juventude¹⁶.

Platão situa o seu projeto político, então, justamente no limiar entre as imposições da natureza (o ambiente inóspito, os impulsos do corpo, a ignorância e a barbárie) e o ideal da razão. A partir daí, o filósofo descreve uma sistemática ortopedia da alma e finca uma bandeira de guerra contra a mentalidade que abraça as imposições da natureza como destino (o espírito trágico). O seu intuito político fundamental é educar o cidadão a reservar as suas necessidades privadas, separando-as das qualidades

¹⁴ A alcunha é desenvolvida a partir da comparação entre o trabalho de Deus, o criador das formas, do artífice, que individualiza as formas em objetos reais e do artista, que “imita” as coisas reais a partir de sua aparência. Platão entende que o poeta apenas aparenta conhecer a matéria prima de sua arte, mas está a três graus de distância da verdade e não pode servir para formar a vontade política da pólis. Ver Platão. **República**. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 321-326.

¹⁵ Platão. **República**, p. 326.

¹⁶ Em Górgias, o personagem Sócrates, respondendo a Pólo, identifica as formas por meio das quais a adulação corrompe as artes do corpo e da alma (ginástica, medicina e política, que Sócrates separa em justiça e legislação). No particular, a retórica é apresentada como bajulação, um simulacro da Política. Ver: Platão. **Górgias**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000034.pdf>. Tradução: Carlos Alberto Nunes. Acesso em 12 de janeiro de 2012.

que podem servir ao público. Somente um cidadão assim formatado é digno de pertencer à Cidade.

O mais interessante, no entanto, é que mesmo partindo desse dualismo fortemente idealista, Platão reconhece a imponderabilidade do mundo dos fatos e sabe que seu projeto não consquistará a realidade definitivamente. Há uma cumplicidade entre o corpo e a razão que justifica a existência própria da política: “(...) não importa que essa cidade exista ou tenha de existir um dia: é somente às suas leis, e de nenhuma outra, que o sábio fundamenta sua conduta”, dirá o pensador no Capítulo X¹⁷.

A importância do exemplo platônico está no radicalismo de seus pressupostos dualistas, que revelam alguns aspectos interessantes sobre o jogo constitutivo entre alteridade e pertinência. As Leis da Cidade existem como referência atemporal para a prática de formação política, que deve, a partir dos fatos, construir as bases concretas de um projeto ideal. E justamente por se erigir sobre o mundo falível das aparências, a partir de homens falíveis e imperfeitos, a Cidade não pode prescindir das vicissitudes da vida, mas deve selecionar os elementos disponíveis no meio que melhor possam servir ao bem comum. Percebe-se, assim, como o ideal normativo do mundo humano possui uma dependência insuperável das contingências da vida (o mundo animal), de maneira que a norma deve ser frequentemente reposicionada para adequar-se às condições reais de sua aplicação, ainda que, em tese (se aceitarmos a metafísica platônica), possa permanecer como referência abstrata da ação política.

Se nos libertamos um pouco da análise particular de um sistema jurídico-político e introduzimos o elemento histórico, perceberemos como a dinâmica entre política e direito é marcada por esse absoluto que se particulariza a cada tempo e em cada lugar na construção da identidade humana.

No desenvolver dessas interações entre as pretensões expansivas do Direito e as limitações concretas do mundo existente, sociedades particulares são formadas e extintas ininterruptamente, padrões normativos são renovados ou substituídos e agrupamentos políticos se fecham em torno de grupos de cidadãos mais ou menos determinados. Toda organização política, seja uma Cidade Estado, seja um estado nacional moderno, mantém uma complexa relação de pertinência e de diferenciação com a realidade à sua volta. Essa relação projeta um jogo de exclusões e de inclusões que define, no decurso do tempo, o sentido histórico da prática jurídica.

¹⁷ Platão. **República**. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 319.

1.1 SELETIVIDADE E INCLUSÃO NA FORMAÇÃO DO MUNDO

Gostaríamos, agora, de destacar alguns elementos gerais que emergem dessa descrição. Em primeiro lugar, parece-nos que a dinâmica da singular condição humana, na formação de vontade política, sustenta-se sobre um princípio geral seletivo e sobre um princípio geral inclusivo, concomitantemente.

A seletividade se encontra na relação de dentro para fora da sociedade humana. Ou seja, é o conjunto de atributos e padrões de comportamento louvados e defendidos pelo grupo de cidadãos como essenciais à sua identidade política, em exclusão daqueles comportamentos e atributos tidos por bárbaros ou incivilizados. Por exemplo, quando Péricles, em sua oração fúnebre às vítimas da guerra, começa o seu discurso por um elogio a Atenas, ele pretende demonstrar que as virtudes dos heróis ali mortos são as mesmas da Cidade pela qual deram a vida, qualidades que os fazia servir “de modelo a alguns ao invés de imitar outros.”¹⁸. O princípio seletivo é que define normativamente o mundo político e jurídico.

Quanto ao princípio inclusivo, este se refere ao outro aspecto da particular relação alteridade e pertinência, ou seja, com as pressões e com as imposições concretas do mundo real ao ideal político. A inclusividade opera contrariamente ao seu correlato seletivo, em uma operação de fora para dentro da sociedade humana, como incorporação e abertura do sistema político e cultural às influências externas, permitindo que atributos e padrões de comportamento antes excluídos possam ser incorporados ou aceitos por aquele grupo, aumentando, assim, os espaços de pertencimento.

Essas considerações básicas nos permitem retirar algumas consequências preliminares acerca do funcionamento histórico da prática jurídica. Nesse sentido, é razoável aceitar, em primeiro lugar, sem com isso adentrar no pantanoso terreno das definições, que o Direito se apresenta como uma forma socialmente organizada de intervenção nas práticas concreta da vida, a partir de uma ideia mais ou menos precisa de convivência humana. A pista elementar para esse entendimento é certamente o seu aspecto de obrigatoriedade.

Ainda não é o momento de se problematizar os tipos de normas jurídicas, as suas funções e a sua diferenciação da moral, mas tão somente indicar que uma característica

¹⁸ Tucídides. **História da Guerra do Peloponeso**. Brasília: UnB, 1999, p. 100.

reveladora do Direito, onde quer que se encontre essa prática social, é de se conformar em um conjunto mais ou menos coerente de normas e princípios de valor cogente. A percepção geral de que o cidadão comum deve obediência e não dispõe do Direito permite identificá-lo, provisoriamente, como uma forma de intervenção.

A partir dessa ideia, podemos somar as duas dimensões para dizer que o Direito age na vida como um processo duplo de intervenções seletivas e inclusivas. Por meio da intervenção seletiva, o Direito fixa padrões limitantes de convivência e de organização da vida política e institucional que fecham o sistema para os elementos externos. Pela chave explicativa da intervenção seletiva explica-se a maior parte das compreensões acerca do funcionamento do direito, fundadas na ideia de proibição e de comando. Assim, a norma elementar que proíbe o homicídio é uma intervenção seletiva e exclui o comportamento assassino da vida comunitária.

A intervenção inclusiva, por sua vez, novamente coloca a descoberto a relação das instituições com o espaço e com o tempo, ao ampliar o espectro de comportamentos aceitáveis e os espaços públicos de formação de decisão e de defesa de interesses. Pode ser encontrada no ato formal de revogação de uma regra seletiva, no reconhecimento de uma classe ou grupo de pessoas como cidadãos, quando direitos historicamente atribuídos a um grupo definido são ressignificados e estendidos àquelas pessoas para as quais esses direitos não haviam sido originalmente desenhados, ou mesmo na mais simplória atividade interpretativa de um juiz. Por exemplo, a interpretação judicial que acolhe uma excludente de ilicitude em um caso de homicídio é uma intervenção seletiva, ao incluir, por meio de uma decisão, uma condição especial em que o comportamento assassino é tolerável, a despeito do comando geral que proíbe esse comportamento.

Estabelecidas essas premissas, podemos finalizar essa parte inicial com uma qualificação teórica. É que a intervenção seletiva ou inclusiva do direito são ocorrências indelévels do funcionamento da atividade jurídico-política; são desdobramentos concretos e necessários das interações entre o princípio geral seletivo e o princípio geral inclusivo, estes últimos funcionando como marcas paradigmáticas da dinâmica entre o ser determinado pelo mundo e o ser determinado a construir o mundo, essa singular condição humana.

Ocorre que uma das modalidades de intervenção do Direito acaba por se tornar mais ou menos dominante em determinadas organizações políticas, a depender da

importância que os princípios gerais seletivo ou inclusivo assumem na conformação das instituições sociais e no pensamento jurídico-político como um todo.

Com isso, é possível inferir que aquela ideia rudimentar do sentido do Direito há pouco discutida (à qual associamos o argumento de Anselmo), por estar diretamente comprometida com a consolidação, por alteridade, de um ideal da vida humana (como é o projeto civilizatório da República), convida a uma abordagem muito mais seletiva da política e, conseqüentemente, o seu modo de intervenção jurídica abrangerá mais espaços de exclusão e de imposição do que de inclusão e de abertura. Nota-se, ainda, que a história do pensamento jurídico ocidental parece indicar que as sociedades antigas e medievais, em geral, e uma parte importante das instituições políticas modernas levaram adiante a marca mais forte da seletividade como fonte de sentido primordial do Direito¹⁹.

Mas esta não é a única chave interpretativa pela qual a prática jurídica pode ser concebida e materializada na vida concreta. Atualmente, tem-se destacado diversas perspectivas que sublinham o potencial do Direito como uma ferramenta de abertura e de construção de espaços cada vez mais inclusivos de convivência pública, uma propensão que historicamente passa a se tornar possível a partir do Constitucionalismo moderno.

Mas essa é uma discussão que será travada adiante. Por enquanto, basta-nos fixar que a inteligibilidade do Direito pressupõe a coexistência de ferramentas seletivas e inclusivas de intervenção social, ainda que as instituições concretas das sociedades possam alternar a importância de cada uma delas a partir dos princípios gerais inclusivo e seletivo.

A supressão total de uma ou de outra pela expansividade das relações de alteridade ou de pertencimento, por outro lado, implicam a destruição ontológica do Direito, seja fechando-o tão absolutamente ao ponto de transformá-lo em uma máquina de exclusão e de extermínio (a norma exclui a vida), seja abrindo-o tão descontroladamente que a sua obrigatoriedade torne-se uma quimera (a norma se confunde com a vida).

¹⁹ John Kelly, ao comentar a teoria jurídica de Austin, que descreve o Direito como um sistema de comandos determinados hierarquicamente do soberano ao súdito, observa bem que essa noção simples e restrita do sentido da Lei apenas se torna mais explícita em Austin, apesar de ser, por outro lado, verdadeira “para autores de todas as épocas, desde o início da história do pensamento jurídico.” KELLY, John.M. **Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 314.

Com isso, buscamos estabelecer, como hipótese fundamental dessa pesquisa, a noção de que qualquer proposta interpretativa das práticas sociais a partir de categorias jurídicas deve estar preparada para aceitar o estatuto ontológico da singular condição humana aplicado ao Direito, qual seja, a interação constitutiva e não excludente entre alteridade e pertinência na construção do mundo dos homens na concretude do tempo e do espaço. Rompidas essas condições de inteligibilidade, o discurso jurídico torna-se inespecífico e potencialmente destrutivo.

1.2 O INCÔMODO DE AGAMBEN

Toda a arquitetura argumentativa desenvolvida no tópico anterior preparou o caminho para a análise crítica do pensamento de Giorgio Agamben, um autor que, nos últimos anos, tem adquirido bastante influência e suscitado as mais diversas emoções nos meios jurídicos acadêmicos, principalmente por seu uso bastante controverso de um autor já por si suficiente polêmico, que é Carl Schmitt.

Na ambiência particular das discussões em teoria do Direito, as obras do pensador italiano mais comentadas são, sem sombra de dúvidas, *Homo Sacer*²⁰ e *Estado de Exceção*²¹, especialmente pela original construção teórica que esse autor erige a partir do aforismo de Schmitt (“soberano é quem decide sobre o estado de exceção”²²), realizando uma arqueologia dos mais remotos conceitos do Direito romano para chegar a um vaticínio nada animador acerca das potencialidades expansivas do poder Estatal na modernidade.

O que permite Agamben realizar essa arquitetura conceitual tão abrangente do Direito, sem cair em particularismos históricos excessivos, sendo ainda capaz de apontar os desdobramentos reais de suas especulações para as instituições jurídicas modernas, é justamente a sua capacidade de promover uma leitura ontológica do fenômeno político-jurídico, uma qualidade que será de muita valia para este trabalho, como se verá um pouco adiante.

Neste primeiro momento, cabe apenas registrar o fato de que a teoria política de Agamben nos convida a associar o destino do Direito aos desdobramentos conceituais da ideia de soberania. Por essa razão, é fundamental, para o autor, associar a legitimidade do Direito ao problema da origem, o que implicará uma revisão crítica da relação entre o poder que institui a norma e o poder constituído, em particular negando

²⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

²¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

²² SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

que exista uma diferença apreciável entre poder constituinte e poder Soberano²³, apesar dos recentes esforços teóricos em contrário de filósofos como Antônio Negri²⁴.

Essa junção entre poder soberano e poder constituinte é especialmente importante para o autor, pois lhe permitirá descrever uma relação dinâmica e constante entre o Direito e a vida que não pode ser explicada por categorias jurídicas. Justamente por estar associada a uma lógica da preservação institucional num mundo em constante modificação, a relação entre o poder de instituir a norma e o poder constituído sempre dependerá de uma energia fundamental capaz de transitar entre fato e norma e de atualizar, em ato, o poder constituinte, a preservar a ordem jurídica instituída por meio de sua suspensão.

Agamben associa essa interdependência entre os conceitos às categorias da metafísica aristotélica da potência e do ato (*dýnamis e enérgeia*).²⁵ Em particular, interessa-lhe a posição de Aristóteles ao sustentar que a separação entre essas duas categorias não se limita à diferenciação conceitual, de forma que a potência, mesmo quando não consumida no ato, existe por si. Em sua autonomia, então, a potência mantém-se equidistante entre a possibilidade de ser (concretizar-se em ato) e a de não ser (*adynamía*).

Nessas páginas centrais do *Homo Sacer*, Agamben argumenta que o fundamento ontológico do poder soberano é justamente essa possibilidade intrínseca do não ser da potência. Soberana é aquela energia criadora que atualiza no mundo uma potência ideal do ser. Sendo um momento de criação, um impulso vital, o ato soberano só é inteiramente compreendido, em sua singularidade intransigente, quando a sua contingência (sua potência de não) é revelada, o seu mostrar-se não como um dado, mas como uma decisão, uma violência existencial. Aí está o significado da decisão soberana.

O intuito mais óbvio aqui, naturalmente, é desconstruir a ideia de necessidade, sobre a qual repousam as tentativas de legitimar a decisão soberana como um ato de fora do Direito, mas em direção à ordem jurídica. Agamben irá aduzir que a soberania habita justamente o lugar em que a vida e a norma são indistinguíveis (o estado de

²³ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 50.

²⁴ NEGRI, A. **O Poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p.8

²⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**, pgs. 51-54.

exceção) e é nessa anomia que repousa o paradoxo de Schmitt (“o soberano está ao mesmo tempo dentro e fora do ordenamento jurídico”²⁶).

A conclusão mais sofisticada, entretanto, é a de que o estado de exceção, a estrutura da soberania, é o próprio fundamento da ordem jurídica sem, com isso, participar dela. A exceção é o estado de coisas por meio do qual o direito “se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão”²⁷. É justamente nesse espaço de indistinção que reside a fonte vital da vontade soberana, que, por meio de sua violência criadora, institui e distingue as zonas de vigência da norma das zonas de anomia, permanecendo, dinamicamente, em um liminar entre elas.

O radicalismo do conceito está em destacar a pretensão civilizatória do Direito como uma quimera. De qualquer forma que se apresente, uma relação jurídica representa uma captura da vida dentro de um esquema particular de poder e, dessa maneira, implica ao mesmo tempo um processo de inclusão e de exclusão. No fundo, o estar dentro do direito pressupõe a existência de um “fora” como referência, uma zona de exclusão em que formas de vida, comportamentos, pessoas, ou povos inteiros são selecionadas ou abandonadas para justificar a norma. A inteligibilidade dessa distinção, no entanto, não se dá na natureza, sendo construída e mantida constantemente pelo poder soberano, uma violência original, irreduzível, incontrollável e alheia, por definição, aos limites jurídicos.

Um dos pontos de Agamben, então, é o de que o Direito não responde por suas origens e não controla o seu destino. Não se compreende o paradoxo da soberania por categorias jurídicas e é justamente nesse sentido que se constrói a sua crítica mais incisiva a Schmitt:

Falaciosas são as doutrinas que, como a de Schmitt, tentam inscrever indiretamente o estado de exceção num contexto jurídico, baseando-o na divisão entre normas de direito e normas de realização do direito, entre poder constituinte e poder constituído, entre norma e decisão. O estado de necessidade não é um “estado do direito”, mas um estado sem direito (mesmo não sendo um estado de natureza, mas se apresenta como a anomia que resulta da suspensão do direito).²⁸

O que há de escandaloso nesse modo de argumentar, no entanto, é o fato de que as teorias jurídico-políticas acerca do Estado de Exceção, cujas origens modernas

²⁶ Para Schmitt, o problema da soberania só revela suas peculiaridades e desafios próprios quando atacado sob o prisma de um poder supremo fático e jurídico ao mesmo tempo. SCHMITT, Carl. **Teologia Política**, p.18.

²⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**, p. 35.

²⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 79.

guardam relação com a descrição de Foucault da doutrina da *raison d'état*²⁹, não sirvam de impulso ao início de uma reconstrução legitimadora do Direito Constitucional, uma que supere, de preferência, o discurso da soberania. Pelo contrário, a intenção de Agamben é demonstrar como o poder soberano, por meio da banalização da ideia de necessidade, tem sido extrapolado para todas as esferas da vida social, de forma que a marca definitiva da política moderna é a completa indistinção entre regra e exceção, e o seu destino, o totalitarismo.

Aí reside grande parte da resistência a esse autor nos meios jurídicos. Tem-se a impressão, é verdade, que a sua análise leva a conclusão de que o Direito moderno, ao contrário do que se diz em todos os livros didáticos dos cursos de formação da área, não é uma fonte de garantia contra os abusos do poder (estatal, econômico, cultural, etc), mas, ao contrário, serve muito mais como marco institucional legitimador de uma estrutura de dominação muito mais complexa, que atua em nível global e é capaz de lançar massas inteiras de pessoas ao abandono político, colocando-as em contato direto com um poder sem limitações e controles efetivos, destinado a destituí-las de qualquer possibilidade de afirmação de uma identidade autêntica.

É possível que, para muitos juristas, o papel pouco honroso do Direito dentro da obra política de Agamben seja um aspecto desanimador. Mas é do seu aparente descaso que se abre um método de investigação bastante promissor e que nos convida a reabrir o discurso jurídico pela ontologia política. Talvez, ao nos aprofundarmos nessa sugestão nos seja possível encontrar novas perspectivas para o Direito, reencontrando o seu lugar autêntico na vida contemporânea.

²⁹ Foucault demonstra como esse discurso passa a se desenvolver a partir de órgãos e instituições disciplinares que funcionam à margem da justiça como uma espécie de “ciência do Estado”, ou seja, um estudo sobre as leis que regem esse fenômeno político e as condições que causam sua preservação, o seu fortalecimento ou a sua morte. *Raison d'état* nada mais é do que a ação direta do Estado sobre si, como forma de preservar-se, partindo do exame criterioso de sua constituição interna. Ver: FOUCAULT, Michel. **Security, Territory, Population**. New York: Palgrave Macmillan, 2007, p. 257.

1.3 A ONTOLOGIA DO APOCALIPSE

Parece-nos claro, até aqui, que o paradoxo da soberania, em Agamben, é um fenômeno que não se revela pelas categorias políticas ou jurídicas. A radicalidade de sua estrutura nos remete à filosofia primeira, ou à ontologia política.³⁰ A intuição elementar do autor, nesse sentido, é a de que as instituições sociais, em geral, se apoiam em um processo seletivo de suspensão das práticas concretas, retirando-as de seus contextos reais de reprodução para organizá-las em modelos de referência teórica:

De modo geral, pode-se dizer que não só a língua e o direito, mas também todas as instituições sociais, se formaram por um processo de dessemantização e suspensão da prática concreta em sua referência imediata ao real. Do mesmo modo que a gramática, produzindo um falar sem denotação, isolou do discurso algo como uma língua, e o direito, suspendendo os usos e os hábitos concretos dos indivíduos, pôde isolar algo como uma norma, assim também, em todos os campos, o trabalho paciente da civilização procede separando a prática humana de seu exercício concreto e criando, dessa forma, o excedente de significação sobre a denotação que Lévi-Strauss foi o primeiro a reconhecer.³¹

Esse processo de suspensão do real e de criação de um modelo normativo de referência suscita um dualismo essencial bastante próximo do que se chamou, no tópico anterior, de singular condição humana, um processo de estranhamento e de reconstrução do mundo cujas bases, obviamente, estão fundadas na distinção heideggeriana entre falta de mundo, pobreza de mundo e formação de mundo³².

Nesse sentido, é coerente que a formulação mais abrangente de sua ontologia política apareça em “O aberto”³³, um livro de atmosfera não raro messiânica, que parte da premissa geral de que as diversas manifestações do conhecimento (seja teológico, ético, político ou jurisprudencial) são consumidas e suspensas na distinção entre o

³⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua. P. 50**

³¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 59

³² HEIDEGGER, Martin. **The fundamental Concepts of Metaphysics: world, finitude, solitude**. Bloomington: Indiana University Press. 1995, p.176.

³³ AGAMBEN, Giorgio. **The Open**. Stanford: Stanford University Press, 2004. As citações desta obra serão traduzidas livremente.

homem e o animal que o habita³⁴. De fato, para Agamben, tanto a relação com Deus como o mais pedestre projeto político possuem em comum uma esquizofrenia fundamental³⁵, cujas raízes podem ser traçada ao seu ponto de origem ontológico, que é relação mal resolvida entre a ideia do homem e a sua animalidade.

O objetivo de Agamben, nesse livro, é apontar a ontologia como um presságio da reconciliação do homem com o animal³⁶, e desnudar os processos históricos de suspensões e redefinições dos conceitos essenciais do conhecimento em seu caráter contínuo e inescapável de transitoriedade. Somente a ontologia pode dirigir o olhar do observador para o despertar da consciência (o tornar-se objeto de si mesmo do homem) e enxergar nesse processo a gênese da civilização.

A verdade ontológica do homem como criador do mundo (o animal que se diz e vive como homem) é a de que a essência desse ser e a estrutura do seu mundo nunca se realizam completamente na vida, mas permanecem sempre como potência de si mesma, materializando-se na vida como contingência. A condição do ser do homem é vislumbrar o aberto de sua existência, sem, no entanto, ser capaz de libertar-se das determinações da natureza (da sua animalidade).

Essa leitura ainda muito vaga da proposta de Agamben pretende apenas fixar as bases heideggeranas de que parte o autor. A ontologia política em gestação é certamente crítica, pois pretende denunciar as pretensões ontológicas das verdades historicamente construídas acerca de questões como a natureza humana, civilização, verdade e justiça. Caberia, assim, denunciar o projeto fatalmente falível de se definir o ser dentro de esquemas particulares, históricos e datados do pensamento. A reconciliação entre o homem e o animal afigura-se, desse modo, como uma redescoberta do ser.

Heidegger, na primeira parte de *Ser e Tempo*, já anuncia que uma ontologia autêntica deve se desligar das formas imediatas com as quais o ser se dá ao entendimento, aquilo que se denomina “mediano, vago, entendimento-do-ser”³⁷. A

³⁴ AGAMBEN, Giorgio. **The Open**, p. 22.

³⁵ Por exemplo, em outra obra, Agamben procura associar a noção foucaultiana de “dispositivos de poder” às descrições da teológica medieval da Trindade, como uma separação entre o ser de Deus, que é uno, e as suas manifestações encarregadas da gestão do mundo criado (a oikonomia divina). Alude então, que a separação entre a ação (a administração, a governabilidade) e o seu fundamento ontológico é um legado esquizofrênico deixado pela doutrina teológica à cultura ocidental. Nesse sentido, ver: AGAMBEN, Giorgio. **O que é o Contemporâneo? e outros ensaios**. Chapecó: Argos, 2009, p. 37; FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 51.

³⁶ AGAMBEN, Giorgio. **The Open**, p. 3.

³⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Campinas: Unicamp; Petrópolis: Vozes, 2012, p. 43

pergunta pelo sentido do ser deve revelar a sua forma própria de se apresentar, uma que não possa ser reduzida ao ente.

O *dasein* (o ser-aí), portanto, é esse ente onticamente assinalado para revelar o fenômeno próprio do ser justamente por mostrar-se aberto para si mesmo³⁸. O *dasein* é uma forma de estar no mundo que põe em primeiro plano a questão da existência, pois contém em si toda a potencialidade de um vir a ser no mundo e, ao mesmo tempo, revela um estranhamento às determinações particulares de conteúdo. É por isso que a ontologia do *dasein* é a única capaz de problematizar a estrutura da existência como possibilidade plena de abertura, a sua existencialidade³⁹.

Heidegger entende que as pesquisas filosóficas, literárias, psicológicas históricas, etc., até então tocaram as possibilidades existenciais do *dasein*, mas não se abriram para a sua analítica existencial, ou seja, o seu caráter de possibilidade e abertura, a sua cotidianidade opaca, que não pode se fechar em categorias⁴⁰. A temporalidade, então, é a condição para a compreensão do sentido do ser no nível ontológico e é somente por essa via escorregadia que Heidegger divisa uma antropologia filosófica factível.

Temporalidade e existencialidade são marcas indeléveis do contínuo processo de cesuras e redefinições implicado na busca pelo ser. Agamben situará essa dinâmica da abertura na relação entre homem e animal para chegar às manifestações políticas que dela decorrem e é nesse momento que ele revela todo o potencial da distinção heideggeriana há pouco mencionada, entre pobreza no mundo e articulação de mundo⁴¹. Vamos seguir a interpretação de Agamben sobre o texto de Heidegger nesse ponto.

A pobreza de mundo em que o animal se situa não é uma espécie inferior de vida. A maneira com que o animal é absorvido por seu ambiente, o “desinibidor”, é elementar no nível da experiência, mas extremamente reveladora quando se apresenta à observação, pois coloca em relevo a cativação que o ambiente exerce sobre os seres vivos. Os objetos do mundo estão abertos ao animal, mas ele não se relaciona com eles senão por uma atração irresistível. “O ser é aberto mas não acessível ao animal”⁴².

³⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**, p. 59

³⁹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**, p. 61.

⁴⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**, p. 72-73.

⁴¹ AGAMBEN, Giorgio. **The Open**, p. 50.

⁴² AGAMBEN, Giorgio. **The Open**, p. 50

Ele tem um mundo, portanto, mas está completamente imerso nele. O homem, por sua vez, é o ser que reconhece e pode problematizar essa abertura⁴³.

Ao observar como o mundo acessível cativa e pede uma inteiração inconsciente, abre-se ao homem a possibilidade de suspender essa atração, pondo-se na posição de observá-la. Mas essa abertura só se revela ao homem pelo fechamento que ele observa; não é uma experiência autêntica de liberdade. O resultado dessa equação (abertura ao mundo pela suspensão da relação com o desinibidor) é manifesto claramente na experiência do tédio. No tédio profundo⁴⁴, os seres se abrem aos homens como tais, mas não oferecem nada em troca. Eles estão em relação uns com os outros, mas é uma relação sem conteúdo⁴⁵. Esse vazio coloca o *dasein*, o nosso ser-aí, em evidência. O perceber o *dasein* é o sentir-se recusado em si mesmo, atraído por algo que não se revela. Diferentemente do animal, que é atraído por algo que o consome e que lhe dá vida em troca, o homem capturado pelo tédio se entende vazio, ele percebe o nada que o cerca.

O mundo se revela ao homem, portanto, como potencialidade que não se realiza. Ele é o único animal capaz de suspender a determinação da natureza, sua cativação, e de abrir as possibilidades da ação livre, mas a natureza nada lhe oferece em troca; o revelado fica-lhe oculto. Ele capta a realidade negativamente, como percepção de um mundo novo que se deixa incultivado⁴⁶.

Ao confrontar-se com essa experiência do nada, resta-lhe dar um salto em direção ao absurdo e construir, pela política, o mundo que lhe falta (formador do mundo). A política, no sentido de revelação de uma vida autêntica, aparece ao homem como uma vitória – ainda que sempre precária – sobre o domínio da natureza. É a manifestação libertadora da vontade contra as determinações da vida, mas que não pode, paradoxalmente, partir de outro fundamento que não a própria vida. A sua fundação,

⁴³ AGAMBEN, Giorgio .**The Open**, p. 62

⁴⁴ Heidegger busca no estudo do tédio o estatuto ontológico do homem contemporâneo. A partir da ideia de “tediosidade”, aquilo que torna entediante um dado objeto que nos entedia, o pensador desenvolve uma investigação cada vez mais profunda sobre que o significa estar entediado com algo e estar entediado por algo, para chegar ao ponto em que o tédio se mostra como um abandono de nós mesmos pelos objetos do mundo, na medida em que se mostram disponíveis à experiência, mas sem, no entanto, se oferecem para nós. É um estado de suspensão (um limbo) em que nos damos conta da nossa presença a se arrastar no tempo. No tédio profundo, “nós captamos as raízes do *dasein*”, e nessa condição estrutural ficamos abandonados em um contato imediato e temporalizado com o nosso ser. **The fundamental Concepts of Metaphysics**, p.82-131.

⁴⁵ AGAMBEN, Giorgio .**The Open**, p. 64.

⁴⁶ AGAMBEN, Giorgio .**The Open**, p. 68.

então, é o que lhe desconstitui. Ainda assim, esse mergulhar no abismo é o que nos torna humanos.

Há nesse enredo certo louvor àquela ativa vontade de criação do espaço da vida tipicamente humana, mencionada há pouco neste trabalho, que nos instiga a superar a mera ideia de sobrevivência (nós criamos as nossas leis). Em Aristóteles, a Cidade fundada sob laços de amizade é “organizada não apenas para conservar a existência, mas também para buscar o bem-estar”⁴⁷. É um sobrepor-se ao instinto em busca da medida de realização do *telos* desse animal cívico e erigir sobre as contingências mundanas algo como uma lei, a inaugurar um tempo de homens, de sorte que a vida que lhes seja, acima de tudo, “nobilitante.”⁴⁸

Agamben recupera essa narrativa justamente para denunciá-la. Ele indicará que Heidegger foi o último filósofo a acreditar, de boa fé, na *polis* (esse ambiente em que se embatem o fechado e o aberto, o homem e o animal) como um projeto viável em que um povo, uma raça ou uma nação ainda poderiam encontrar o seu destino histórico⁴⁹. A política como antropogênese reside sobre um paradoxo e não há como resolvê-lo sem perder-se algo demasiadamente humano no processo, algo que em seu extremo pode significar o próprio sentido da vida.

Parece-nos que a crítica a Heidegger, nesse trecho, indica implicitamente que a ontologia crítica não permite nenhuma espécie de condescendência quixotesca com a política, como se o construir-se histórico do homem fosse uma jornada romântica em direção ao absurdo e não um processo essencialmente violento, cujos pressupostos parecem levar a resultados além de absurdos, catastróficos.

De fato, é possível concordar com Agamben no sentido de que a contribuição mais penetrante da filosofia de Heidegger está justamente nesse desvelar das possibilidades do ser presente como aquilo de mais verdadeiro que se possa descobrir sobre o homem. Essa compreensão contrasta profundamente com a pretensão ontológica da política como um projeto civilizatório, um ideal de triunfo do ato sobre a potência e, conseqüentemente, da violência sobre a realidade. Séculos de história política ocidental em nada nos aproximaram, apesar dos titânicos esforços, da verdade acerca da essência humana. Pelo contrário, apenas nos aproximaram do absurdo intrínseco à própria busca e os totalitarismos do século XX estão aí como prova.

47 ARISTÓTELES. **A política**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 4.

48 ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1996,p.258.

49 AGAMBEN, Giorgio .**The Open**, p.75.

Não parece tão certo, no entanto, que a filosofia de Heidegger leve necessariamente a essa opção incoerente com seus pressupostos e, de fato, a oposição de Agamben permite alguma sofisticação. Em primeiro lugar, porque não nos parece plausível que o pensador italiano negue a política, enquanto tal, como uma possibilidade de vida autêntica. O problema mais relevante, aqui, é certamente o aspecto irremediavelmente normativo que a política assume em tais condições ontológicas; a sua imposição como realidade em substituição da vida concreta, a sua instrumentalização compulsória. Agamben quer chegar, enfim, no Direito, esse processo de transformar a indefinição da existência em um fato institucional.

Maman, por exemplo, nos instiga, a partir de Heidegger, a tentar encontrar uma saída jurídica para os paradoxos políticos da contemporaneidade. A pergunta que se lança, então, pretende abrir o debate sobre quais “artefatos jurídicos reconstroem as possibilidades igualitárias de desenvolvimento humano, no caminho de um novo humanismo, que é exigência dos fatos empíricos”⁵⁰.

É justamente esse caminho que Agamben pretende barrar ao ressaltar as consequências possíveis da filosofia de Heidegger. Não há nenhuma solução jurídica para algo como um novo humanismo. O seu pensamento só permite enquadrar o Direito como uma etapa ilustre daquilo que ele chama de “Máquina Antropológica”, um processo de formação histórica do homem que se desloca no vazio existencial de sua relação com o meio natural⁵¹. A ontologia por trás da antropogênese, quando instrumentalizada para o bem do Direito, implica a institucionalização de uma sistemática em que a vida é capturada e abandonada às zonas de indiferenciação entre fato e norma, conferindo aos espaços de decisão entre o homem e o animal (o cidadão e o bárbaro), entre a natureza e a história e entre a vida e a morte, o *status* de certeza jurídica.

O único sentido ontologicamente inteligível do ser é certamente a sua abertura ao mundo como potência. Qualquer tentativa da ontologia política de resolver esse paradoxo pela ação deve abandonar a busca pelo sentido em troca da certeza do ato, um ato soberano de exclusão de possibilidades. Agamben sugere, então, que desde os seus

⁵⁰ MAMAN, Jeanete Antonios: **Ser-para-a-vida e Ser-para-a-morte: Contribuição para o Tema dos Direitos do Ser-humano-existente**. Em BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto. MELO, Claudinei de. *Direito Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009

⁵¹ AGAMBEN, Giorgio. **The Open**, p.79.

primórdios, a política ocidental é biopolítica (a seleção política da vida), e o seu momento de sedimentação é o Direito, o espaço em que a decisão soberana suspende a sua violência e se corporifica em norma. Soberana, assim, é esta força que pode transitar entre dois mundos e decidir sobre quando se pisa no Direito e quando se tropeça nos fatos. Pela decisão soberana, o homem é capaz de discernir onde está o seu mundo e só assim definir-se como ser verdadeiramente político.

Mas nada disso ainda responde por que o Direito, em Agamben, deve ser necessariamente um instrumento da Máquina Antropológica e, principalmente, porque não existe alternativa jurídica para um novo humanismo. Mesmo que aceitemos as premissas principais (i. a gênese da história política é a operação ontológica entre homem e animal; ii. a face institucional dessa operação foi consolidada historicamente por um Direito seletivo, cujo fundamento é o poder de soberania), falta-nos, ainda, o aspecto normativo de sua ontologia, o elemento descritivo que condene a antropogênese ao fracasso, carregando consigo o Direito tal como o conhecemos.

É evidente que uma prova dessa natureza deva estar na própria estrutura filosófica do que se chamou até aqui de ontologia e, de algum modo, isso já foi abordado ao longo de toda a discussão. Ou seja, a razão pela qual devemos parar a máquina antropológica deve ser encontrada nos próprios fundamentos conceituais de suas engrenagens.

Nessa dimensão mais abstrata, o fracasso da Máquina Antropológica aparece precisamente no fato de que a transformação da potencialidade incondicional do ser em um ato particular e historicamente definido nunca poderá ser justificada no nível ontológico, mas tão somente por meio do recurso externo à violência. Se a essência humana não pode se realizar no mundo se não por imposição, conformação ou transformação, tem-se, por óbvio, o resultado contraditório de que ou essa essência que se realiza não é a essência humana, ou que é próprio de sua essência a sua irrealizabilidade no mundo. De toda forma, há um paradoxo. Como visto acima, Platão estava ciente desse problema, mas o seu dualismo metafísico radical permitia manter suspensas as instituições perfeitas como uma espécie de tabela de referências à prática política concreta.

Mas existe ainda uma dimensão mais concreta e é aqui que o ponto propriamente formulado por Agamben emerge. A questão principal revelada pela ontologia política é a de que a soberania, em última instância, retira a sua legitimidade justamente da

constatação de que distinção essencial entre o fato e a norma é, em seu limiar, impossível. Fosse essa distinção um elemento intrínseco a essas dimensões, não haveria necessidade de se descobrir a “justiça” pela “equidade” e nem faria sentido o alerta de Cícero de que “se a vontade do povo, os decretos do senado e as decisões dos magistrados fossem suficientes para estabelecer a justiça, a única questão seria como ganhar os votos da maioria, de modo que a corrupção a espoliação e a falsificação se tornariam justos”⁵².

Especialmente porque os fatos imiscuem-se nas leis, interesses pessoais consolidam-se em decretos, abusos tornam-se ordens, é que a justiça aparece como ideal necessário e a interpretação torna-se um processo contínuo de descoberta do verdadeiro Direito. Esse é o lado legitimador da questão e suas bases filosóficas estão profundamente enraizadas no pensamento jurídico.

A face oculta dessa moeda, por outro lado, é a sua contrapartida institucional, justamente aquilo que Agamben quer destacar. Pois é essa mesma indeterminação prévia entre o que é externo ou interno ao Direito o que legitima a contínua possibilidade de suspensão da ordem jurídica para a sua manutenção como potência, sempre que uma exigência do factual ameace de algum modo a validade do ordenamento. É desse limiar que vive a exceção soberana:

Na exceção soberana trata-se (...), antes de tudo, de criar e definir o próprio espaço no qual a ordem político-jurídica pode ter valor. Ela é (a exceção soberana), a localização (ortung) fundamental, que não se limita a distinguir o que está dentro e o que está fora, a situação normal e o caos, mas traça entre elas um limiar (o estado de exceção) a partir do qual interno e externo entram naquelas complexas relações topológicas que tornam possível a validade do ordenamento⁵³

O fundamento ontológico que buscamos, aqui, é essa ideia de limiar, portanto, aquilo que resta e que se recusa a sucumbir a qualquer possibilidade de definição. É nesse ponto que a exceção soberana trabalha sobre o mesmo paradoxo sobre o qual a antropogênese desenha o projeto geral de realização do homem. As razões pelas quais não podemos instituir no mundo um espaço de convivência puramente jurídico são

⁵² Marcus Tullius Cicero. **Treatise on the Laws.**, p. 33. Edição digital produzida a partir da obra: **The Political Works of Marcus Tullius Cicero: Comprising his Treatise on the Commonwealth; and his Treatise on the Laws** (London: Edmund Spettigue, 1841-42). Disponível em http://files.libertyfund.org/files/545/Cicero_0044-02_EBk_v6.0.pdf. Acesso em 27/1/2012. Tradução livre.

⁵³ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**, p. 25.

exatamente as mesmas por que nos é impossível extirpar de nosso corpo biológico o animal que nos habita.

O funcionamento da Máquina consiste em enclausurar esse elemento fundamental de indistinção (que é a essência de nossa condição no mundo) em um mínimo residual, de forma a produzir espaços de definição mais ou menos inteligíveis entre fato e norma, entre *bios e zoé*. Mas a realidade é que essa zona de indeterminação permanece sempre aberta como possibilidade de atuação e é somente de sua existência que um poder transformador pode emergir para operar essas esferas e mantê-las em funcionamento.

O trabalho criativo da Máquina Antropológica pode trabalhar tanto no sentido de redução desse resíduo, normatizando a vida progressivamente, ou, então, ampliando as suas instâncias de incidência, a depender das condições históricas das instituições políticas e dos tipos de problemas que se propõem a resolver. O ponto central de Agamben, entretanto, e aqui nos aproximamos do fim da análise, é o de que a operação desse resíduo esbarra em um limite final, um ponto de tensão máxima cujo rompimento aniquila a própria inteligibilidade dos conceitos de vida humana e de vida animal.

A razão desse limite é a própria capacidade de expressão. Em outras palavras, a compreensão do que é um homem em relação ao que é um animal está intimamente ligada à capacidade de expressar conceitos, de modo que a humanidade e a linguagem são acontecimento cooriginários⁵⁴. Não existe nenhum elemento orgânico essencial que distinga o homem dos animais; o seu único diferencial é a habilidade de agrupar os elementos concretos da vida segundo modelos de referência, gêneros, categorias e, assim, observar a realidade, conceituando-a. Mas também a linguagem não advém de uma estrutura psíquica exclusiva do ser humano. Ela é algo que se construiu historicamente no desenvolvimento da espécie.

Os resultados acima implicam, portanto, que o poder só pode agir sobre a vida até o limite de nossa capacidade de expressão. Não existe um elemento material do organismo humano que irá resolver empiricamente a pergunta final sobre a essência do homem e o seu papel no mundo. O homem é aquele que se descreve como tal por

54 “O que distingue o homem do animal é a linguagem”. AGAMBEN, Giorgio. **The Open**, p.36.

declaração, ao constatar, pela observação, a sua semelhança com o animal. Ele se reconhece no “não-homem” como forma de se tornar humano.⁵⁵

⁵⁵ AGAMBEN, Giorgio .**The Open**, p.27

1.4 A INVERSÃO METAFÍSICA

Fincadas todas essas bases ontológicas da filosofia de Agamben, podemos chegar finalmente ao seu diagnóstico da modernidade para tentar, se possível, superá-lo com uma proposta jurídica, caminho que até aqui se mostrou hermeticamente fechado.

Vimos que a ontologia crítica de Agamben estabeleceu como a gênese da política um contínuo processo de cesuras e rearticulações entre o homem e o animal, entre a vida tipicamente humana e a vida natural. O estatuto ontológico dessa condição de “formador de mundo” não se apresenta como possibilidade de realização efetiva de uma essência do ser do homem, mas como uma declaração da vontade contra o vazio existencial experimentado diante de nossa capacidade única de problematizar a cativação exercida pela natureza, sem, no entanto, podermos superá-la, de fato.

Esse processo criativo pressupõe um limiar de indeterminação por onde uma violência original pode emergir como ato e instituir no mundo o espaço de realização de uma vida humana, criando, pela decisão soberana, zonas mais ou menos inteligíveis de distinção entre a Lei e a barbárie, entre a norma e o fato, entre a natureza e a história, etc.

A Máquina Antropológica, ao mover as suas engrenagens por essas premissas de modo continuamente expansivo arrisca-se a cruzar os seus limites objetivos, no entanto, e a causar o seu próprio colapso. Isso acontecerá no momento em que os seus mecanismos de poder ultraparem as fronteiras da própria linguagem, deformando de tal modo a experiência política que os conceitos como vida humana e vida animal não mais farão qualquer sentido.

Agamben sugere que isso vem acontecendo em nossos tempos, a partir de um processo de reordenação das estruturas políticas antigas e medievais pelas formas de poder tipicamente modernas, um processo que iremos chamar aqui de “inversão metafísica”. Damos esse nome pela identificação, em Agamben, de que a estrutura original da antropogênese sempre consistiu na estratégia conceitual de se separar um

meta de uma *physis* como motor do tornar-se histórico do homem⁵⁶. Com isso, a capacidade institucional de se transitar entre o mundo dos homens, o espaço político regulado pelo Direito, e o mundo dos fatos, a anomia bárbara que se contradiz à norma dependerá da possibilidade de afirmação desse dualismo como uma exigência do conhecimento.

A partir do momento em que o dualismo metafísico perde a sua capacidade de tornar inteligível a diferença, o funcionamento da Máquina Antropológica perde o seu estatuto ontológico elementar. As instituições modernas, com os seus desdobramentos históricos a partir do renascimento⁵⁷, parecem ter efetivamente realizado essa operação, destronando o marco conceitual dualista que sustentava o esforço titânico do Direito como espaço de enunciação das Leis da razão especulativa, opostas às Leis da natureza. A modernidade subverte a metafísica pela ciência e o mundo se torna conceitualmente monista.

Chamamos o naturalismo político moderno de “inversão metafísica” e não de “deposição da metafísica”, ou simplesmente de racionalismo, também por outra sugestão de Agamben, que identificou a virada moderna com um longo processo de embates filosóficos em que saiu vitoriosa uma forma qualificada (e deturpada) do antigo idealismo Platônico, cujo resultado foi mascarar o caráter essencialmente violento do Direito, a partir da noção de naturalidade da Lei⁵⁸. Essa crença, apesar de seu suposto secularismo, revela um ideal metafísico recôndito, mas agora cientificamente avalizado pela ideia das Leis da natureza. O pensamento moderno convida, portanto, a natureza para dentro do jogo político e elege a ciência como o seu fiador.

A tradição platônica, é verdade, bem como todos os seus desdobramentos posteriores em termos de direito natural, tenta combater o império imponderável da *physis*, postulando a essência não violenta, ou seja, natural, da lei conforme a perfeição e a justiça. Platão planta a semente do sonho político que pretende eliminar o decisionismo soberano – união entre *Bia e Dike* - do Direito. A diferença fundamental

⁵⁶ AGAMBEN, Giorgio. **The Open**, p.79.

⁵⁷ Segundo Kelly, o período da inversão metafísica tem as suas raízes na ressignificação da herança grega sem a tutela religiosa, a partir do séculos XIV e XV, uma conjuntura que iniciou um período de redescoberta da razão associado a um crescente desconfiar da metafísica cristã. Uma secularização que, de algum modo, transmutou a razão teleológica clássica em razão científica. Há uma tripla congruência de fatores nesse processo, marcada pelos avanços teóricos das ciências naturais e das técnicas em geral, associados à crise do poder papal e ao fato histórico da migração de fugitivos do império bizantino, após a queda de Constantinopla, que ainda preservavam a literatura grega. Ver KELLY, John. **Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 216-217.

⁵⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**, p. 41.

com os modernos, no entanto, é que Platão assumiu plenamente os pressupostos metafísicos de sua teoria. O filósofo grego manteve o dualismo intacto.

A começar pelo óbvio, a naturalidade da lei, em Platão, não era um dado empírico, mas uma descoberta da razão especulativa. Ele negava, isso sim, a imponderabilidade da natureza, ou seja, a ideia sofística de que o homem, só por estar inserido no mundo das aparências, fosse destinado à indeterminação e a irrascibilidade do espírito trágico. O ideal da Cidade, no entanto, é eminentemente político (oposto ao biológico, ao natural), no sentido de que o justo não é o que se encontra nos fatos, mas o que transita pelos fatos em direção ao ideal da razão. Assim, as características naturais dos homens nunca constituem um bem em si, mas tão somente a possibilidade de seu uso público, controlado e eficaz para o bem comum.

Nesse sentido, verifica-se que o papel da política, em Platão, é exatamente o oposto do ideal moderno de proteção da vida material, o individualismo, o bem-estar, etc. Pelo contrário, tratava-se de promover a educação cívica total dos cidadãos, a fim de capacitá-los para um governo tão perfeito de si mesmos que os permitisse contornarem as determinações sensíveis até onde fosse possível, tonando-se úteis à vida política. Homens bem governados, cidades bem governadas⁵⁹.

A naturalidade da Lei, desse modo, só existe em Platão como conformação ao ideal da razão, que é a medida do bem público. Não existe lei, no sentido político, a ser encontrada nas indeterminações do mundo físico. O governo em nome das volições sensíveis dos cidadãos é justamente o contrário da justiça. Em tal ambiente (o governo da natureza), aí sim, impera a violência e o caos.

Se, em Platão, o homem tal qual ele é surge como o resultado da cidade tal qual foi desenhada, na modernidade, o homem tal qual ele é torna-se a razão de ser da Cidade. De um lado, a finalidade da ação política é a cidade (o bom cidadão é o que serve a um bom governo), do outro é o indivíduo (o bom governo é o que serve a um bom cidadão). Se recobramos a afirmação de Agamben de que a política, de certo modo, sempre foi biopolítica, afigura-nos, agora, a possibilidade de firmar a diferença entre os fundamentos da metafísica antiga e a sua contrapartida moderna na primazia de um dos elementos desse conceito duplo. O mundo antigo e medieval colocava em evidência a *polis*, o reino, a República, ao passo que, em nossos tempos, vivemos o império da *bios* como ideal político, a saúde, a família, o lazer e o progresso.

⁵⁹ Platão. **República.**, p. 132.

Essa diferença é especialmente significativa no descaso devotado à preservação da vida individual nas instituições políticas antigas, quando em comparação com a importância que esse valor assume nas constituições modernas. O personagem Sócrates, na República, radicaliza esse ponto ao condicionar a viabilidade da preservação da vida à capacidade de gerar proveito à Cidade:

Por consequência, estabelecerás em nossa cidade médicos e juízes tais como os descrevemos, para tratarem dos cidadãos que são bem constituídos de corpo e alma; quanto aos outros, deixaremos morrer os que têm o corpo enfermo; os que têm a alma perversa por natureza e incorrigível serão condenados à morte.⁶⁰

Essa instrumentalização da saúde tem um pressuposto ontológico claro, baseado no dualismo homem-animal, no sentido de que somente certas condições de vida são relevantes politicamente. Platão, aqui, traça um limite sobre quais infortúnios da vida material do indivíduo podem ser tutelados pela política e quais devem ser abandonados à própria sorte. Hannah Arendt também destaca esse ponto ao asseverar que, nas sociedades antigas, a vida era “aquilo de mais mortal” que havia.⁶¹ A única esperança de realização humana estava na dignidade e imortalidade do “corpo político”, nunca do corpo individual.

Essa é uma ideia escandalosa até mesmo para os padrões mais flexíveis de Justiça de nossos tempos, em que o acesso à saúde e à proteção jurídica é apresentado como bem elementar de uma sociedade civilizada. Perceber esse fato coloca em relevo a distância dessas duas fases do pensamento político, uma mudança de paradigmas cujas implicações radicais são essenciais para o diagnóstico final de Agamben.

A partir de agora, podemos explorar o paradoxo envolvido nessa transição moderna (a inversão metafísica), introduzindo elementos próprios de sua teoria política que ainda não foram diretamente mencionados, no intuito de esclarecer o papel pouco honroso deixado por esse autor às instituições jurídicas modernas.

Como se disse, a tese central de Agamben é a de que as engrenagens seletivas da Máquina Antropológica funcionaram razoavelmente bem enquanto penduraram os seus fundamentos metafísicos clássicos, baseados em uma teleologia do homem que não pode ser conhecida no mundo concreto, mas que possui referência tão somente no campo filosófico do dever ser. As razões pela quais a máquina antropológica entra em colapso na modernidade merecem uma argumentação mais sólida.

⁶⁰ Platão. **República.**, p. 105.

⁶¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana.** 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 327.

Em primeiro lugar, há o problema normativo. O dualismo refratário a uma solução definitiva é fundamental para a sobrevivência do sistema de dominação pelo Direito. É justamente porque a natureza dúplice do homem não se resolverá como objeto do conhecimento que o Direito assumirá a sua obrigatoriedade e a sua dependência da sanção. A violência que institui o Direito é simplesmente a consequência da impossibilidade final de realização natural da essência humana na terra. Ela deve ser imposta.

O ato de violência original, o poder de soberania, é o dispor sobre a aplicabilidade ou não da norma, estabelecendo o que é externo ao Direito e o que é conforme o Direito. Acontece que o que é externo não escapa ao Direito por mera casualidade, mas por decisão. É uma exclusão que inclui. Do mesmo modo, o que está dentro do direito pode vir a ser excluído em caso de necessidade, para manter justamente a vigência da norma como potência, uma exclusão que inclui. De todo modo, há sempre um limiar que nunca se resolve e que fundamenta todos esses atos de poder.

Da mesma forma, a vida capturada pela decisão soberana é sacra, colocada “(...) pra fora da jurisdição humana sem passar para a divina”⁶². A vida abandonada é marcada por um ato de proscrição que nunca a retorna à pura animalidade, pois mantém um vínculo de exclusão/inclusão com a ordem jurídica que a exclui (é uma vida nua). Ela não é inteiramente alheia e indiferente ao Direito, mas também não pode integrar o Direito. Essa indefinição, por outro lado, é o que permite reposicionar onde está a situação jurídica normal e, principalmente, onde se firma o estatuto político da sociedade.

Daí a centralidade da definição de Agamben: “Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera”⁶³. A importância dessa afirmação é, primeiro, colocar a matabilidade como fundamento da Soberania. Ou seja, a instituição da ordem jurídica envolve, em sua essência, a definição seletiva do que é uma vida humana válida para o Direito. Em segundo lugar, essa escolha implica a matabilidade sem sacrifício, inatingível pelo processo. O Direito não pode considerar essa vida como valor a ser protegido, mas também não pode colocá-la como objeto de

⁶² AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**, p. 89.

⁶³ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**., p. 91.

juízo público. A sua extinção é lançada à esfera dos fatos, mas não é um fato puro, pois a sua constituição possui referência em uma decisão soberana.

O que é importante aqui é que a inteligibilidade do sistema depende da criação, por um ato de vontade, de um campo externo ao Direito. A cesura que justifica o ato jurídico é um colocar para fora, um abandono que cria um espaço artificial de anomia para sustentar outro *locus*, igualmente fabricado, de legalidade. A máquina antropológica, por essa razão, somente pode manter essa operação de forma juridicamente inteligível enquanto persistirem os fundamentos filosóficos dualistas da antiguidade. Nas palavras de Agamben:

Ele (estado de exceção) se baseia na ficção essencial pela qual a anomia – sob a forma da auctoritas, da lei viva ou da força de lei – ainda está em relação com a ordem jurídica e o poder de suspender a norma está em contato direto com a vida. Enquanto os dois elementos permanecem ligados, mas conceitualmente, temporalmente e subjetivamente distintos – como na Roma republicana, na contraposição entre senado e povo, ou na Europa medieval, na contraposição poder espiritual e poder temporal -, sua dialética – embora fundada sobre uma ficção – pode, entretanto, funcionar de algum modo.⁶⁴

O que parece acontecer nas organizações políticas formadas sob a égide do monismo naturalista é um deslocamento do político para todas as esferas da vida. Além do seu papel de formação da liberdade de um povo, o sentido do político passa ser compreendido também de forma utilitária, por sua capacidade de garantir a felicidade humana individual, em sua intimidade, em seus afazeres domésticos, no trabalho, na saúde e no lazer. Questões que eram tidas como resíduos de soberania delegados pelo poder público aos particulares (a administração da casa, a educação dos filhos, a preservação da saúde, a alimentação, a sexualidade, etc.) tornam-se problemas essenciais do debate público. Há uma identificação concreta do Estado com o sujeito material que o compõe.

Benjamin Constant destaca exatamente esse fato quando afirma que a pena de ostracismo (o fundamento do bando soberano) não possui inteligibilidade nas sociedades modernas, em que o indivíduo e sua pátria não podem ser separados por ninguém, por autoridade alguma⁶⁵. É por haver essa identificação unívoca entre a vida material e a política que a liberdade moderna, para Constant, não é uma renúncia à

⁶⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. p. 130/131.

⁶⁵ CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos**. Revista Filosofia política n. 2, 1985, p. 5.

liberdade política, mas apenas mudança de seu eixo, um deslocamento que implica outras prioridades, que dedica maior respeito aos hábitos particulares e se ocupa mais das tendências individuais⁶⁶.

A face característica da modernidade está justamente no fato de que todos os assuntos da vida humana tornaram-se dignos de tutela e essa é uma situação em que a perda de referência pode se tornar problema insuperável para o Direito⁶⁷. Como descobrir no mundo físico as condições de administração e de fundamentação de um sistema jurídico coercitivo? De que forma o fundamento justiça terá um sentido próprio que não seja colonizado pelas ciências sociais e naturais? O império dos fatos é certamente um problema para as raízes ontológicas da normatividade jurídica, cujos pressupostos dependem de um ideal de transformação da vida humana.

Essa mesma crise normativa é observada por MacIntyre na evolução da ética naturalista moderna. Para esse autor⁶⁸, o vazio moral involuntário deixado pelo iluminismo consiste na quebra de duas tradições, que se harmonizavam no pensamento medieval, baseadas no dualismo razão metafísica - natureza. De um lado, a teleologia aristotélica, a razão que possibilita elevar o homem tal qual ele se encontra ao homem tal qual ele seria caso realizasse seu *telos*. De outro, o conjunto de leis divinas (dentro do cristianismo ocidental) que pautavam o valor de verdade das condutas conforme o único plano possível de referência: o da vida eterna.

A combinação desses elementos constituía um sistema ético-normativo coerente, pois o aspecto estático e imutável da lei divina servia de parâmetro para a dinâmica da ação fundada no ideal transformador da natureza humana. Da mesma forma, o pensamento político antigo só podia justificar a imposição da conduta conforme a lei a partir de um ideal de realização do humano.

MacIntyre demonstra como a ética naturalista derruba o dualismo metafísico sem abandonar a pretensão de normatividade, gerando um sistema incoerente de

⁶⁶ CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos**, p. 6.

⁶⁷ Foucault, por exemplo, demonstra como o fora da lei é absorvido pelos dispositivos de poder modernos, notadamente pelo sistema carcerário, colonizando, nesse processo, o discurso jurídico. O direito de punir passa para dentro das prisões e é administrado sob quatro paredes. A individualização da pena é repassada a um âmbito administrativo, que aplicará a disciplina na reforma do corpo do preso. O substrato, então é a criação de uma forma de vida residual, uma que não pode nem ser incluída nem excluída do ordenamento jurídico, o delinquente. “O delinquente é um produto da instituição”. A justiça não tem nada a dizer ao delinquente, pois a ela não é dado cuidar do cotidiano da vida das pessoas, regular suas atividades mais ínfimas: “a delinquência é a vingança da prisão contra a justiça”. Ver FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 213-249.

⁶⁸ MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue**. London: Duckworth, 1981, p. 51

mandamentos apócrifos. Sem o seu elemento dinâmico de transformação (não existe um *telos* do homem a ser atingido) e desprovida da certeza normativa da Lei Divina, a questão ética fica restrita ao julgamento particular da ação humana diante de um conjunto de leis morais (ditas naturais) que nada mais são do que fragmentos dos imperativos cristãos secularizados, ou seja, desconectados de sua fonte legitimadora.

Eles (os modernos) herdaram fragmentos incoerentes do que era antes um coerente esquema de pensamento e ação e, como não reconheceram sua peculiar situação histórico-cultural, não puderam apreciar o caráter impossível e quixotesco da tarefa por eles mesmos imposta⁶⁹.

Esta não é a ocasião de problematizar a relação intrínseca entre direito e moral, que pode seguramente ser aprofundada um pouco adiante. Basta-nos, por enquanto, reconhecer esses elementos comuns da história conceitual até aqui desenvolvida com a descrição de MacIntyre para afirmar que o monismo naturalista da inversão metafísica carrega consigo uma séria crise de legitimidade para o funcionamento da Máquina Antropológica.

Daqui, poderíamos até concordar com Foucault⁷⁰, no sentido de que essa crise tornou o fundamento de legitimidade jurídica (o poder de soberania) um discurso ultrapassado pelas novas tecnologias de dominação (poder disciplinar, biopoder), mas essa conclusão, para Agamben, é enganadora. É importante sempre ter em mente que a legitimidade do Direito sempre foi, para o italiano, uma ficção da ontologia política. A realidade da máquina antropológica é o poder soberano, que não habita a casa sólida da norma jurídica, mas a zona de indeterminação em que norma e fato misturam-se completamente.

A novidade da política moderna, então, é trazer os fatos para dentro da norma, corroendo as bases metafísicas do direito natural (a tábua de referências normativas da

⁶⁹ MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue**, p. 53

⁷⁰ Para o autor francês, há uma distinção entre as tecnologias de poder soberanas, que possuem especificidade em qualquer sociedade organizada juridicamente e o Poder de Soberania, ou seja, a racionalidade jurídico-filosófica geral que orientou as mais variadas técnicas de poder dentro da realidade política ocidental na Idade Média (as relações sociais que lastreiam o poder de Soberania são definidas em o **Poder Psiquiátrico** (2006, p. 53/54): relações assimétricas entre soberano e súdito, fundadas em uma anterioridade fundadora (conquista, uma descoberta, uma rendição, um juramento ou um nascimento) e não isotópicas, ou seja baseadas em diferenciações que não podem ser reduzidas a um fundamento único.

É este último (o Poder de Soberania) que se torna um discurso obsoleto a partir do surgimento do poder disciplinar: “as disciplinas vão trazer um discurso que será o da regra ; não o da regra jurídica derivada da soberania, mas o da regra natural, isto é, da norma. Elas definirão um código que será aquele, não da lei, mas da normalização, e elas se referirão a um horizonte teórico que não será o edifício do direito, mas o campo das ciências humanas.” (**Em defesa da Sociedade**, 1999, p.45).

Lei perfeita), fazendo-o, contudo, sem abandonar o normativismo e o potencial seletivo dos mecanismos de poder soberanos. Isto é, apesar das garantias universais do Direito materializado e secularizado que surge com o constitucionalismo (cuja premissa fundamental é a igualdade de todos os seres humanos), os sistemas políticos continuam organizados sob uma lógica exclusiva, mantendo o seu papel de organização e de seleção das formas de vida que merecem tutela jurídica.

O exemplo mais óbvio desse exclusivismo universalista (e universalismo exclusivo) já se revela na arquitetura institucional base dos Estados constitucionais, que é o Estado nacional⁷¹, e deságua para as práticas jurídico-políticas do cotidiano. A identificação dinâmica entre o Estado e a vida biológica de um povo fecha um cerco seletivo em que o Direito mantém-se como potência de tudo, mas deve ser atualizado cotidianamente e seletivamente em todos os aspectos particulares da vida concreta, a causar a impossibilidade de se definir o que está dentro ou fora da lei. Ou seja, transforma-se em regra aquilo que a metafísica antiga pode manter como um resíduo de legitimidade. A politização total da vida generaliza o estado de exceção, o âmbito de atuação do poder de soberania, e autoriza, contraditoriamente, a sua total despolitização.

Verificamos, hoje, uma proliferação dos mecanismos seletivos de controle em todos os aspectos da vida social, fato que se agrava com a expansividade extrema do capitalismo e da capacidade de monitoramento e de controle de comportamentos. Certamente, como afirma Agamben, “desde que apareceu o *homo sapiens* havia dispositivos, mas dir-se-ia que hoje não haveria um só instante da vida dos indivíduos que não seja modelado”⁷².

Há, então, uma capilaridade exaustiva das tecnologias de poder, que podem atuar livremente e sem o desligamento dos aparatos jurídicos da Máquina Antropológica. As medidas do poder são absolutas, pois a vida material está sempre em risco. Tudo é emergencial, as circunstâncias concretas sempre requerem a atuação imediata. Também são ilimitadas, pois o perigo está em toda parte. Cada cidadão, indistintamente, representa uma ameaça possível à vida social. Toda ação pode constituir um crime e todo crime pode ser excepcionado por uma necessidade.

⁷¹ “No sistema do Estado-Nação, os ditos direitos inalienáveis do homem mostram-se desprovidos de qualquer tutela e de qualquer realidade no mesmo instante em que não seja possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado” AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**, p.123).

⁷² AGAMBEN, Giorgio. **O que é o Contemporâneo? e outros ensaios**, p. 42.

O inimigo, agora, pode ser qualquer um. É o estrangeiro, que rouba os empregos dos cidadãos legítimos, ou o fumante, que exala fumaça tóxica, o usuário de drogas, que onera o sistema de saúde para sustentar o seu vício, o homossexual, que desafia o valor moral da família, etc. Na política internacional, frequentemente é o fanático religioso, que desafia o modo de vida secular, ou o terrorista, que ameaça a ordem e paz. Em todas essas hipóteses, garantias jurídicas universais são frequentemente suspensas para manter uma ordem de coisas tida como vital para a manutenção do corpo político. Todos somos, enfim, potenciais *homini sacri*. Essa é a vocação totalitária das sociedades modernas:

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só de adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um Estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos⁷³.

As consequências ontológicas desse processo podem ser assim resumidas. Quando as sociedades modernas superam o dualismo antigo e decretam o fim da metafísica, o pensamento político antropogênico perde o seu sustentáculo atemporal e imutável de referência (o ser do homem), tomando para si a tarefa de realização da vida humana em sua exclusiva materialidade (o devir). A ontologia fundamental herdada pela tradição, consubstanciada na cisão entre a potência e o ato declara, assim, a sua esquizofrenia, transmutando-se em uma máquina de subjetivações incontrolláveis, que opera as suas engrenagens normativas a partir das contingências, tornando indistintos fato e norma e qualificando todas as vicissitudes da vida como potencialmente emergenciais e passíveis de intervenção direta da violência soberana.

A totalização desse processo, então, culmina na transformação da biopolítica em tanatopolítica; a destruição total da vida para a sua total preservação. É por esse motivo que o campo de concentração, para Agamben, é o paradigma da modernidade. Sua crítica à Foucault, portanto, baseia-se no fato de que o autor francês não levou a biopolítica até seus limites topológicos, isto é, à experiência totalitária do campo e à generalização absoluta do bando soberano, limitando-se à análise dos espaços de

⁷³ GIORGIO, Agamben. **Estado de Exceção**, p. 13.

reclusão e controle de virtualidades, cujas tecnologias de poder ainda apresentam contornos institucionais reconhecíveis⁷⁴.

É somente em seu extremismo, no entanto, que a experiência do campo revela a própria quimera da ontologia política ocidental, a sua incapacidade de determinar o ser pela política. Para Agamben, *Auschwitz* foi, no fim das contas, um experimento radical sobre o limite da adaptação da vida em contato com sua própria destruição, até que ponto o humano pode se diferenciar do inumano, a vida da morte. O resultado vergonhoso desse experimento é o “*Musselman*”⁷⁵, o sobrevivente desqualificado do campo que perde completamente, pelos efeitos da inanição e da degradação absolutas, qualquer capacidade relacional; ele está fora de qualquer disciplina, de qualquer governo ou instância de poder.

Dar testemunho do *Musselman* é o único olhar verdadeiro sobre o campo de concentração. Esse homem-resíduo mostra em sua não-vida um resto que não pode ser classificado e diferenciado pela linguagem. Ele não é judeu, não é um prisioneiro, não está morto e não pode estar vivo. Ele é o que sobra quando não há mais nada a ser atribuído. O *Musselman* não é a perda ou a ultrapassagem de um limite ético; ele é o exemplo de quando esse limite não faz mais sentido. Qualquer um se reconhece no *Musselman*, seja o judeu ou o alemão, e, por isso, ninguém quer vê-lo, ele é um problema para todos no campo: “(...) o *Musselman* é universalmente evitado porque todos no campo se reconhecem em seu rosto desfigurado”⁷⁶.

A história do *Musselman* toma importância central na escatologia de Agamben, pois é em sua deformação, na sua indefinição aberrante entre o homem e o animal é que a sacralidade da vida e da morte é mutuamente violada. É um momento em que o político fracassa e só fica o poder, o dispositivo. O *Musselman* é a testemunha e o resultado desse vazio; é o cadáver que não morreu e a sua sobrevivência é um escândalo.

A lição que se tira dessa moldura apocalíptica é de que uma sociedade secularizada, desligada dos absolutismos e das metafísicas clássica e medieval somente será livre quando aceitar os pressupostos de sua secularização e de seu materialismo, isto é, quando estiver disposta a aceitar o caráter transitório, precário e constantemente

⁷⁴ GIORGIO, Agamben. *Homo Sacer*, p. 27.

⁷⁵ _____. *Remnants of Auschwitz*. New York: Zone Books, 1999, p. 47.

⁷⁶ _____. *Remnants of Auschwitz*. New York: Zone Books, 1999, p. 52

mutável do ser. Essa aceitação pressupõe, por fim, uma reavaliação do Direito como uma ordem social coativa.

Se, em Foucault, um novo Direito só é possível quando livre tanto da antiga ideia de soberania como das novas técnicas disciplinares⁷⁷, a ontologia de Agamben nos leva ainda mais longe, aos recantos primordiais da proposição jurídica, que é a sua normatividade. Com Agamben, podemos apenas sonhar com um Direito que inspira, mas que não vincula, não obriga e não exclui. Talvez, encontrar não a lei que se torna vida (o que vem ocorrendo em nossos dias), mas uma vida que se torne lei, como sugere em sua interpretação do conto kafkaniano⁷⁸.

⁷⁷ FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**, p. 47.

⁷⁸ Ao comentar essa pequena fábula de Kafka, contrariando a interpretação mais evidente, que sublinha a colossal impermeabilidade da Lei, ao não permitir ao camponês entrar, apesar de suas portas estarem sempre abertas e a entrada ser destinada somente a ele, Agamben prefere apostar na estratégica teimosia do simples campônio. Por sua disposição infalível, sentado no banco todos os dias sem de fato tentar passar pelo porteiro, abarrotando-o com suas perguntas insistentes, a custo da própria vida que se passava, o camponês empedernido teria voluntariamente causado o fechamento da porta. Quando o porteiro cerra-lhe a entrada, o camponês, na verdade, fica livre da lei e de sua presença esmagadora, escapa do estado de exceção virtual e transforma em lei a sua própria vida. (estado de exceção efetivo). Ver AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**, p. 60, 61; KAFKA, Franz. **Before the Law**. Disponível em <http://www.kafka-online.info/before-the-law.html>. Acesso em 21/1/2013.

2. O CONSTITUCIONALISMO COMO PREDOMINÂNCIA DO PRINCÍPIO GERAL DE INCLUSÃO

Seguimos Agamben até aqui para chegar ao seu diagnóstico final da modernidade e, com isso, revelar algumas consequências extremas implicadas no estudo ontológico do Direito. No capítulo 17 de “O Aberto”, em que o autor elenca conclusões provisórias acerca do destino da máquina antropológica, há a indicação de dois cenários pós-históricos possíveis a partir de uma perspectiva heideggeriana: a) o governo completo de nossa animalidade pela tecnologia; b) abraçar a condição indiscernível do ser, mantendo-nos em relação de puro abandono com a nossa animalidade, sem tentar escondê-la, nem suprimi-la⁷⁹.

Gostaríamos de aprofundar um pouco a segunda hipótese, recolocando a questão do Direito. Para tanto, cabe retomar, aqui, aquela pergunta feita por Maman, referenciada no tópico anterior⁸⁰, sobre quais artefatos jurídicos podem ser empregados na construção de um novo humanismo. Essa forma de apresentar o problema é interessante, principalmente, por nos permitir colocar em evidência o risco de uma petição de princípio envolvido em sua formulação, pois não é evidente que um novo humanismo seja efetivamente possível com o uso de artefatos jurídicos. Ao perguntar pelos meios, pressupomos o Direito como alternativa válida, o que não está ainda estabelecido. A pergunta preliminar, então, é se esse caminho está aberto.

Assim, para chegarmos à resposta sobre ferramentas jurídicas do novo humanismo, precisamos refundar o sentido do Direito em um mundo pós-metafísico e superar, portanto, as dificuldades de Agamben. Nesse sentido, os questionamentos de base que a análise até aqui construída nos coloca são os seguintes. Será que a crítica ontológica veda necessariamente o caminho de uma existência política autêntica através do Direito? O viés seletivo das instituições jurídicas é um impedimento ao desenvolver-

⁷⁹ AGAMBEN, Giorgio. *The open*, p. 80

⁸⁰ MAMAN, Jeanete Antonios: **Ser-para-a-vida e Ser-para-a-morte: Contribuição para o Tema dos Direitos do Ser-humano-existente**. Em BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto. MELO, Claudinei de. *Direito Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

se de um sistema normativo capaz de adequar-se satisfatoriamente à indefinição entre alteridade e pertencimento que caracteriza a existência humana?

Se as bases de nossa pesquisa estiverem corretas, a resposta a esses questionamentos não é unívoca e, por isso, a pergunta pelo sentido do Direito assume um componente moral intenso. O hábito insistente da mente humana de se tornar expansivamente criadora (estipular realidades necessárias a partir de conteúdos do pensamento) deve ser contrabalançado por um retorno ao mundo como fator constitutivo de nossa identidade. A falha nesse balanceamento significa que a propensão à violência e à intolerância podem se tornar incontroláveis.

O problema é que nada garante, a princípio, que os mecanismos de poder não se tornem absolutamente expansivos e é por isso que o Direito pode servir como a vitrine de um paradigma esquizofrênico de seletividade que esteve presente desde os primórdios da ontologia política ocidental. Esse é o ponto de partida de Agamben.

Com isso, precisamos concordar com o filósofo italiano no sentido de que existe uma forma de pensar o sentido do Direito que participa de todas as quimeras típicas da metafísica de realização do projeto civilizatório de um povo, essa ideia messiânica e potencialmente assassina de que é o destino da política absolutizar, pela exclusão, os espaços públicos de convivência, fazendo-o por meio de uma imposição de um ideal humano no mundo contingente dos fatos.

Essa moldura de pensamento foi associada, no capítulo 1, à predominância do princípio geral seletivo na determinação das instituições político-jurídicas. Como essa mentalidade enxerga o mundo primordialmente em relação de alteridade, os conflitos entre fato e norma geralmente se definem por imposição da vontade e há uma recusa generalizada às relações de pertencimento. As ferramentas jurídicas, então, são desenhadas para serem essencialmente exclusivas e as constantes incompatibilidades com as imposições da vida concreta são resolvidas pela negação altista da realidade ou pela violência, com a suspensão das garantias normativas para a sua manutenção como potência.

Esse é o campo de inteligibilidade de uma visão do Direito que possui extrema reflexividade até hoje, no entanto, e é muito difícil se desvencilhar dela, pois os seus pressupostos estão arraigados em uma metafísica da condição humana que ainda não foi bem resolvida na modernidade. Por outro lado, também concordamos com a visão de Agamben de que a predominância do princípio seletivo só pode se manter sustentável

enquanto perdurem os pressupostos dualistas da metafísica antiga e medieval, na mesma linha defendida por MacIntyre em sua crítica à ética naturalista.

É dizer, portanto, que o uso da coerção como princípio da formação cívica e a distribuição particularista das proteções jurídicas (baseada nas preferências existenciais de certas formas de vida humana sobre as outras), marcas do princípio geral seletivo, só podem sustentar uma organização política de forma coerente se alguma referência atemporal e conceitualmente externa ao mundo natural estiver disponível como fundamento de legitimidade das instituições. Ou seja, se a civilização for um dado e não uma ideia em contínua formação.

A partir do momento em que o dualismo não pode mais ser sustentado como ideal da razão especulativa e o naturalismo monista torna-se a fundação das Constituições modernas, o princípio geral seletivo só pode manter-se dominante a partir do abuso de seus pressupostos, a causar um colapso no funcionamento da máquina antropológica, com grande risco de expansão indiscriminada de seus potenciais seletivos, sufocando a vida social ao ponto da aniquilação da autenticidade.

Esse resultado extremo, que significa o fim da relação de pertencimento (o fechamento total do mundo pela intervenção seletiva) só é possível a partir da modernidade e essa é a consequência mais instrutiva do apocalipse de Agamben. Essa constatação sugere que algo único, do ponto de vista ontológico, acontece nas instituições jurídico-políticas modernas ao ponto de separá-las, substancialmente, dos paradigmas predecessores, sendo certo que essa singularidade não pode ser simplesmente o seu potencial de gerar exclusão, pois toda ordem normativa pressupõe, como condição de inteligibilidade, um princípio de intervenção seletiva. A novidade moderna, argumenta-se, foi o que chamamos de inversão metafísica (a morte do dualismo sem a desconstrução do ideal estático do ser).

Para os intuitos da discussão que se iniciará, aqui, gostaríamos de isolar, rapidamente, o aspecto mais abrangente da inversão metafísica, que é o aprisionamento do tempo pelo presente, pois este é o principal motivo pelo qual o seletivismo não pode conviver coerentemente com os pressupostos modernos. Essa redução da dimensão temporal (a potência insondável do devir) ao que está dado representa a corrupção mais radical que o monismo naturalista, qualificado pela predominância do princípio geral seletivo, operou na condição singular do homem como ser perdido entre a alteridade e o pertencimento.

O dualismo metafísico pressupõe o tempo como a própria condição do mundo natural sobre o qual se erige a cidade, a sua dinâmica é percebida como algo de fora, uma ameaça constante de mudança contra a qual a civilização deve lutar. O pensamento político moderno seletivista, por outro lado, tende a internalizar o tempo, colocando a história como revelação natural do presente, um presente que se solidifica nas instituições.

Foucault demonstra como o historicismo (a teoria de que o direito das civilizações é o resultado da conquista e não uma dádiva de Deus) serviu bem à classe burguesa para depor o absolutismo francês, mas foi imediatamente colocado em suspenso (e abominado) por uma razão disciplinadora, tão logo se apresentou o tempo de consolidar o poder⁸¹.

O sentido claro desse processo foi inverter o conceito de nação, antes colocada como uma associação para conquistar e se defender de outros povos, para pintá-la como destino histórico em direção à formação de um Estado⁸². A combinação desses dois elementos (a formação violenta das instituições e a sua manutenção não violenta pela política) permite o surgimento da dialética do século XIX, com coroação filosófica do *status quo*⁸³. As novas democracias substituíram o dualismo civilização – bárbaro e trouxeram a realização do Estado como o bem final da humanidade (tomada em sua igualdade biológica), o seu valor absoluto, transformando o potencial transformador do tempo em uma dimensão interna às instituições.

É assim que o Estado de Direito passa a ser associado como o espaço de intervenção em todos os aspectos da vida natural. O único tempo, agora, é o presente, a política como destino está realizada e agora cuidamos apenas da promoção material da vida e do risco biológico da morte. O princípio geral seletivo passa a operar a partir de imperativos científicos, pois a metafísica do ideal do homem é superada por um idealismo do corpo. A batalha pela civilização, por fim, uma batalha que considerava o tempo como agente destruidor e consolidador das transformações políticas, é substituída por uma batalha pelo organismo vivo, cujo resultado é a biopolítica:

Não mais batalha no sentido guerreiro, mas luta no sentido biológico: diferenciação das espécies, seleção do mais forte, manutenção das raças mais bem adaptadas, etc. Assim também o tema da sociedade binária, dividida entre duas raças, dois grupos estrangeiros, pela

⁸¹ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**, p. 207.

⁸² FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**, p. 267.

⁸³ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**, p. 284.

língua, pelo direito, etc., vai ser substituído pelo de uma sociedade que será, ao contrário, biologicamente monística.⁸⁴

Mas o totalitarismo como consequência possível pelos pressupostos da modernidade já foi colocado no tópico anterior. Essa breve reabordagem serve apenas para introduzir um único elemento de análise, que é a relação singular entre a inversão metafísica e o princípio geral seletivo no que tange à legitimação das estruturas exclusivas de poder no tempo, mesmo em um ambiente filosófico essencialmente antimetafísico. Essa contradição evidente, no entanto, é mantida intacta por uma dupla perspectiva: a) a associação da intervenção seletiva com um momento histórico definido e legitimador (o surgimento do Estado Constitucional como vitória do político); b) a naturalização das cadeias de comando instituídas a partir desse momento inaugural, em um processo de eternização institucional do presente.⁸⁵

Entendemos que o sentido de Agamben ter desenvolvido a sua concepção do Direito a partir do fundamento ontológico do poder soberano, associando-o ao poder constituinte, se deva à necessidade de denunciar esse processo de colonização do tempo e de naturalização da violência política operado pela esquizofrenia do racionalismo moderno, desmascarando a violência institucional que fica escondida nesse processo. Esse tipo de constitucionalismo exclusivista não pode ser um fundamento válido para um projeto político pós-metafísico.

A proposta que iremos avançar, a partir de agora, é a de que Agamben enxergou o Direito apenas a partir da predominância do princípio geral seletivo e, por isso, a sua crítica ontológica leva as instituições modernas ao colapso de seus pressupostos. E o pensador italiano está certo ao fazê-lo, mas somente quando o seletivismo é tido como fundamento definitivo da prática jurídica.

A máquina antropológica só pode entrar em colapso na modernidade pela contradição entre a esquizofrenia da inversão metafísica com outro pressuposto igualmente original surgido a partir do constitucionalismo moderno, que é a premissa de uma ordem normativa inclusiva, secular e estruturalmente aberta ao mundo. O que está em jogo, portanto, são os sentidos possíveis do Direito em mundo pós-metafísico, sendo

⁸⁴ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**, p. 94.

⁸⁵ Está na impregnada no originalismo constitucionalista a ideia de que a formação constituinte inaugura um tempo de sacramentação do político. Hamilton, por exemplo, apresenta a ocasião de criação da constituição americana como um marco definidor da questão filosófica sobre a capacidade do homem criar o bom governo ser uma questão de escolha ou um mero acidente histórico. HAMILTON, A.; JAY, J. and MADISON, J. **The Federalist**. (The Gideon Edition), Ed. Sálvio Marcelo Soares. Metalibri, 2009, p. 5.

que, a partir do constitucionalismo moderno, o sentido predominantemente inclusivo passa a ser possível pela primeira vez em nossa história política. Essa premissa precisa ser mais bem estudada em suas potencialidades ontológicas e pode ser uma única saída viável para a pergunta fundamental acerca das ferramentas jurídicas mais apropriadas ao novo humanismo.

Com isso, queremos dizer que as duas perspectivas sobre o sentido do Direito, tal como avançadas no capítulo 1, conflitam em nosso tempo. Cabe-nos, agora, diferenciar as premissas específicas de cada uma delas, conforme as suas manifestações no pensamento jurídico, e aprender como separar as consequências para o funcionamento das instituições a partir de seus pressupostos.

2.1 A SELETIVIDADE E O APOCALIPSE

É preciso dar um rosto propriamente jurídico à discussão até aqui travada para que os objetivos lançados possam ser efetivamente alcançados. Por isso, recolocaremos, nesse primeiro momento, as bases ontológicas do pensamento jurídico seletivo, a partir das premissas do juspositivismo, tentando conectar essas duas dimensões.

Com a reconstrução providenciada até aqui, podemos reelaborar o sentido elementar do Direito conforme a predominância do princípio geral seletivo, a partir da seguinte sugestão. O Direito é um sistema social mais ou menos fechado, em que as normas fundamentais de convivência, as obrigações civis, os limites de ação política e as variantes existenciais disponíveis aos membros da comunidade estão determinados por uma fonte de referências estáticas, seja ela histórica (a conquista, a herança institucional, a tradição, etc.), especulativa (as instituições perfeitas da polis, o direito natural) ou convencional (o contrato social, a formação constituinte).

Vimos que a terceira fonte da descrição acima (convencional) desenvolveu-se, na modernidade, em uma relação de colonização do tempo permitida pela inversão metafísica do monismo racionalista. Essa situação é institucionalizada em uma dupla perspectiva: a) a redução da seletividade ao momento de formação do Estado Constitucional; b) a naturalização das cadeias de comando instituídas a partir daí, transformando a prática jurídico-política em mera administração do presente.

O pensamento jurídico que legitima esse estado de coisas deve achar um meio de acomodar teoricamente a colonização do presente por uma vontade política essencialmente formada nas gerações pretéritas, sendo o trabalho das instituições apenas gerenciar as situações sociais emergentes. Entendemos que esse pensamento se enquadra com precisão na moldura teórica geral do juspositivismo, cujas bases exploraremos a partir de dois autores paradigmáticos: Kelsen e Hart.

Nesse ambiente, é preciso evitar que a discussão se reduza à validade das leis e à interpretação dos seus conteúdos. Na discussão mais abrangente que queremos travar, o problema que separa o ideal seletivista da premissa inclusiva não parece se limitar a uma questão de fetichismo do texto legal. É muito comum ouvir-se dizer que o

positivismo se define pela crença de que o enunciado normativo possui um significado passível de descrição e, portanto, o seu conteúdo só poderá ser revisto por alteração legislativa, ao passo que para os supostos críticos, o conteúdo da norma é aberto e descobrir o seu significado é a própria essência da atividade jurídica.

Contra essa objeção, bastaria denotar que um positivista sofisticado, como Kelsen, nunca defenderia a tese de que o texto normativo possui um significado autoevidente e autoaplicável⁸⁶, de modo que não seria inútil começar a análise por esse viés. Além disso, a própria proposta jusfilosófica de Hart, tentando inclusive superar Kelsen⁸⁷, é salvar o positivismo de uma teoria restritiva da lei como um comando soberano, sob ameaça de sanção (normas primárias), em prejuízo de uma compreensão abrangente das dimensões dessa prática social⁸⁸, ou seja, desconstruir a redução do Direito às instâncias particulares de comando e problematizar a textura aberta dos textos normativos.⁸⁹

São importantes para a qualificação da prática jurídica, não se nega, as teorias de que o texto normativo é opaco, que a norma só se revela após a sua interpretação em uma situação particular da vida⁹⁰, ou a noção de que comando jurídico é, por definição, derrotável⁹¹ e sujeito à experiência do contrafactual, mas essa questão não atinge o pressuposto ontológico que se busca aqui, pois não afeta a estrutura primeira do juspositivismo. A natureza indeterminada da norma jurídica, então, será tida como um problema filosófico superado.

A questão sobre a forma de concretização dessas normas na vida social, com referência ao sistema jurídico vigente e aos princípios de Justiça, por outro lado, permanece uma questão em aberto. Essa questão necessariamente envolve uma discussão sobre o valor que o Direito deve revelar. O estatuto ontológico do Direito não

⁸⁶ Diz Kelsen, a respeito da interpretação autêntica: “Com efeito, a necessidade de uma interpretação resulta justamente do fato de a norma aplicar ou o sistema das normas deixarem várias possibilidades em aberto, ou seja, não conterem ainda qualquer decisão sobre a questão de saber qual dos interesses em jogo é o de maior valor, mas deixarem antes esta decisão, a determinação da posição relativa dos interesses, a um ato de produção normativa que ainda vai ser posto – à sentença judicial, por exemplo.” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 392

⁸⁷ HART, H.L.A. **O conceito de Direito**, p. 49.

⁸⁸ HART, H.L.A. **O conceito de Direito**, p. 54.

⁸⁹ HART, H.L.A. **O conceito de Direito**, p. 159.

⁹⁰ Ver, sobre o assunto: ADEODATO, João Maurício. **A retórica Constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)**. São Paulo: Saraiva, 2009, cap. 6.

⁹¹ H. L. A. Hart. **The Ascription of Responsibility and Rights**. Proceedings of the Aristotelian Society, New Series, Vol. 49 (1948 - 1949), pp. 171-194. Blackwell Publishing on behalf of The Aristotelian Society. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/4544455>. Acesso em 2/8/2011, p. 181.

é revelado pela teoria da norma, mas pelo sentido da função da prática jurídica na vida social.

É exatamente por isso que Castanheira Neves propõe que o problema fundamental do Direito moderno não seja propriamente técnico-cognitivo, mas de sentido⁹². Para esse autor, a pergunta pelo sentido envolve a determinação do homem como ser histórico, em sua comunidade, a vida que quer para si e a responsabilidade que assume pelas escolhas. Não cabe mais, segundo argumenta, compreender a finalidade do direito como algo que apreende o homem num esquema dado de eficiência, de resultados estipulados, ou dentro de um esquema de referências políticas. O homem deve escolher o sentido que quer dar a sua prática⁹³.

Para os interesses deste trabalho – e seguindo a sugestão de Castanheira Neves – vamos fixar como premissa a constatação de que a cada juízo jurídico revela certo sentido do Direito (seja ele problematizado ou não pelo intérprete) e estabelece como norma um valor defendido socialmente. Partindo dessa premissa, queremos demonstrar, num primeiro momento, que a atitude mental tomada pelo intérprete diante desse problema, por outro lado, é o que diferencia, muitas vezes, as bases fundamentais dos diferentes argumentos jurídicos. Depois, exploraremos algumas consequências filosóficas dessas diferenças de base, que culminarão na associação entre juspositivismo e seletivismo.

A posição juspositivista tende a colocar o valor como fonte de legitimidade originária, recusando, assim, a validade científica de sua discussão na reprodução do discurso jurídico ordinário. Para Kelsen, por exemplo, a diferenciação entre Direito e Moral, essencial à autonomia da Ciência Jurídica, não pode consistir “*naquilo* que as ordens sociais prescrevem ou proibem, mas no *como* elas prescrevem ou proibem uma conduta humana”⁹⁴. Esse “*naquilo*” e esse “*como*” referem-se justamente à importância que o conteúdo da ação assume nos juízos moral e jurídico, sendo essencial naquele e contingente neste. Isso quer dizer que somente o juízo moral pressupõe a identidade entre a motivação interna e o comando externo da ação. Diz o autor que “na apreciação moral, o motivo não pode ser separado da conduta motivada”⁹⁵. Tal coincidência pode

⁹² NEVES, A. CASTANHEIRA. **Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 162.

⁹³ NEVES, A. CASTANHEIRA. **Digesta**, p. 188.

⁹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.71.

⁹⁵ _____. **Teoria Pura do Direito**, p.70

até existir na ação conforme o Direito, mas não é necessária e, portanto, não pode ser aquilo que a define.

Em verdade, Kelsen indica que a identificação das normas de Direito com conteúdos morais, ou a necessidade de que o conteúdo de cada proposição jurídica veicule um valor de justiça é, no fim das contas, uma exigência perniciosa, pois implicaria a justificação universal do Direito, enquanto tal, como bom, ou como justo. O absolutismo moral, por outro lado, depende de uma crença metafísica que o sustente, sendo justamente o oposto de uma prática científica, que deve pressupor a relatividade dos valores⁹⁶.

Isso não implica, entretanto, afirmar que o Direito seja um sistema “amoral”, mas tão somente que o valor moral do Direito não pode se justificar pelo conteúdo das proposições jurídicas particulares. Trata-se, na realidade, de um valor relativo, fundado na própria estrutura do Direito como ordem social. Nesse sentido, o Direito é um sistema moral em sua forma, ao estipular condutas humanas a partir de convenções sociais, o que é muito diferente de dizer que o Direito prescreve normas de conteúdo moral necessário. A conduta conforme a Lei é moral no sentido de adequar-se, externamente, ao padrão de comportamento prescrito socialmente, mas não por revelar um significado interno que seja essencialmente justo, ou bom, na situação concreta.

Em suma, Kelsen resolve a distinção entre Direito e Moral estipulando que o Direito *É* moral, em substituição à imposição de que o Direito *Deve* ser moral⁹⁷. Com isso, esse autor obviamente busca fugir da identificação absolutista entre as duas esferas e, assim, abrir a possibilidade de convivência de diferentes visões morais dentro de um mesmo sistema jurídico-político. Ocorre que a sua perspectiva, pelos mesmos motivos, transforma o problema do valor em uma questão externa à ciência jurídica, deixada à competência da ética e da sociologia, chegando a afirmar que a legitimação de uma norma jurídica a partir de um sistema moral é “irrelevante” para o jurista, que apenas exerce a função de “conhecer e descrever” o Direito. A conclusão, por certo, é de que “uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral”.⁹⁸

O que importa ressaltar, aqui, é que o intuito declarado por Kelsen, ao insistir na diferenciação entre Direito e Moral é o de impedir que a Ciência Jurídica seja usada

⁹⁶ _____ . **Teoria Pura do Direito**, p.72

⁹⁷ _____ . **Teoria Pura do Direito**, p.76

⁹⁸ _____ . **Teoria Pura do Direito**, p.77

para legitimar, *a priori*, o valor das normas coercitivas da sociedade⁹⁹, em um processo de divinização do Direito e de despolitização da sociedade. A sua intenção, portanto, é construir uma teoria que, ao mesmo tempo, delimite com precisão o seu objeto de estudo e valorize, ao assim fazê-lo, a discussão ético-política dentro da sociedade, colocando-a em seu devido lugar, ou seja, fora e anteriormente ao Direito, a permitir, assim, que a política possa assumir o seu caráter transformador, livre da disposição eminentemente conservadora do Direito.

Embora realize uma série de qualificações à teoria da norma de Kelsen, o fato é que Hart também insere a sua teoria do direito nesse contexto filosófico em que a norma se dissocia, como condição de inteligibilidade da prática jurídica, do conteúdo moral que deve efetivar. A primeira pista para chegarmos a essa conclusão seria observar como as sociedades modernas e complexas são reguladas por uma cadeia de normas muito mais sofisticada do que a emissão de simples comandos. As normas primárias de obrigação só podem ser efetivadas, nesse contexto, a partir de uma série enorme de normas secundárias, que criam competências, atribuições e estabelecem as condições de validade dos atos jurídicos.¹⁰⁰

A sofisticação da distribuição das normas secundárias nas sociedades complexas resolve três dificuldades essenciais do sistema jurídico exclusivamente definido em termos de normas primárias: a ausência de referência que o distinga da etiqueta social, o seu caráter estático e pouco flexível e a sua ineficiência no monopólio da punição.¹⁰¹ Cada um desses problemas é corrigido pela subdivisão do sistema em três tipos de normas secundárias: a norma de reconhecimento (fonte de autoridade que distingue as normas jurídicas das demais obrigações do grupo), as normas de modificação (que conferem dinamismo ao caráter estático do direito) e as normas de julgamento (a capacitação de determinar a violação ou não das normas primárias, resolvendo o problema da eficiência).¹⁰²

O fundamento do sistema jurídico, então, é associado à condição de que “para a identificação de normas primárias de obrigação, seja aceita e utilizada uma norma secundária de reconhecimento”¹⁰³. O essencial dessa ideia é o fato de que, havendo a

⁹⁹ _____, **Teoria Pura do Direito**, p.78

¹⁰⁰ HART, H.L.A. **O conceito de Direito**, pgs. 43-44.

¹⁰¹ HART, H.L.A. **O conceito de Direito**, pgs 119-121.

¹⁰² HART, H.L.A. **O conceito de Direito**, p. 125.

¹⁰³ HART, H.L.A. **O conceito de Direito**, p. 129.

aceitação de um sistema normativo coercitivo, a função do direito passa a ser administrar as condições de revelação dos conteúdos normativos dentro das práticas sociais de uma maneira eficiente. Esse reconhecimento da obrigatoriedade da norma jurídica não precisa se dar necessariamente por um ato formal, bastando que uma fonte de direito (como o costume) seja aceita como vinculante por uma norma de reconhecimento, ainda que não expressa.

O que caracteriza o Direito, então, é a capacidade de declarar o status jurídico de uma proposição normativa e não o conteúdo revelado por essa proposição, necessariamente, ou a sua capacidade de convencer e de gerar resultados práticos. Hart identifica, nesse ponto, uma necessária distinção entre a validade e a eficácia da norma¹⁰⁴. Ainda que um conjunto de proposições seja moralmente superior e mais aceito socialmente, nada garante o seu reconhecimento como uma norma jurídica em detrimento de outras proposições talvez iníquas ou alienadas da realidade.

Essa distinção entre os pontos de vista externo e interno advém da teoria da obrigação avançada por Hart. O autor especificamente rejeita a identificação psicológica do sentir-se obrigado com a existência da obrigação, de forma que a identificação da norma jurídica não pode depender de elementos externos a ela, ou mesmo ser associada às predições das teorias sociais acerca de seu funcionamento. Do ponto de vista interno, a obrigatoriedade da lei está pressuposta pela sua declaração de validade jurídica.

A constatação mais interessante, conseqüentemente, é a de que não existe um conflito lógico entre a existência de fato e de direito de um determinado sistema jurídico. Daí concluir-se que é possível haver uma sociedade em que a aceitação das regras no nível pessoal sejam absolutamente irrefletidas do ponto de vista interno e sejam aplicáveis por um mero senso de obediência, desde que mantidas como normas válidas pela ordem oficial. Uma sociedade assim tão subserviente, ele diz, provavelmente acabaria num matadouro¹⁰⁵, mas isso não implica invalidade jurídica de seus sistemas de dominação.

O que é mais escandaloso, no entanto, é que nas sociedades modernas, cada vez mais complexas, em que as normas primárias são efetivadas por um sistema progressivamente sofisticado de normas secundárias, o problema da coercibilidade e da opressão torna-se mais perigoso, em razão da maior centralização e organização do

¹⁰⁴ HART, H.L.A. **O conceito de Direito**, p. 134.

¹⁰⁵ HART, H.L.A. **O conceito de Direito**, p. 151

poder, de maneira que Hart precisa responder, de algum modo, à perspectiva de que o Direito, deva fazer frente à moral¹⁰⁶.

O ponto de contato entre as duas esferas está no princípio de Justiça, que informa a criação e a avaliação das normas jurídicas. Justiça, nesse sentido, é tratada como uma dimensão específica da moral que possui reflexividade no direito, em geral, partir de uma noção distributiva de direitos e encargos (justiça como *fairness*)¹⁰⁷. “Os indivíduos fazem *jus*, uns em relação aos outros, a certa posição relativa de igualdade ou desigualdade”¹⁰⁸. O essencial para a Justiça, portanto, é aquilo que está por trás da fórmula “trata igualmente os casos iguais”, ou seja, estabelecer quais são as diferenças juridicamente pertinentes.

Esse ponto elementar serve para Hart, com apoio em uma noção básica de justiça, fazer uma concessão à moral a partir do princípio seletivo, no estabelecimento de condições mínimas de igualdade para justificar a cadeia de diferenciações que depois serão gerenciadas pela prática jurídica. Essa concessão tem a ver com o reconhecimento da igualdade biológica do homem, a partir das concepções científicas da modernidade. Essa constatação é reforçada por uma teleologia da sobrevivência, um resíduo metafísico “diluído”¹⁰⁹ na mente moderna, que acaba por estipular um valor inerente à proteção da vida e às capacidades biológicas. A partir daí, conclui esse autor que existem normas básicas de convivência humana que se apresentam como elementos comuns da moral e do Direito universalmente verificáveis e chama isso de conteúdo mínimo do Direito Natural¹¹⁰.

A relação entre Direito e moral, em Hart, se reduz, portanto, às necessidades naturais da relação do homem com o ambiente em que está inserido. As normas jurídicas terão, nessa perspectiva, uma pretensão de base universal. A partir daí as relações de comando são atribuídas seletivamente, conforme as percepções particulares com que esses valores devem ser concretizados na vida social. Evidentemente, essas exigências básicas não implicam que os sistemas jurídicos necessariamente pretendam proteger todos os grupos humanos, apesar de serem muitas vezes altruístas em suas

¹⁰⁶ HART, H.L.A. **O conceito de Direito**, p. 261

¹⁰⁷ Além do critério distributivo, Hart também indica ser essencial à justiça a ideia de reparação do dano, bem como a produção legislativa em consideração do bem comum, que envolve, necessariamente, o privilégio de uma classe de interesses sobre outros. Aqui, justiça estaria na consideração igual e imparcial de todos os interesses conflitantes antes de firmar uma decisão seletiva. **O conceito de Direito**, p. 217.

¹⁰⁸ HART, H.L.A. **O conceito de Direito**, p. 206.

¹⁰⁹ HART, H.L.A. **O conceito de Direito**, p. 249.

¹¹⁰ HART, H.L.A. **O conceito de Direito**, p. 250.

declarações. Hart entende que o poder de coerção, nesse sentido, pode agir tanto na punição do delinquente como na manutenção de uma classe de excluídos¹¹¹.

O importante é que, para Hart, o ponto de contato da moral com o Direito se refere mais a uma estrutura teleológica elementar da norma jurídica e não possui uma relação substancial de sentido. Colocar a moralidade da lei como condição de sua validade impede enxergar questões morais e jurídicas muito mais complexas envolvidas na vida social. Hart se recusa a tratar a norma iníqua como não Direito, pois essa seria uma limitação injustificada desse campo teórico. “o estudo de seu uso envolve estudar também o seu abuso”¹¹². A sua intenção, então, como a de Kelsen, é evitar que o moralismo torne-se uma condição de despolitização social, deixando aberto valor do ordenamento jurídico para o debate político, impedindo a sacralização do normativo.

2.1.2 A DISTÂNCIA ENTRE INTENÇÃO E GESTO. UM CONTRAPONTO MORAL.

É bastante útil oferecer um contraponto, aqui, para entender a dissociação entre as intenções declaradas pelo pensamento juspositivista e as consequências de suas teorias. Ronald Dworkin, por exemplo, aparece nessa discussão com uma perspectiva exatamente oposta, ao enfatizar que um julgador, ao se pronunciar sobre um caso complexo de sua competência, deve, antes de tudo, explicitar a sua leitura moral sobre os parâmetros constitucionais da comunidade em que está inserido e nunca escondê-la, em uma tentativa inútil de simular algum tipo de objetividade em seu julgamento¹¹³. A única objetividade que podemos ter nas discussões jurídicas passa pelo revelar – e não pelo obscurecer – das visões que cada intérprete possui do valor e do sentido da vida comunitária que o Direito deve defender.

O problema da perspectiva kelseniana, a partir de alternativas como a de Dworkin, não estaria propriamente em suas intenções, mas na viabilidade da tese. A dúvida mais evidente, nesse particular, é se o jurista comprometido com a Teoria Pura seria capaz de realmente colocar os sistemas morais em suspenso e dar-se ao exclusivo

¹¹¹ HART, H.L.A. **O conceito de Direito**, p. 260.

¹¹² HART, H.L.A. **O conceito de Direito**, p. 271

¹¹³ DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996, p.2

trabalho de “conhecer e descrever” o Direito positivo. A crítica, aqui, reside na ideia de que a tarefa de concretizar os enunciados normativos, ou seja, de conferir um significado particular e inteligível aos institutos jurídicos abstratos¹¹⁴ (princípios constitucionais, principalmente) pressupõe uma operação mental que não pode ser reduzida ao puramente jurídico, de modo que a discussão nunca é efetivamente limitada pela descrição e pela sistematização de direitos enumerados, catalogados e evidentes em si mesmos.

Por essa via hermenêutica, então, até o mais purista dos cientistas jurídicos, ao se propor a analisar enunciados e proposições normativas e o seu funcionamento dentro do sistema jurídico, de alguma maneira estaria contaminado pela leitura moral que ele faz desse mesmo sistema, e é justamente essa “infecção” moral que o permitiria tornar inteligível a unidade do sistema. Ou seja, o sentido do direito que se descreve depende do valor que se busca revelar com ele. O seu objeto de estudo não pode ser revelado sem que o sentido moral desse desvelar também se faça presente.

Nesse ponto, Dworkin desafia frontalmente a acusação de que trazer o valor para dentro da discussão jurídica significa correr o risco de associar o Direito a um sistema moral particular, tornando absoluta e inquestionável uma visão particular de mundo. A questão colocada por Dworkin é a de que parte importante dos sistemas jurídicos constitucionais não está assentada em regras particulares de conduta puramente descritivas, mas, pelo contrário, funda-se em princípios de conteúdo aberto¹¹⁵ que encerram conceitos morais (liberdade, igualdade, dignidade, respeito, etc.). Assim, é o próprio sistema normativo que chama o intérprete para a definição desses princípios nos casos concretos, a partir da sua leitura moral conforme a Constituição, a história institucional e os padrões comportamentais de seu tempo.

A conclusão, então, é a de que a busca excessiva pela imparcialidade (entendida como o descomprometimento com valores morais específicos), a necessidade de uma postura científica e descritivista, acaba prejudicando o debate jurídico e obriga os intérpretes e as autoridades, muitas vezes, a referirem-se a metáforas obscuras, como

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled.** *The University of Chicago Law Review*, v. 59, n. 1, The Bill of Rights in the Welfare State: A Bicentennial Symposium (Winter, 1992), p. 391.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**, p. 9.

intenções implícitas dos legisladores antigos, ou a recorrerem a construções teóricas de uma estrutura constitucional que não se daria em termos morais¹¹⁶.

Para o autor, no entanto, furtar-se a problematizar essas questões não implica resolvê-las, muito menos superá-las, já que cada posição particular sobre uma situação jurídica revela um valor do direito, valor esse que possui reflexividade no corpo social e que repercute nas práticas humanas, inevitavelmente. O lugar institucional dessa discussão é justamente no âmbito da discussão jurídica, sobretudo constitucional, muito mais do que no campo mais puramente político da criação legislativa majoritária¹¹⁷, em que outros compromissos e jogos de influência assumem poder de imposição muito maior e, por essa razão, tendem a ser menos suscetíveis à abertura. A questão contramajoritária será aprofundada nos tópicos adiante.

O mais importante da inversão de lugares entre essas perspectivas opostas é perceber que todos os autores defendem as suas teorias como meio de politização contra a opressão de um sistema jurídico absolutizado e, em ambos os casos, o posicionamento do Direito em relação à moral assume importância fundamental. Não obstante, ambos chegam a conclusões radicalmente opostas nesse particular. Para Kelsen e Hart, o valor deve ser de alguma forma externo à Ciência Jurídica. Para Dworkin, somente pela inserção do valor como constituinte da proposição jurídica é que se pode atingir a inteligibilidade do sistema normativo-constitucional.

Após esse confronto de duas visões paradigmáticas, queremos fixar a seguinte proposta argumentativa: o motivo pelo qual intenções teóricas como as duas acima esboçadas podem chegar a conclusões tão conflitantes acerca de um ponto tão fundamental é eminentemente ontológico e, portanto, está colocado anteriormente ao desenvolvimento das teses específicas. Parece-nos, nesse sentido, que o ponto nodal da questão é a visão abstrata que os diferentes autores fazem do papel do Direito, ou, voltando à sugestão inicial, de seu sentido como ordem social inclusiva ou seletiva.

Se o sentido do Direito é visto a partir de uma perspectiva mais ou menos seletiva, parece evidente que a questão do valor será colocada como um problema externo, tipicamente ético-político e definido no tempo. Obviamente, se o sistema de normas vigentes deve revelar formas de vida e padrões de comportamento pré-estabelecidos em um evento histórico ou em um acordo inaugural pretérito, o trabalho

¹¹⁶ DWORKIN. Ronald. **Freedom's Law**, p. 4

¹¹⁷ DWORKIN. Ronald. **Freedom's Law**, p. 31.

do intérprete será o de meramente “conhecer e descrever” esse sistema, a fim de descobrir quais são os meios hierárquicos de definição dos padrões de conduta e das práticas sociais relevantes naquela comunidade para se firmar um juízo particular sobre elas. O seletivismo pressupõe o caráter estático, em um grau relevante, do sistema de comandos.

De outro lado, se partimos de uma visão mais ou menos inclusiva e aberta ao tempo (relação de pertencimento ao mundo), o valor deverá ser integrado à própria discussão jurídica, uma vez que o significado das normas – e a sua forma de interação dentro do sistema – é constantemente ressignificado e reapropriado por grupos sociais para os quais essas normas sequer haviam sido previstas, quando de sua edição. Havendo a possibilidade de incluir esses grupos na busca do convívio social mais abrangente possível, novos valores serão incorporados na interpretação do Direito e assumirão concretude necessária na proposição jurídica.

. O que parece suposto nessa visão do Direito (a juspositivista), e daí insistir em entendê-la a partir de uma apreensão ontológica específica (a seletividade do sistema jurídico) é o fato de que, apesar da evidente indeterminação de significado das normas jurídicas, o problema central do Direito não é o valor que ela irá veicular, independentemente de qual seja no caso concreto. O que realmente está em jogo, para os seletivistas, é o comando, a disposição institucional ou, a partir de uma terminologia foucaultiana, os dispositivos de dominação¹¹⁸.

Parece claro que, para Kelsen e Hart, a estrutura vinculante do sistema normativo, o seu intrincado esquema de verticalização e de legitimação de comandos é o que importa à Ciência Jurídica; é o seu objeto natural de investigação. Essa perspectiva, como todas aquelas que enveredam para esse tipo de análise, a partir do que se defende aqui, parte de uma ideia filosófica de que o Direito não é uma ferramenta de inclusão, essencialmente, mas um componente do dispositivo social e, como tal, meio de controle apropriado por certos grupos sociais para efetivar ordens e valores próprios.

Pegue-se, por exemplo, a afirmação clássica de um acórdão do STF, em um julgamento de 1970:

Lei injusta não pode o juiz deixar de aplicá-la, pois não lhe é facultado subsistir pelas suas as concepções de justiça do legislador (Holmes). O

¹¹⁸ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 51.

juiz só poderá desprezar o mandamento de lei, quando for inconstitucional e não apenas injusto.¹¹⁹ .

Independentemente dos óbvios questionamentos que se pode fazer acerca do entendimento dos ministros do que seja inconstitucional, o fato é que o pronunciamento acima não revela uma simples teoria da norma. Trata-se, muito mais, de uma proposta sobre o sentido do Direito e sobre como deve funcionar a verticalização de comandos em uma sociedade regida por normas jurídicas. Ao assim se manifestarem, os julgadores invocam a lei, mas o que está por trás não é a defesa de um texto, mas de uma forma particular de transformação da lei em regulações específicas, desde a sua edição, por uma maioria legislativa, passando pelas interpretações dos órgãos executivos até o momento em que foi concretizada pelo Poder Judiciário, em diversas instâncias, limitando, hierarquicamente, os objetos de sua aplicação nos casos concretos.

O que o acórdão revela, então, é que o entendimento pretérito (a presunção) sobre a validade constitucional da Lei que serve de base ao caso deve ser mantido, independentemente da convicção do julgador particular acerca de sua incapacidade de revelar um valor coerente para o Direito. O que importa, aqui, é a manutenção do sistema hierárquico, a prevalência pré-estabelecida da conduta social selecionada e, conseqüentemente, da consequência jurídica aplicável à observância ou não desse mandamento legal.

O valor primordial definido, ainda que não declarado, é o comando, o dispositivo. É a ordem acima da conveniência, a autoridade acima da discursividade, a justiça formal sobre a justiça material, a previsibilidade sobre a imprecisão da vida. Trata-se de um juízo acerca da invulnerabilidade da instituição diante dos interesses concretos dos viventes e da inderrotabilidade dos fatos institucionais consolidados.

A proposição que este trabalho pretende defender, se as premissas estabelecidas estiverem corretas, é a de que uma postura filosófica que encara o Direito a partir da predominância do princípio geral seletivo, ao pretender posicionar o problema do valor de fora da equação jurídica e ao estabelecer a compreensão e a descrição do sistema de comandos como o foco da Ciência Jurídica, necessariamente deve se ocupar do problema da soberania como a principal fonte de legitimidade do sistema. Ou seja, se há um progressivo fechamento hierárquico das normas dentro de um sistema de poder que seleciona formas de vida disponíveis aos participantes da comunidade, a fonte

¹¹⁹ STF, 1ª Turma, AI 19.747, Rel. Min. Luis Gallotti)

legitimadora desse sistema só pode estar na vontade política que dispõe sobre essa cadeia de comandos.

Distanciaremos-nos do paradoxo de Schmitt, no entanto, e do apocalipse de Agamben, quando percebermos, diante da perspectiva aqui traçada, que a essencialidade do conceito de soberania como a decisão fundamental entre a vida e a norma apenas subsiste quando o Direito é definido, essencialmente, como um conjunto de “ordens coativas da conduta humana”¹²⁰. Se o papel definidor do Direito é esse banir da vida social condutas e formas de vida tidas por perniciosas, o poder de colocar condutas e formas de vida dentro do Direito ou, ao contrário, largá-las ao abandono, na anomia, torna-se a fonte primordial de inteligibilidade desse sistema.

¹²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 36.

2.2 A INCLUSÃO COMO PREVALÊNCIA DO ABERTO

Ainda não estamos prontos para abandonar Dworkin ao avançar os objetivos deste trabalho. Nosso intuito, como declarado desde o início, é pensar uma prática social intervencionista, como é o Direito, sem que o seu aspecto de modelação existencial torne-se o que a define, ou seja, sem que o normativismo se apresente como uma colonização arbitrária e inescapável do ser pela força soberana. Esse aspecto, que até então definimos como o predomínio do princípio geral seletivo, é o que está no cerne do diagnóstico de Agamben e, por isso, precisamos de uma alternativa viável aos seus pressupostos, ou o Direito estará condenado ao posto pouco honroso de assecla dos donos do poder.

A questão se coloca em um plano mais abrangente e tem a ver com a organização de um sistema político tal como o conhecemos, ou seja, normatizado, institucionalizado, coercitivo e punitivo. Como esse estado de coisas pode ser de tal forma reinterpretado ao ponto de apresentar como as suas principais credenciais a tolerância, a discursividade, a inclusão e a abertura para a vida, sem que haja uma contradição fundamental entre os seus pressupostos?

A primeira resposta é a mais óbvia e está implícita na pergunta. Trata-se de uma questão de interpretação. Nós, os homens construtores do mundo, damos sentidos às nossas práticas e, por essa razão, podemos sempre eleger quais os aspectos da vida política são mais relevantes e merecem prioridade e quais devem servir apenas de suporte e reduzidos a um mínimo de inteligibilidade do sistema. Mas essa afirmação é quase uma platitude, além de pouco útil, pois um acordo universal de boa vontade no plano do sentido acerca da política, do Direito, da moral e das práticas sociais em geral é, no máximo, um delírio bem intencionado.

É o caso de se fixar, no entanto, que a nossa relação com o mundo e as nossas ideias políticas e jurídicas são produtos interpretativos e passíveis de constante ressignificação. Não é possível negar, como dito no primeiro capítulo, o estatuto ontológico dessas ideias, que repousa na singular condição humana de se ver em alteridade e em pertencimento com o mundo, constantemente. Assim, a formação da

Cidade e das leis humanas, os acordos mínimos de convivência, as tradições, os costumes, etc., sempre estarão inseridos em um jogo de abertura e fechamento que não se resolve definitivamente no espaço e no tempo. Qualquer teoria normativa acerca das melhores instituições e práticas sociais, qualquer ideia política ou juízo acerca da estrutura normativa de um Estado, será inclusiva e seletiva em algum grau. O que está em jogo é justamente essa composição dinâmica dos objetivos políticos e essa é uma questão de interpretação, de uso dos conceitos e da revelação de sentidos.

Esse é um ponto. A segunda resposta ao desafio formulado é, naturalmente, a institucionalização e aí, sim, a possibilidade de uma solução mais concreta parece emergir. Isto é, não basta demonstrar que o sentido do Direito está aberto às mais diversas interpretações e que uma dessas interpretações é a de que um sistema normativo, coercitivo e punitivo deve existir para garantir uma existência humana autêntica, aberta para o futuro e essencialmente inclusiva. É preciso que as instituições sociais concretas possam efetivamente bancar esse sistema, vale dizer, que ele seja factível. Somente depois dessa constatação é que se poderá defender a sua superioridade.

Com isso, parece-nos claro que o princípio geral de inclusão como ferramenta jurídica de um humanismo possível deve ser justificado não só como um sentido desejável para as nossas práticas sociais, mas, principalmente, como um objetivo institucionalmente viável.

2.2.1 O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO E O ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO DA MORALIDADE POLÍTICA

A primeira parte do argumento (a interpretação) nos remete novamente a Dworkin, como anunciado há pouco. Em seu livro recente, *Justice for Hedgehogs*¹²¹, esse autor procura sistematizar vários de seus posicionamentos substantivos acerca dos mais diversos tópicos (lei, justiça, liberdade, jurisprudência, etc.) dentro de uma teoria consistente da moral. Vários dos resultados desse trabalho encontram respaldo na

¹²¹ DWORKIN, Ronald. **Justice For Hedgehogs**. Cambridge: The Belknap press of Harvard University Press, 2011.

proposta que desenvolvemos neste trabalho, ainda que por vias e conceitos por vezes diferentes.

A tese central de Dworkin é a de que o Direito é um ramo da moralidade política.¹²² Muito embora essa afirmação só apareça nas partes finais do livro, a sua presença é perceptível desde a primeira página, de forma que nunca perdemos de vista aonde o autor quer chegar. Concordamos com essa estratégia geral, que, de certa forma, é o que se fez até agora neste trabalho, por seus vários méritos argumentativos, como se verá a seguir.

No caso de Dworkin, vimos que esse autor combateu o juspositivismo justamente na posição que o valor ocupa na compreensão da prática jurídica. Como vimos no capítulo anterior, parece importante desconstruir o baluarte confortável que essa tradição jusfilosófica erigiu para si ao separar o aspecto político e valorativo das práticas concretas em Direito, como se a função da Ciência Jurídica se limitasse à descrição das cadeias de comando e dos sistemas de regras vigentes, ou seja, descobrir o que é a norma. A crítica de Dworkin estava em justamente negar que essa pretensão seja desprovida de uma proposta substancial acerca de como deve ser o Direito e de como devem funcionar as instituições jurídicas.

Em sua última obra, entretanto, Dworkin busca assentar os fundamentos mais sólidos dessa crítica, para demonstrar que toda teoria jurídica, além de ser uma proposta normativa sobre o sentido do Direito é, ainda mais, uma proposta específica sobre a boa vida e sobre o estatuto moral da sociedade, ou seja, uma proposta sobre como deve ser o mundo dos homens. Essa é uma análise com a qual concordamos em larga medida.

O interessante é que a estratégia de Dworkin para solidificar a sua tese é altamente provocativa. Em tempos de secularismo e de relativismos exacerbados, o autor defende abertamente uma teoria da moral com base nas noções de verdade e de unidade. Ele formula a tese da “independência metafísica dos valores”¹²³, que é uma negação da possibilidade de julgamentos não valorativos de argumentos morais, o que evolui para uma crítica generalizada à metaética. O espaço da moral é o do argumento e todo argumento busca a coesão pela verdade, o acordo, a aquiescência. Uma proposição sobre a moral é sempre um argumento moral. O caso não é discutir a sua objetividade, mas a sua verdade como argumento, a sua substância e a sua coerência.

¹²² DWORKIN, Ronald. **Justice For Hedgehogs**, p. 405.

¹²³ DWORKIN, Ronald. **Justice For Hedgehogs**, p. 9.

A questão mais importante nessa defesa da autonomia do discurso moral é afastar aquilo que Dworkin denomina ceticismo externo, que seriam as doutrinas críticas que negam à moral qualquer estatuto epistemológico verificável, seja por se tratar de um empreendimento quimérico, pois o valor não é algo que se encontra na natureza (ceticismo de erro), seja pelo fato de que os juízos morais não são descritivos, suas proposições são da ordem da expressão de emoções, comandos, planos, etc., mas não possuem valor de verdade (ceticismo de status).¹²⁴

A força filosófica do ceticismo na atualidade se deve a uma espécie de esquizofrenia moral operada a partir de duas tradições na modernidade. A da prevalência do interesse pessoal (utilitarismo) e a do vitalismo da existência (a partir de Nietzsche), que coloca a moral como colonização da existência pela essência. Dworkin quer reconciliar a ponte entre ética (a teoria da boa vida) e moral (como nos devemos relacionar uns com os outros), entre egoísmo e consideração pelo outro, entre interesse e dignidade, como forma de devolver à moralidade o seu campo natural de atuação.

A crítica de Dworkin ao ceticismo (em especial, ao ceticismo externo), e por isso falamos em esquizofrenia, está justamente na compreensão equivocada da noção de verdade moral, uma compreensão que tem raízes na inversão metafísica e que o autor chama de epistemologia arquimediana¹²⁵, ou seja, a colonização de todos os discursos humanos pelo ideal das ciências naturais. É dizer que a moral não pode ambicionar a verdade, pois não existem fatos morais a serem encontrados na natureza.

O problema dessas propostas é confundir conceitos categoriais com conceitos interpretativos e toda a estrutura do argumento transita em torno desse ponto central, que é fixar a diferença entre as duas dimensões e tratar as teorias normativas a partir de seus pressupostos interpretativos. É essencial a essa estratégia que funcione o tipo de contra-ataque que Dworkin promove contra o ceticismo, qual seja, provar que toda teoria que descarta o valor de verdade de uma proposição moral é, por si, uma teoria moral e sua correção só pode ser verificada pelos mesmos padrões de verdade típicos dessa área do discurso, padrões interpretativos, portanto.

O pragmatista Richard Rorty, por exemplo, combate o substancialismo do discurso moral a partir de uma perspectiva externa, denunciando a sua tendência ao fundacionalismo. Ele nega que um argumento moral possua uma pretensão legítima à

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. **Justice For Hedgehogs**, p. 32, 33.

¹²⁵ DWORKIN, Ronald. **Justice For Hedgehogs**, p. 82.

verdade, pois, em suas palavras “não existe um tribunal de apelação neutro”¹²⁶ que possa escolher entre perspectivas morais concorrentes. Em resposta a esse dilema, esse autor tenta equipar as ramificações políticas das nossas convicções normativas com um critério de ação pretensamente amoral, ou, conforme os seus termos, não “filosófico”¹²⁷, que seria o utilitarismo (promover a maior felicidade para o maior número possível de pessoas).

Nada temos a opor contra as reservas que as propostas dessa natureza possuem contra o dogmatismo e o messianismo político. Não se discute que um projeto político não pode ser defendido a partir de uma suposta essência do bem. A questão é que o utilitarismo não é um critério amoral de ação e só pode ser defendido em termos não descritivos, ou seja, filosóficos (Dworkin diria interpretativos).

Não há um dado da natureza a garantir o utilitarismo. A felicidade e o bem-estar não são partículas físicas que habitam o corpo humano. São estados de consciência e autointerpretações dos sujeitos a respeito de diversos aspectos de suas vidas, em contraposições com as expectativas construídas ao longo de suas existências. Felicidade, portanto é um conceito interpretativo. Além disso, não existe um critério neutro que sustente a superioridade de certa política pública destinada a maximizar a felicidade do maior número de pessoas em detrimento de outras que tenham o mesmo propósito. Ainda que haja um consenso básico de que o governo deve aumentar a prosperidade material de seus cidadãos, os meios e os sacrifícios que devem ser feitos para se atingir esse ideal serão sempre objeto de debate, um dissenso que só é resolvido por meio de escolhas morais.

Por fim, o ponto talvez mais relevante filosoficamente seja o de que a própria definição do que seja utilitarismo (a orientação das políticas públicas e das práticas sociais para o aumento do bem estar do maior número possível de pessoas) é, por si, uma teoria moral substancialista, que depende da coerência de uma série de outras premissas e princípios adjacentes. O mais claro deles é o de que a felicidade da maioria importa mais do que a de uma minoria, independentemente de quais sejam as condições concretas verificadas na sociedade (sua cultura, preferências, idiossincrasias, etc.). Essa proposição não é uma questão de aritmética. Trata-se de uma teoria que tem bases

¹²⁶ RORTY, Richard. **Uma Ética Laica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 30.

¹²⁷ Para Rorty, a visão que cada um tem da sociedade ideal é determinada por nossas preferências acerca dos futuros possíveis para a humanidade. A filosofia não pode ajudar nessa escolha, “por ser um “produto ulterior da imaginação.” **Uma Ética Laica**, p. 29.

definidas em uma ideia de democracia, por exemplo. Seus pressupostos refletem o conceito de igualdade material dos seres humanos (somos iguais em valor, apesar de nossas diferenças) e advogam uma noção de liberdade tipicamente moderna (a realização dos desejos individuais).

Se o utilitarista não abre esses pressupostos de sua moralidade política para a discussão e foge da responsabilidade pela defesa do valor de verdade de seus pressupostos, impondo uma posição cética a respeito da moral em geral para refutar as teses contrárias, a sua atitude não é exatamente crítica, ou científica, mas talvez tão dogmática e fundacionalista quanto o obscurantismo que pretende denunciar. O que se critica nessa postura não é tanto a força da tese propositiva, mas a estratégia de defesa, que tenta imunizar a teoria contra as críticas possíveis.

É por isso que no centro da teoria da verdade moral avançada por Dworkin encontram-se as noções de responsabilidade e de integridade, as bases do que ele chama de “epistemologia integrada”,¹²⁸ uma espécie de caminho do meio entre a epistemologia arquimediana, que recusa qualquer crença que não seja reduzida a uma experiência sensorial direta e o dogmatismo metafísico, que apela para estruturas perceptivas supernaturais e justificáveis *ad hoc* (como a faculdade de se ter fé).

Todo juízo moral busca coerência dentre uma cadeia de princípios e de premissas de suporte, a pressupor, por esse motivo, que uma convergência discursiva seja possível de tal forma que os participantes do debate, ao compreenderem o significado do que se diz possam ser convencidos da verdade daquela proposição. Não é que uma afirmação acerca da vida boa ou da melhor forma de nos tratarmos uns aos outros corresponderá a um estado de coisas da natureza, ao ponto de que essa correspondência implique uma relação causal entre o enunciado moral e uma determinada ação concreta. A verdade de uma proposição moral, pelo contrário, se busca tão somente no nível do discurso orientado ao convencimento e se apresenta como justificação de uma ação, de uma norma jurídica ou de uma forma de vida.

A partir dessa base construída na teoria moral, Dworkin pode desdobrar consequências interpretativas acerca das interações entre os princípios fundamentais dos sistemas político-jurídicos modernos: igualdade, liberdade e Democracia (a base de todos os direitos políticos). As noções de integridade e de responsabilidade são transportadas para esse ambiente como fonte de legitimação, na medida em que as

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. **Justice For Hedgehogs**, p.86.

práticas sociais e as instituições políticas devem garantir que as leis e as políticas públicas sejam permeadas por uma atitude que considere igualmente a dignidade daqueles afetados, que tenham respeito por seus destinos e que os permitam assumir a responsabilidade por suas escolhas existenciais. Ainda que os Governos errem em seus projetos, essa consideração básica deve ser central e inegociável, ou a dignidade humana será desrespeitada¹²⁹.

Podemos, agora, articular essas posições de Dworkin para atingir alguns resultados importantes. Parece-nos que as exigências morais de integridade e de responsabilidade, que se conformam assim na cláusula de igual consideração e de respeito à autonomia ética, colocam dois desafios básicos para a sustentabilidade de uma prática social coercitiva, como o Direito.

Em primeiro lugar, exige-se que o Direito não seja refém de particularismos e não se submeta aos jogos de poder sedimentados no corpo social, pois do contrário, os seus mandamentos e as suas proposições serão incoerentes; apresentar-se-ão como abusos. Além disso, a exigência de integridade implica que os princípios e os direitos fundamentais sejam interpretados como equiprimordiais e mutuamente explicativos¹³⁰. Assim, a liberdade não pode ser compreendida como fazer-se o que se quiser, a igualdade não pode ser um argumento contrário às diferenças e à autonomia individual, nem pode a democracia tornar-se a ditadura da maioria¹³¹. O Direito assentado sobre essas premissas estruturais só é compreensível (e conseqüentemente, justificável) quando os conjuntos de regras e mandamentos decorrentes do sistema possam ser interpretados em harmonia – e não em concorrência – com as suas bases de sustentação. Se abirmos mão dessa condição, o discurso jurídico torna-se casuístico, perde a sua autonomia e fica à mercê de outros saberes e interesses melhor articulados.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. **Justice For Hedgehogs**, p.335.

¹³⁰ Nesse sentido, Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti lançam uma interessante crítica à teoria dos princípios de Alexi, que desafia a tese da única resposta correta de Dworkin e apresenta uma teoria dos princípios baseada nas noções de otimização (princípios se diferenciam por serem comandos de otimização), colisão (a colisão de princípios não se dá por anulação ou derrogação, mas por um juízo de prioridade no caso concreto) e de equilíbrio (a teoria dos princípios é complementar à ideia de proporcionalidade). Netto e Scotti basicamente demonstram que Alexi não compreendeu a proposta hermenêutica da única resposta correta em Dworkin, cuja raiz é a noção estrutural de integridade aqui discutida, de forma que o autor alemão acabou por construir uma teoria dos princípios positivista, ou seja, que trata princípios como regras (uma escolha política sobre a regra aplicável). Sobre essa discussão, ver ALEXI, Robert. **On the structure of Legal Principles**. Ratio Juris. Vol. 13 No. 3 September 2000, p. 294-304 e NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (in)Certeza do Direito: a Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p.115-121.

¹³¹ DWORKIN, Ronald. **Justice For Hedgehogs**, p.346-347.

Percebemos, então, que Dworkin advoga a autonomia do discurso moral e da ética para chegar à autonomia do discurso jurídico e à sua dependência da noção de integridade. A tendência contrária, que procura esvaziar tanto o valor de verdade das proposições morais quanto a substância valorativa das proposições jurídicas a partir de um ceticismo arquimediano, coloca a justificação das práticas sociais nas dependências das ciências naturais ou relega esse problema à descrição sociológica e ao arbítrio político. Essa vinculação própria da inversão metafísica sustentou séculos de ceticismo externo e fomentou teorias sociais como o positivismo. Esse caminho, no entanto, como procuramos mostrar até aqui, está fechado. Por essa razão é que Dworkin quer redescobrir a noção de verdade própria aos conceitos interpretativos (Direito, justiça, liberdade, igualdade, etc.) como forma de fazer frente aos desafios da modernidade.

Parece-nos, no entanto, que falta a Dworkin um mergulho mais intenso na ontologia de suas premissas – um passo mais decisivo em direção ao ser do discurso por ele defendido – para justificar a sua tese substancial do Direito. Dworkin acredita que a excepcionalidade do discurso do valor, a sua não redução ao cientificismo, é derivada da intuição de David Hume de que não se podem derivar juízos normativos a partir de juízos descritivos. As ciências podem até descrever como formamos juízos morais, quais hormônios atuam em nosso organismo quando condenamos um ato desprezível, quais substâncias químicas provocam o sentimento de culpa, ou como certas culturas tornam certos comportamentos mais prováveis de serem observados do que outros. Mas isso não implica, de forma alguma, que essas estruturas causais justifiquem ou recomendem as situações morais que acabam por descrever. Por quê?

Dworkin, na verdade, apenas sobrevoa esse terreno, mas nunca abre verdadeiramente os pressupostos mais ocultos da tese. Ele prefere a estratégia de demonstrar como o ceticismo externo derrota a si mesmo, ou seja, como a refutação categórica do estatuto epistemológico da moralidade é uma teoria moral ela mesma. Essa estratégia, é claro, deságua na estruturação dos conceitos interpretativos, que explicam, é verdade, como se pode defender a autonomia do discurso moral. Mas ainda falta uma projeção mais profunda da condição ontológica, uma lacuna que entendemos possível preencher com a proposta desenvolvida no primeiro capítulo deste trabalho.

Parece-nos razoável supor, nesse sentido, que a intuição de David Hume pode ser situada na diferenciação entre pertencimento e alteridade que caracteriza a singular condição humana. A ética e a moral, conseqüentemente, a moralidade política e o

Direito, fundam-se na ambiência do projeto de formação do mundo. Os seus valores de verdade não são aqueles da física e da biologia (o mundo dado), pois dizem respeito à criação conceitual (ideal) de quem devemos ser e não do que o mundo é. Como bem identificou Agamben, essa força criativa do ser é uma circunstância cooriginária à linguagem, que nos permitiu enxergar o ambiente natural como alteridade, apesar de nosso inexorável pertencimento à natureza.

Em suma, a moral não pode ser refutada pelos padrões de verificação da física e da biologia porque a sua origem não se reduz à física e à biologia, mas tem a ver com o mistério próprio da linguagem. Nas palavras de Dworkin, é uma questão interpretativa. Se rejeitarmos qualquer possibilidade de uma moral e de uma ética pelo que são (discursos sobre o que é o melhor e o correto), devemos, por coerência, rejeitar o Direito e a política como alternativas plausíveis para uma vida humana.

A perspectiva substancialista, por outro lado, não significa que o Direito e a política devam ser reduzidos a um esquema valorativo particular e absoluto, como erroneamente se tentou provar nas críticas juspositivistas acima discutidas. Trata-se apenas de afirmar que esses sistemas sociais, nas mais diversas conformações que assumiram no espaço e no tempo, sempre se apoiaram em cadeias complexas de proposições acerca da melhor vida e da melhor maneira de nos tratarmos uns aos outros. A defesa da legitimidade das instituições políticas e jurídicas se confunde, portanto, com a defesa da coerência e da legitimidade de tais proposições morais.

Por essa razão, se o estatuto epistemológico da moral – e aí obviamente se incluem as questões de moral política – é uma fantasia por definição, ou seja, se não há um foro legítimo e decidível em que se possam debater questões morais autonomamente, segue que a autonomia do Direito é uma fantasia, também. Se não pode ser legítimo, correto e justo (conceitos interpretativos da moralidade política que demandam integridade), o Direito nada mais será do que violência, vontade e poder. E sendo assim, teríamos que aceitar o diagnóstico de Agamben, demolir as nossas pretensões de autonomia do discurso jurídico e buscar a salvação em outro lugar (fechar as portas do Direito). Mas estamos preparados para assumir essas consequências?

Talvez não seja preciso. Quando abandonamos a metafísica e o naturalismo monista por uma revisão crítica da ontologia política, percebemos que força criadora do mundo dos homens opera sobre um vazio singular (tão longe de Deus quanto da terra). Já abrimos mão, portanto, de uma verdade essencial desde a origem do problema. A

verdade que buscamos nesse projeto absurdo da criação política é aquela do discurso para o convencimento, apenas, pois não há nenhuma outra disponível. Ela demanda coerência e integridade dos pressupostos, bem como a responsabilidade pelas consequências das ações e dos planos. Dworkin pretende apenas demonstrar, no fim das contas, que a autonomia e a legitimidade do discurso jurídico, como um ramo da moralidade política, dependem visceralmente do atendimento a esses critérios.

Fixado esse ponto, parece-nos que uma organização política que leve a sério a busca pela legitimidade deverá ser capaz de sustentar um foro em que os atos governamentais, as normas e as decisões judiciais produzidas internamente possam ser questionadas e justificadas em seus próprios termos, almejando as melhores razões e um sentido claro de seus objetivos. Essa é uma exigência mínima de racionalidade política.

Essa constatação, no entanto, deve ser compensada com o fato inescapável de que a singular condição humana não nos permite ter certezas transcendentais, dada a nossa condição precária, falível e limitada no mundo que nos cerca, de modo que o ambiente discursivo legítimo deve não só exigir de seus participantes o compromisso com a integridade e com a coerência, mas deve garantir, principalmente, que o debate sempre esteja aberto e que os acordos e vitórias do presente não se tornem os grilhões do futuro. Não há contradição entre essas duas exigências. Trata-se tão somente da única composição possível entre ambição e realidade que define tão bem o que é ser humano. Esse é um estado de coisas que exige um desenho instrucional particular.

2.2.2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A PREMISSA CONTRAMAJORITÁRIA. O MARCO INSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO GERAL DE INCLUSÃO.

Qual o papel das instituições democráticas contemporâneas no avanço do princípio geral de inclusão? Nós já vimos o potencial seletivo de certa leitura dos pressupostos modernos que flerta perigosamente com o totalitarismo, em que a própria democracia (a promessa de autonomia e de autogoverno de um povo) pode ser tornar instrumento de intolerância e de exclusão. O disciplinamento do corpo, a biopolítica e o campo de concentração são fenômenos modernos por excelência e todos possuem, de

alguma forma, raízes em princípios de moralidade política caros aos mais bem intencionados iluministas.

Mas também é certo que as conquistas políticas modernas também nos legaram sentidos disponíveis às práticas sociais em que as instituições e os princípios estruturantes do Direito possam operar contrariamente ao seletivismo, denunciando a apropriação ilegítima de direitos, a instrumentalização da política e o fechamento dos espaços públicos em favor de grupos privilegiados. Se de um lado, podemos citar o holocausto judaico como uma terrível desnaturação das ideias de identidade nacional e de pertencimento, também é sempre possível recordar que, no mesmo século XX, negros e mulheres alargaram os limites interpretativos do princípio da igualdade em suas lutas por emancipação e garantiram para si, em boa parte do globo, o acesso a uma série de direitos políticos e individuais que, em sua origem, não haviam sido designados para eles.

O que importa, aqui, não é tanto a particularidade de certas conquistas. O ponto central é que é possível constatar, sem muita sofisticação da análise, que em nossa história recente temos assistido a um uso bastante flexível das instituições democráticas por uma enorme variedade de grupos de interesses com os mais diversos objetivos em mente, em um processo de reestruturação social constante que não se dá necessariamente pela deposição e pela guerra, mas pela aquisição e pela reinterpretção de direitos e prerrogativas dentro de uma mesma organização política. São batalhas por direitos.

Isso não quer dizer, é claro, que haja uma tendência natural à transformação do mundo em direção a alguma ideia romântica de liberalismo. Muito pelo contrário. Basta lembrar a radical e bastante recente reinterpretção da segunda emenda à Constituição dos EUA para termos um exemplo típico de uma vitória retumbante e duradoura das alas mais conservadoras daquela sociedade. O mesmo texto normativo que historicamente implicou ser exclusividade das milícias organizadas o uso de armas para a proteção de um Estado livre, a partir dos anos 70 e depois de uma pesada campanha publicitária, jurídica e acadêmica promovida pela *National Rifle Association* (N.R.A), passou a significar justamente o oposto, ou seja, que o porte de armas não é uma

exclusividade de pessoas associadas a uma milícia, mas um direito constitucional de todo cidadão americano¹³².

Nesse ponto, é preciso recordar aquilo que foi discutido no início deste capítulo a respeito da colonização do tempo pelo político, como o resultado da inversão metafísica associada ao idealismo do século XIX, um projeto filosófico de sacralização do presente que serviu muito bem ao juspositivismo e ao princípio geral seletivo e que está frequentemente na base das reações aos processos de reestruturação da sociedade por meio do Direito. A recordação é útil, pois estamos exatamente no limiar das duas perspectivas centrais tratadas neste trabalho.

O ceticismo quanto aos valores, o juspositivismo e o naturalismo são estilos de pensamento que, agindo em conjunto ou separadamente, afetam diretamente a dinâmica interna do Direito, na medida em que trabalham, cada qual a sua maneira, com uma concepção expansiva do político, o que esvazia o poder transformador dos princípios jurídicos e dos direitos fundamentais. O ceticismo nega a existência de um foro legítimo de decidibilidade das questões morais, o juspositivismo retira da análise científica o conteúdo valorativo das proposições jurídicas e se ocupa da descrição das cadeias de comando previamente estruturadas por um ato criativo originário e o naturalismo tende a reduzir o conteúdo normativo a processos causais determinísticos.

O resultado é que toda a estruturação da vida social, nesses moldes, torna-se uma contingência dos arranjos de poder específicos e o Direito, a simples consequência normativa dos compromissos e das imposições forjadas em um espaço argumentativo dominado pelo interesse e pela força, seja pela premissa majoritária com foco no poder legislativo, seja pela concentração de poder em órgãos executivos (em um estado autoritário, por exemplo). Por esse modo de ver as coisas, o sentido substantivo da produção jurídica é o que menos importa, pois a questão central é conhecer as reais condições de dominação estabelecidas nos arranjos sociais. E é justamente desse abandono da moralidade política que surge o apocalipse pintado por Agamben.

Os exemplos citados um pouco acima, no entanto, nos instigam a desafiar a exclusividade dessa leitura. Verificamos, em vários níveis da vida social moderna, um

¹³² A reinterpretação da segunda emenda foi um processo tão brutal e de tal modo orquestrado por um grupo de interesses que o *Chief Justice* Warren Burger, em uma entrevista, teria afirmado se tratar de uma das maiores fraudes praticadas contra o público americano que ele jamais vira. Essa história é contada por Jill Lepore na edição de 23 de abril de 2012 da revista *The New Yorker*, em um artigo intitulado *Battleground America*. Para uma compreensão do estado atual dessa discussão no âmbito judicial, ver as decisões da Suprema Corte em *District of Columbia v. Heller* e *MacDonald v. Chicago*.

intenso interesse pelo sentido dos princípios e das regras que estruturam a sociedade, um debate que muitas vezes escapa ao controle dos grupos dominantes e não raro são movidos contra eles diretamente, cujo intuito é a concretização de ideias e de valores não redutíveis às relações particulares de poder.

E é nesse sentido que encontramos algumas das críticas interessantes à filosofia de Agamben, em que se tenta demonstrar como as instituições políticas modernas, mesmo quando usurpadas por sistemas particulares de dominação e de exclusão em massa, ainda permanecem como referências de significados possíveis de resistência e de libertação. Isso decorre diretamente da pretensão universalista e antimetafísica dos valores de fundo que sustentam a nossa estrutura institucional, que demandam satisfatividade prática e exigem a legitimação dos atos governamentais.

O totalitarismo moderno, argumenta-se, não se sustenta sem uma alta carga de propaganda e de retórica da legitimação. Além disso, a marginalização de massas inteiras de pessoas e a suspensão de garantias tidas por universais em nome de interesses particulares são fenômenos verificáveis em nossos dias, não se discute, mas ao mesmo tempo são realidades institucionalmente complexas e sofisticadas, que dependem de uma enorme cadeia de comandos, controles burocráticos e produções normativas.

Judith Butler, no livro intitulado “Quem Canta o Estado-Nação?”¹³³, ao comentar aspectos da filosofia de Agamben (notadamente quanto à ontologia do poder soberano), ataca justamente esse ponto e afirma que “ninguém é retornado à vida nua, não importa quão destituída sua situação se torne, porque existe um conjunto de poderes que produz e mantém a situação de destituição, desapossamento e deslocamento (...)”. Logo em seguida, alerta que:

(...) parece ser necessário aprofundar-se sobre o paradoxo de que essa redução e desnudamento do prisioneiro, especialmente do prisioneiro de guerra, é um estado ativamente produzido, mantido, reiterado e monitorado por um complexo e forçoso domínio de poder, e não exclusivamente o ato de um soberano ou a permutação do poder soberano¹³⁴.

Judith Butler ataca o pressuposto de que um estado de abandono quase metafísico, como o pintado por Agamben, possa ser útil à compreensão dos problemas

¹³³ BUTLER, Judith; SPIVAK, Gayatri. **Who sings the Nation-State?**. New York: Seagull Books, 2007. Todas as citações diretas desta obra serão de tradução nossa.

¹³⁴ BUTLER, Judith; SPIVAK, Gayatri. **Who sings the Nation-State?**, p. 10-11.

políticos da modernidade. A generalização da exceção não gera um estado de não Direito (de contato direto com o poder soberano), mas, pelo contrário, é um estado de hipernormatividade e de hiperdiscursividade especificamente orquestrado para manter uma situação de dominação. Por mais deslocada de referências espaciais, por mais brutalmente inseridas em um estado de não pertencimento, as pessoas capturadas nesse jogo de exclusão nunca estão, de fato, ontologicamente abandonadas. Existe toda uma rede normativa e institucional, com manutenção das fronteiras, policiamento ostensivo, efetivos militares, prisões extraterritoriais, agências de espionagem, etc., que mantêm em funcionamento esse estado de coisas.

É preciso aprofundar-se sobre os paradoxos que estão envolvidos nessas complexas estruturas institucionais e não apenas fixar o olhar na imagem incandescente de um poder soberano ilimitado, sob pena de perder-se de vista a compreensão das miríades de formas sob as quais o poder funciona e pelas quais o poder pode ser controlado e finalmente ressignificado.

A generalização do estado de exceção, embora seja uma parte importante da compreensão de nossa realidade política, não pode ser tomada como único paradigma possível da modernidade. Essa alternativa reduziria todo o arsenal teórico e crítico da moralidade política às instâncias de manifestação de soberania e da vida nua, fazendo tábula rasa das diversas formas de exclusão e de abandono real verificadas no mundo, colocando as vidas de populações de refugiados, prisioneiros, imigrantes e de todas as minorias “sem estado”, cada qual sujeita a peculiares sistemáticas de poder de exclusão, como meros substratos de um estado metafísico geral¹³⁵. O diagnóstico de Agamben, portanto, seria uma forma de despolitização.

Segundo a autora americana, a perspectiva de Agamben teria dificuldades para explicar o ato de imigrantes ilegais americanos que marcharam por vias públicas da Califórnia, cantando o hino nacional dos Estados Unidos em espanhol, como exigência de pertencimento político.¹³⁶ Essa seria uma espécie de manifestação essencialmente diferente do que faz o camponês no conto de Kafka, que fecha as portas do direito. Não seria a expressão de uma vida nua que demanda libertação, mas justamente o movimento de imersão dos excluídos em um significado possível do Direito e das instituições que lhes negam a entrada. Ao tomarem os espaços públicos a que não tem

¹³⁵ BUTLER, Judith; SPIVAK, Gayatri. **Who sings the Nation-State?**, p. 41.

¹³⁶ BUTLER, Judith; SPIVAK, Gayatri. **Who sings the Nation-State?**, p. 58.

acesso, apropriando-se do hino de uma nação que os rejeita como cidadãos, entoado em uma língua que não é a oficial e utilizando-se de uma ferramenta como o cantar, um ato de articulação do pluralismo, pode ser que estivessem sendo praticadas, ali, novas condições de igualdade e liberdade, valores fundamentais da sociedade moderna.

Não obstante possuímos ressalvas a essa leitura das ideias de Agamben, concordamos em um ponto fundamental¹³⁷. Não é possível, com Agamben, ou pelo menos não é o melhor caminho, achar uma solução propositiva para o problema dos manifestantes da Califórnia, pois ali se manifesta um espírito que crê no Direito como proposta para um humanismo possível. Ao demandarem integração pela ressignificação das instituições que segregam, aquelas pessoas acreditam que a função principal do Direito é a inclusão e denunciam o abuso de seu foco seletivista. E, como dissemos anteriormente, Agamben não teoriza sobre o princípio geral de inclusão a partir das instituições modernas.

Por essa razão, retornamos ao questionamento inicial desse tópico, quanto ao papel das instituições democráticas contemporâneas na compreensão do princípio geral de inclusão como alternativa possível para o Direito pós-metafísico. Como vimos com Dworkin, parte da resposta a esse desafio está na defesa da autonomia dos conceitos interpretativos, que pressupõe as concepções de integridade e de responsabilidade como elementos essenciais da busca pela legitimidade das leis e dos atos governamentais ou judiciais. O discurso jurídico se fortalece em nosso tempo, que cada vez mais demanda a razão, a justificativa e a validade como pré-condições indisponíveis de submissão, em sociedades cada vez mais conscientes e sabedoras dos terrores que emergem quando o poder é dominado pela irracionalidade e pelo particularismo. A recuperação da moralidade política, portanto, é não só ontologicamente plausível, como desejável.

É justamente a esse problema que juristas contemporâneos tem se endereçado, na tentativa cada vez mais comprometida de solucionar o abismo que tem se aberto entre os problemas concretos de efetivação dos direitos a que a jurisdição é chamada a

¹³⁷ Talvez a crítica de Buttler ao estado ontológico do abandono em Agamben não esteja muito bem colocada, pois o autor italiano não desconhece o jogo institucional e a complexa estrutura de poder que sustenta o estado de exceção na modernidade. Não conseguimos enxergar na obra desse autor uma tentativa de fazer tabula rasa dos processos de dominação, em nome de um conceito metafísico de abandono. O ponto nos parece ser outro. Agamben quer mostrar até onde chegam esses processos de subjetivação quando operados em sua total magnitude. E a revolução filosófica da vida nua realmente não se manifesta ainda na vida dos refugiados e dos presos políticos (o ponto de Butler), pois, mesmo para essas pessoas, a política ainda é uma realidade inteligível. A nossa posição é a de que não se compreende totalmente o diagnóstico de Agamben enquanto não se chegar ao corpo do *Musselman*, ou seja, quando toda a ontologia política ocidental perde totalmente o sentido.

resolver e as condições estruturais clássicas de se fazê-lo. Movimentos como aquela passeata na Califórnia tem se tornado cada vez mais frequentes, ao passo que as soluções institucionais a esses dilemas de base (pois incidem sobre os princípios fundantes da concepção moderna de um governo legítimo: igualdade, liberdade e Democracia), são, no máximo, claudicantes.

Nesse sentido é que retornar à perspectiva de Castanheira Neves torna-se interessante, pois embora esse autor reconheça a importância da insuficiência estrutural da jurisdição atual na solução dos dilemas sociais mais relevantes, o seu ponto é o de que o verdadeiro problema que enfrentamos seria o do sentido do Direito¹³⁸, como defendemos até aqui. A vantagem dessa proposta está justamente no fato de que reconhece a origem do problema justamente na abstração da realidade social em que se sustentou legalismo clássico e que lançou o homem num vazio valorativo perigoso.

Assim, ele opta por discorrer sobre o problema interno, pois saber como deve ser a instituição jurisdicional (o problema externo) passa pela resposta ao que se quer dessa jurisdição. O sentido da jurisdição é o sentido do Direito que ela busca realizar, sendo que hoje é impossível pensar o direito como puro legalismo¹³⁹. Confiar demasiadamente nas condições de validade formal da lei e nas garantias negativas de direitos individuais há muito já se revelou como um aspecto de despolitização da sociedade e que tem permitido os mais perigosos arbítrios por parte dos que detém o poder de fato. Podemos dizer, então, que, para Castanheira Neves, ainda não aprendemos a levar as conquistas institucionais básicas da modernidade às suas últimas consequências e essa é a principal razão de enfrentarmos, até hoje, problemas estruturais de adjudicação de Direitos fundamentais. Nesse sentido:

¹³⁸ NEVES, A. CASTANHEIRA. **Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. v.3, p. 162.

¹³⁹ Marco Aurélio Marrafon cita cinco pontos de instabilidade dos eixos teóricos do normativismo positivista: crise do individualismo e ascensão dos direitos sociais, depois os direitos difusos e coletivos; mudança de eixo do direito privado para o constitucional; revisão da teoria da norma e a ideia de ordenamento aberto; no plano axiológico, o telos do direito passa da validade formal para a legitimação material; no plano funcional, a desmistificação da ciência do direito e sua compreensão como *práxis*. Esses pontos de instabilidade implicam a final insuficiência teórica do modelo epistemológico-metodológico positivista, pelo desmascaramento ideológico da compreensão do Direito como sistema prévio, fechado, abstrato e formalmente válido de onde se inferem logicamente verdades. Também ressalta as críticas ao essencialismo normativo e a redescoberta da origem tópico-argumentativa do Direito e o estabelecimento do paradigma da filosofia da linguagem em substituição à filosofia da consciência iluminista. MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter Complexo da Decisão em Matéria Constitucional: Discursos sobre a Verdade, Radicalização Hermenêutica e Fundação Ética na Práxis Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 129-131.

(...) quando reconhecemos que o direito legalmente positivado fica sempre aquém do domínio histórico-socialmente problemático (na extensão e na índole concreta dos problemas) a que se terá de responder jurídico-normativamente – i. é, quando reconhecemos, e a própria dinâmica social o torna evidente, que o sistema jurídico só pode ser normativo-funcionalmente adequado a essa sua problemática social afirmando-se como um sistema aberto, que nenhuma legalidade pode fechar (posto fosse essa a pretensão do legalismo sistematicamente axiomático), e concluímos assim pela necessidade, para além mesmo da integração de lacunas no seu sentido tradicional, do autônomo desenvolvimento do direito através de sua própria realização (através de sua jurisprudencial realização)¹⁴⁰.

Por essa razão, à medida que progredimos nas leituras translegais e transpositivas da ordem jurídica, mais se manifesta seu conteúdo intencional, uma “consciência jurídica geral” de seus valores primordiais e objetivos, que se é uma suposição, simultaneamente vai se construindo na história de sua realização social. É nesse sentido último que se cobra do sistema jurídico e do Direito outro limite normativo, que é o limite da validade¹⁴¹. A partir dessa finalidade é possível e lícito controlar o conteúdo normativo de normas prescritas.

O papel protagonista da jurisdição que deflui desse contexto com certeza ressalta o poder judicativo ante ao poder parlamentar, o que naturalmente se vê acontecer nas sociedades contemporâneas. O juiz é chamado a decidir não apenas sobre a validade formal da lei, mas sobre sua validade intencional, seu sentido concreto. O fato é que o juiz está cada vez mais vinculado a dar decisões finais em aspectos mais alargados da questão da validade de comportamentos e de interesses sociais. A função criativa da jurisprudência é que é chamada a acompanhar a dinâmica necessária desses comportamentos e interesses.

O sentido da jurisdição para o qual nos convida Castanheira Neves certamente envolve a compreensão da transformação do sentido das leis em um contexto de programação político-social cada vez mais intensa nas sociedades de massa. Hoje se governa com leis, por dentro de um enorme esquema partidário-político, a partir de um jogo de poderes que instrumentaliza e particulariza as normas em grandes projetos sociais. Assim, o problema do Direito e de sua autonomia deve passar pela possibilidade institucional de sua afirmação.

O que está em jogo é a universalidade de certos valores e princípios nesse ambiente de seletividade estratégica. A afirmação do Direito deve se dar em confronto

¹⁴⁰ NEVES, A. CASTANHEIRA. *Digesta*, p. 167.

¹⁴¹ NEVES, A. CASTANHEIRA. *Digesta*, p. 169

com o político, a partir da afirmação de sua universalidade axiológico-normativa, a sua validade moral perante o império unidimensional, senão totalitário, do político. Somente uma instituição chamada a exercer esse papel específico pode fazer frente a essa politização total, que é também total despolitização da sociedade. Nas palavras do autor:

Essa instância não poderá ser hoje, pelo que já se disse, o poder legislativo com a sua legislação, dado o seu directo compromisso político – impõe-se hoje uma distinção, pelo menos uma tensão, entre a lei e o direito, já porque a lei não é só em si o direito, já porque pode manifestar-se em contradição com ele. Terá de ser essa instância o poder judicial, a jurisdição: a índole política (comprometidamente política) da função legislativa há de ter o seu contrapólo na índole jurídica (autonomamente jurídica) da função jurisdicional.¹⁴²

A questão, dessa forma, não se resume à clássica tensão entre os poderes, mas a do sentido último da jurisdição, que é o de afirmar o direito ao poder como condição do Estado, o Estado Democrático de Direito. A alternativa seria tornar o judiciário *longa manus* do político, funcionalizando seus aparatos técnicos e decisórios e tornando juízes em operadores estratégicos em escala global, como foi o risco trazido por versões sociais, econômicas e políticas do funcionalismo jurídico.

De todo modo, o fato é que para o jurista português, a pergunta pelo sentido envolve a determinação do homem como ser histórico, em sua comunidade, a vida que quer e a responsabilidade que assume pelas escolhas políticas. Não faz sentido compreender a finalidade do Direito como algo que apreende o homem num esquema dado de eficiência, de resultados estipulados, ou dentro de um esquema de referências políticas. O homem deve escolher o sentido que quer dar a sua prática. O homem deve construir o seu mundo com autonomia, integridade e responsabilidade.

A aposta do jurisprudencialismo é a busca dessa alternativa que nega os extremos de uma autonomia formal da lei, mas sem o absoluto instrumentalismo do funcionalismo, realizando a autonomia material do direito dentro de um esquema de validade que coloca o homem-pessoa no centro da equação¹⁴³.

Nesse mesmo particular, encontra-se a proposta de João Maurício Adeodato, que busca encontrar o conceito de jurisdição constitucional em um meio termo entre o arbítrio absoluto do juiz, em que o texto da norma jurídica quase nada significa e a

¹⁴² NEVES, A. CASTANHEIRA. *Digesta*, p. 172/173.

¹⁴³ NEVES, A. CASTANHEIRA. *Digesta*, p.189

crença fetichista no poder regulador da norma¹⁴⁴. O raciocínio jurídico apropriado a esse conceito, então, estaria na mediação necessária entre perspectiva subsuntiva (exegética, que resume a questão da validade a um problema de lógica dedutiva) e a casuística (que nega à norma qualquer garantia de validade, justiça ou correção, reduzindo a decisão apenas a aspectos políticos particulares de cada caso)¹⁴⁵.

Da mesma forma, para Castanheira Neves¹⁴⁶, o Direito não é uma necessidade ontológica dada, metafísica, mas uma resposta humana, histórica, contingenciada, a problemas humanos de convivência e que se constrói na vida; não é objeto de descoberta da razão teórica pura, mas objeto de transformação da razão prática. Mas também não é apenas *voluntas*, uma contingência absoluta, ou mesmo a consequência particular de compromissos político-sociais. A prática jurídica possui uma especificidade histórica e cultural inegável e sua vocação à validade estipula um acordo de fundo sobre princípios fundamentais que constroem o próprio *ethos* referencial dos discursos em um dado tempo e lugar. E esse acordo básico sempre revela naquele lugar e tempo o sentido do Direito.

Essa consequência dialética, afinal, coloca a norma jurídica também como consequência e expressão desse acordo de base, a cultura jurídica geral, os princípios fundantes e referência de validade. A norma só é aplicável, então, quando revela esse acordo de validade na composição da solução do caso, entre sua previsão abstrata da lei e as exigências normativas do caso concreto¹⁴⁷. Assim, o meio de aplicação da norma dependerá de uma ponderação concreta, que só pode ser medida pelo ator jurídico responsável, o juiz. A conclusão de Castanheira Neves, por isso, é a de que o “paradigma da jurisdição próprio do jurisprudencialismo” é, portanto, o juízo, a decisão prático-argumentativa¹⁴⁸.

Ronald Dworkin, como adiantamos acima, chega a conclusões parecidas acerca da função do judiciário em face da supremacia do legislador nos casos difíceis,

¹⁴⁴ ADEODATO, João Maurício. **A retórica Constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 139.

¹⁴⁵ ADEODATO, João Maurício. **A retórica Constitucional**, p. 143.

¹⁴⁶ NEVES, A. CASTANHEIRA. **Digesta**, p. 191.

¹⁴⁷ Nesse sentido, vale a lição de Menelick e Scotti, para quem a instituição de um ordenamento jurídico baseado em normas gerais e abstratas nunca chega a resolver o problema do Direito moderno, como pensaram os iluministas, mas, pelo contrário, o inaugura na necessidade de aplicação dessas normas nos casos concretos. CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (in)Certeza do Direito**. 134.

¹⁴⁸ NEVES, A. CASTANHEIRA. **Digesta**, p. 195-196.

notadamente aqueles que envolvem a afirmação contramajoritária de direitos fundamentais, a partir do que se denomina a leitura moral da Constituição.

Para esse autor, a leitura moral a partir de princípios constitucionais abertos é exatamente aquilo que se espera da jurisdição constitucional, o que coloca a questão do valor no centro da discussão jurídica, sem que com isso os agentes institucionalmente encarregados de exercer esse papel fundamental estejam autorizados a impor suas posições pessoais como princípios normativos.

Apesar disso, existe uma grande resistência, principalmente no meio jurídico profissional, a aceitar essa realidade. Uma dissociação que se explicita no conflito entre a prática, onde a leitura moral é indispensável – e é efetivamente praticada – e a teoria constitucional clássica (associada, neste trabalho, ao idealismo e ao juspositivismo), que coloca a escolha moral como prerrogativa de uma vontade soberana inaugural e que não pode ser suplantada ou inovada por uma elite profissional de juízes não eleitos. Há uma grande confusão, portanto, sobre o que é criar a lei e o que é interpretá-la, a tomar aquilo que muitas vezes é o papel primordial do juiz como por mero ativismo.

O fundamento dessa cisão entre prática e teoria, e esse é o ponto principal, está na percepção historicamente problemática de que existe uma conexão necessária entre democracia e vontade da maioria, o que colocaria qualquer possibilidade institucional de limitação dessa vontade como um risco antidemocrático. A premissa majoritária, nesse sentido, não necessariamente nega que certos indivíduos devam ter direitos protegidos, mas certamente acredita que a definição desses direitos e a forma de sua proteção devem ser submetidas à regulação majoritária¹⁴⁹. Para essa perspectiva, ainda que faça sentido limitar institucionalmente, em alguns casos, o arbítrio da maioria, certa injustiça sempre permaneceria quando isso ocorresse, pois a vontade do povo soberano, de alguma forma, estaria sendo violada.

Para o jurista americano, a ideia que substitui a premissa majoritária é a concepção constitucional de democracia¹⁵⁰, que atribui às instituições políticas a defesa comunitária de direitos, tomando os indivíduos por igual respeito e consideração, sendo certo que a existência de poderes oficiais, diferentes daqueles de representação majoritária, que sejam capazes de trabalhar na defesa de direitos contramajoritários, está inteiramente de acordo com a essência da Democracia.

¹⁴⁹ DWORKIN. Ronald. **Freedom's Law**, p. 16

¹⁵⁰ DWORKIN. Ronald. **Freedom's Law**, p. 19.

Na base da tensão entre aquela concepção de Democracia, que aposta na premissa majoritária e a concepção constitucional de Democracia, está a distinção entre as noções de coletividade estatística (em que a ação coletiva é atribuída a um grupo de pessoas e agentes identificáveis) e comunitária (em que há uma tomada de responsabilidade coletiva pelos pressupostos e consequências da ação efetivamente tomada, independentemente da vinculação subjetiva dos agentes).

Dworkin sugere que a premissa majoritária busca se apoiar nessa segunda concepção, pois, segundo o argumento comum, o que se perde na limitação dos poderes do povo de enunciar certos atos normativos é a igualdade e a liberdade em seu sentido positivo¹⁵¹, consubstanciados no poder da comunidade política de se autodeterminar¹⁵². O seu argumento, no entanto, é o de que a premissa majoritária pressupõe, sim, essa concepção comunitária, mas o faz traindo-a.

Isso porque a obscura e difícil questão do governo comunitário aparece quando somos chamados a tomar responsabilidade e aceitar certos resultados de uma ação coletiva mesmo quando os achamos injustos e perniciosos. Somente uma adesão moral incondicional a essa comunidade pode justificar tal compromisso.

A mera participação numérica de um grupo de indivíduos no processo político não os coloca dentro de certa comunidade, assim como aconteceu com os judeus no nacional-socialismo. Embora tenham participado das eleições, essas pessoas não poderiam nunca ter seu senso de liberdade e de autodeterminação vinculados àquela coletividade que decidiu por exterminá-los¹⁵³.

Assim, a conclusão é a de que nenhum sacrifício à liberdade coletiva é feito quando a questão majoritária cede na garantia de direitos a grupos excluídos em uma comunidade, pelo contrário, se fortalece. Caso contrário, a premissa majoritária estaria escravizada pela função estatística, em que grupos de influência determinariam consequências políticas independentemente das composições diversas de membros em uma comunidade. Somente a mitigação da premissa majoritária é capaz de vincular moralmente os indivíduos a um projeto político, surgindo, aí sim, a liberdade positiva moderna.

¹⁵¹ A noção apela, como apontado pelo próprio Dworkin, para aquela liberdade descrita por Benjamin Constant como “típica dos antigos”. CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos**, p. 1-7.

¹⁵² DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**, p. 21.

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**, p. 23.

Para que o indivíduo aceite o compromisso moral da decisão coletiva que o vincula e o torna responsável inclusive por ações de que discorda, é necessário que o público não interfira sensivelmente em seu aspecto existencial, nas condições de sua identificação como indivíduo participante daquela comunidade, de sua diferença, pois que se não, sua participação, ainda que efetiva, não deixaria de ser mais uma forma de domínio. A partir de Rosenfeld, por exemplo, podemos dizer, no mesmo sentido, que a ninguém é dado definir soberanamente o sujeito constitucional em um Estado Democrático de Direito, fechando os espaços de reconhecimento político-institucional de novas identidades, pois é somente da tensão dinâmica entre a singularidade e o pluralismo que surge o nosso senso de pertencimento a uma comunidade.¹⁵⁴

Chantal Mouffe¹⁵⁵ aponta que o maior problema de vários argumentos comunitários é o fato de aceitarem, muitas vezes, uma visão pré-moderna de bem comum, única e universal, o que é contrário ao pluralismo, um dos pilares da democracia moderna. Uma sociedade verdadeiramente livre não pode sacrificar a liberdade individual por essa visão substancial do que seria melhor para todos.

Em sentido próximo, Habermas¹⁵⁶ indica que a constituição de uma sociedade por meio de normas jurídicas pressupõe mais do que a estipulação do que será bom para todos, mas também a decisão coletiva sobre as instâncias de criação e interpretação do Direito, a divisão de papéis e a especialização. Assim, no entendimento tanto dos destinatários como também dos autores do Direito fica revelada a relação de complementaridade entre as liberdades individuais e os direitos políticos, a revelar a interdependência entre democracia e Estado de Direito¹⁵⁷.

¹⁵⁴ ROSENFELD, Michel. **The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, citizenship, culture and community**. New York: Routledge, 2010, p. 22. Ebook.

¹⁵⁵ MOUFFE, Chantal. **Liberalismo, Pluralismo y Ciudadanía Democrática**. Instituto Federal Electoral. Serie Ensayos num. 2, 1997, p. 15. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=488>. Acesso em 31/1/2011. Existem problemas metodológicos em citar essa autora na presente discussão, uma vez que seu texto diretamente descarta a perspectiva Dworkiana, por padecer, em seu entendimento, de um universalismo insustentável. De todo modo, parece existir entre os dois ao menos um ponto de confluência na afirmação de que a cidadania pluralista deve pressupor algum grau de acordo em princípios básicos de reconhecimento e igualdade entre os membros de uma comunidade política.

¹⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 171-173.

¹⁵⁷ Importante ressaltar, aqui, a terceira via proposta por Habermas entre o republicanismo e o liberalismo naquilo que se chamou de política como procedimento. A proposta tenta fugir da despolitização proposta pelos liberais, para os quais a política se resolve na consolidação da constituição, que fixa as garantias individuais e as formas de participação política, mas também se afasta da hiperpolitização do republicanismo, em que a vida social se confunde com a participação política. A teoria do discurso transforma a política em um processo de criação e institucionalização dos meios para que as futuras discussões políticas possam continuar existindo. A constituição, dessa forma, fixa as condições de

Esse compromisso requer, então, alguma forma institucional de defesa das minorias, algum palco discursivo em que a luta por efetivação de direitos fundamentais esteja garantida. Esse ambiente certamente não será encontrado no sistema majoritário de formulação legislativa, que envolve uma série de compromissos de ordem prática que subordinam princípios aos interesses. Já na decisão de caráter constitucional, por outro lado, é o princípio que se sobrepõe pela discussão da moralidade pública¹⁵⁸.

Dworkin não defende a leitura moral como uma visão específica de como devem funcionar as instituições democráticas. Esse desenho institucional é variável e diferentes opções políticas implicam diversas formas de controle constitucional e dos ambientes institucionais de discussão. De uma forma geral, no entanto, a leitura moral é uma forma de interpretação de certas cláusulas constitucionais. Assim, se são os juízes aqueles capazes de fazer essa leitura moral, pela defesa contramajoritária de direitos fundamentais, então se deve preferir esse lugar institucional àqueles em que esse importante fundamento democrático sucumbiria ao argumento majoritário.

Esse papel certamente passa por uma nova compreensão do sentido do Direito e de sua busca por autonomia como uma prática discursiva historicamente identificada, contingente e precária, mas que não deixa, por isso, de possuir referências concretas (presunção de validade das decisões) em acordos de fundo em uma comunidade pautada pelo reconhecimento de igual respeito e consideração entre seus membros, independente de suas diferenças existenciais.

O conteúdo real dessa igualdade e dos direitos que ela implica em determinada sociedade é que pode mudar no tempo, de acordo com as contingências de cada caso. O que não se altera é o fato de que a função do Direito e, por consequência, do agente encarregado de efetivá-lo é, invariavelmente, a de encontrar seu conteúdo naquele tempo e naquele caso, sem delegar a função aos caprichos majoritários e aos interesses típicos do jogo político, que podem jogar indefinidamente ao abandono grupos de pessoas apenas numericamente inseridas na sociedade, mas sem qualquer resquício de vinculação comunitária àquele projeto político.

comunicação do procedimento democrático. HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política**. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 288-289.

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**, p. 31.

2.2.3 O FECHAMENTO CONDICIONAL. A CONSTITUIÇÃO E O PROCESSO DE APRENDIZAGEM.

Esperamos ter fixado até aqui algumas consequências políticas e jurídicas da relação entre pertencimento e alteridade como a condição ontologicamente verificável da vocação humana à formação de seu próprio mundo. Nesse sentido, buscamos uma interpretação dessa relação que coloque o Direito a serviço de um princípio geral de inclusão. Pelo que especulamos até agora, essa é uma demanda recorrente dos filósofos do direito contemporâneos, na medida em que buscam uma solução institucionalmente possível para a distonia encontrada entre as promessas mais consolidadas do humanismo moderno e os graves problemas de exclusão apresentados pelas sociedades de massa, hipercomplexas e multifacetadas.

A discussão apresentada no tópico anterior parece sugerir que a exigência de legitimidade dos atos políticos, governamentais e judiciais tende a colocar uma forte tensão nas perspectivas doutrinárias que se recusam a discutir a relação interna entre moralidade política e Direito e que negam a possibilidade do Direito se tornar uma ferramenta de transformação social. Nesse sentido, tentou-se demonstrar que as demandas sociais pela reinterpretação de direitos historicamente monopolizados por grupos de interesse colocaram a decisão judicial, o momento em que o potencial de sentido dos sistemas de normas é confrontado com a realidade concreta, no centro do debate público.

A ascensão do jurisprudencialismo chama a atenção para o problema da jurisdição constitucional a partir da perspectiva contramajoritária, a delimitar o ambiente institucional mais adequado, nos Estados Democráticos de Direito, à adjudicação de direitos aos grupos sociais, pessoas e etnias que, muito embora numericamente integrados à comunidade, não são capazes de efetivar os seus interesses, valores e perspectivas de uma vida autêntica se não pelo apelo ao convencimento, baseado na ideia de integridade do sistema jurídico diante dos princípios fundamentais do pacto político.

Há um risco, no entanto, de que essa descrição das coisas passe a ideia de que aqui se defenda um Direito hiperinclusivo, como se todas as demandas por ressignificação de direitos e por incorporação de formas de vida tenha um caminho

natural de efetivação nas instituições Democráticas. Não é assim, no entanto. Como defendemos expressamente no primeiro capítulo, a ontologia política da singular condição humana nunca resolve, no tempo e no espaço, a relação entre alteridade e pertencimento, de modo que os nossos esforços políticos de construção do mundo humano a partir de normas sempre transitarão entre a seleção e a inclusão de formas de vida possíveis em uma comunidade política. Essa ideia foi colocada, então, como uma questão de inteligibilidade do Direito como uma prática social coercitiva.

A defesa que pretendemos avançar desde o início, portanto, é a de que o Direito seja uma prática social orientada à inclusão, mas que permaneça, ainda assim, como uma ferramenta essencial de uma convivência humana possível, ou seja, que continue a ser capaz de banir e de coibir atos particulares e formas de vida incompatíveis com pressupostos básicos de uma existência comunitária e individual livre, igualitária.

Feita essa ressalva, parece-nos que ainda falta especificar a forma de funcionamento institucional que permita avançar o princípio geral de inclusão sem a imposição excessiva do histórico e do contingente sobre o normativo. Nesse ponto, o procedimentalismo de Habermas assume um papel importante.

Isso porque, para construir a ordem jurídica a partir de uma teoria do discurso, Habermas também irá reposicionar a relação entre direito e moral, aceitando, de uma forma geral, que nenhuma instituição política poderá ser legítima se contrariar princípios morais. A vantagem desse autor, no entanto, é nunca perder de vista a importância do aspecto normativo na conformação do jogo político. Em um contexto de legitimação pós-metafísica, direito e moral, de fato, se autocomplementam, tentam responder a finalidades equivalentes, mas referem-se aos problemas da organização da vida social sob ângulos distintos. A obrigatoriedade, naturalmente, dá o tom da diferenciação, pois “o direito não é apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação”.¹⁵⁹

O acordo de base necessário à constituição de uma associação de membros de direito pressupõe certo sistema de direitos fundamentais, que não é dado naturalmente, mas que compõe o horizonte interpretativo daquela comunidade no momento em que institui uma ordem jurídica¹⁶⁰. Os direitos fundamentais que são reconhecidos na Constituição não são realidades transcendentais, mas consequência de interpretações

¹⁵⁹HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, v. 1, p. 141.

¹⁶⁰HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**, p. 165.

sobre os fundamentos desse acordo consolidadas historicamente. Esse aspecto contingente implica o caráter sempre não resolvido do sentido revelado pela Constituição e ilumina o seu aspecto de uma construção em andamento, pela interpretação.

Habermas também concorda que, na formação da decisão judicial, devido ao seu alto grau de racionalidade, expõe-se de maneira mais clara a ligação entre dois tipos de procedimentos essenciais ao Estado de direito, o institucionalizador e o argumentativo. Nesse cruzamento, fica revelado como o Direito pode se abrir, com limites sociais, temporais e objetivos, ao jogo dos argumentos morais, ético-políticos e pragmáticos¹⁶¹.

A tensão entre faticidade e validade no Direito, então, repousa na dupla condição de ser o sistema jurídico uma ordem institucional vinculante e, ao mesmo tempo, legítima e racionalmente justificável. Segurança jurídica e legitimidade são os horizontes que guiam as decisões judiciais, no momento de atualização dos comandos normativos, quando devem defender as bases do sistema, sem, no entanto, fechá-lo para o futuro¹⁶².

Habermas propõe um procedimentalismo institucional, pela teoria do discurso, capaz de unir o compromisso intersubjetivo de parceiros numa comunidade com o aspecto negocial e interessado da luta por vantagens e por direitos. Sem a fundamentação metafísica ou a imposição pelo terror, o poder coercitivo do Direito, na medida em que garante liberdades subjetivas, só pode subsistir a partir do reconhecimento de que as regras foram partilhadas por todos e conjuntamente criadas. O direito moderno precisa de algo além da noção de liberdade individual, e depende da conformação da ideia de autonomia política¹⁶³. Esse delicado arranjo, no entanto, não pode subsistir se as normas não pudessem ser interpretadas como potencialmente pertencente a todos, ainda que tenham sido seletivamente elaboradas no âmbito legislativo e aí a questão jurisprudencial tem inegável relevo.

O ponto, aqui, é que o Direito, na modernidade, assumiu o papel de funcionar como tradutor das diversas demandas providas de outros sistemas sociais, na medida em que precisam integrar-se à sociedade essencialmente regida por normas. O resultado é que a efervescência das sociedades hipercomplexas acaba se consolidando em batalhas não só pela criação, mas também pela interpretação de direitos, a revelar

¹⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**, p.222.

¹⁶² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**, p.245-246.

¹⁶³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**, p. 54.

substancialmente o papel de fechamento e de abertura do sistema por meios argumentativos.

Como ponto essencial da defesa da autonomia do discurso jurídico, Habermas quer aperfeiçoar essa função do direito como mediador entre o mundo da vida e os sistemas especializados, como os regulados pelo dinheiro e pelo poder. Por intermédio do direito, o mundo da vida, esse médium de comunicação geral, pode entrar em esferas especiais em que seus signos possuem pouca ressonância. É pelo direito que mensagens normativas podem chegar a todos os recantos da complexidade social¹⁶⁴ e assumir o seu potencial normativo na construção de vida humana.

Muito embora Habermas tenha ressalvas à teoria dos sistemas de Luhman¹⁶⁵, por entender que essa perspectiva esvazia a real vocação do Direito ao colocá-lo como apenas um sistema social dentre os demais, entendemos que proposta do luhmaniano Marcelo Neves chega a resultados semelhantes nesse ponto.

Para Neves¹⁶⁶, existe uma lógica estrutural dos Estados Constitucionais¹⁶⁷ que não se reduz à semântica e que pode ser resumida da seguinte forma. Na medida em que Constituição fecha o sistema jurídico, no nível operativo constitucional/inconstitucional e a ideia de povo fecha o sistema político, temos que a esfera pública (a arena do dissenso estrutural) abre os dois sistemas, como heterolegitimação. Ou seja, a concepção de esfera pública implica uma área de tensão entre direito e política, acoplados estruturalmente pela Constituição, com os demais sistemas funcionais e o mundo da vida. Os sistemas político e jurídico exercem papel seletivo dos dissensos provocados pela esfera pública, mas sua legitimação, ao mesmo tempo, depende de estar aberto a ela, permitindo a inclusão e a ressignificação de valores, interesses e discursos.

A reabertura do sistema normativo é o momento fulgurante da interpretação constitucional, mas não é exaustivo, evidentemente. Ela opera como sensibilização das

¹⁶⁴ HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**, p. 82.

¹⁶⁵ HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**, p.71-75.

¹⁶⁶ NEVES, Marcelo. **A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento**. BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto. MELO, Claudinei de. *Direito Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.663-672.

¹⁶⁷ É importante frisar que, para Neves, pouquíssimos Estados Constitucionais foram capazes, em nossa história recente, de operar a diferenciação entre Direito e Política na forma descrita em sua teoria dos sistemas. Essa vocação constitucional para um processo institucional inclusivo, que aqui defendemos como ideal normativo, é uma aquisição evolutiva que ainda demanda muitos esforços para a sua consolidação. As ideias desse autor serão mais bem discutidas no próximo capítulo, quando tratarmos da questão da inclusão e do reconhecimento.

hierarquias institucionais às demandas sociais e ao futuro e, por isso, confere legitimidade ao jogo político entre cidadãos livres e iguais. O fechamento pela normatividade, por outro lado, é essencial à inteligibilidade do sistema, pois é aquilo que dá sentido, por fim, à ideia de inclusão (um sentido eminentemente político). Ou seja, é somente quando o potencial coercitivo do Direito é efetivo e legitimado que as instâncias de abertura podem ser concebidas como integrações de propostas de vidas autênticas para a convivência comunitária, a partir do princípio geral de inclusão.

A questão final, então, é saber quando as instituições democráticas devem se fechar para as relações de pertencimento (reforçando a premissa ontológica da alteridade ao mundo externo) e quando é legítima a abertura para incorporações de novas perspectivas normativas, interesses e formas de vida. Colocando em termos da relação entre jurisdição constitucional e o sistema legislativo, como é possível decidir entre a manutenção dos padrões seletivos fixados pela vontade política majoritária e quando é o caso de flexibilizá-los e aumentar, assim, a noção de pertencimento político dos membros livres e iguais da sociedade?

Habermas, nesse particular, trabalha a distinção essencial entre valor (teleológico, ligado a grupos e preferências específicas, formas concretas de vida) e norma (obrigatoriedade, coerência sistêmica, universalidade e intersubjetividade) para estabelecer que somente na interpretação dos direitos fundamentais como valores concretos é que a jurisdição constitucional entrará em concorrência com o poder legislativo. Isso quer dizer que “ao deixar-se conduzir pela ideia de realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária”¹⁶⁸.

O autor alemão, como dissemos, irá aceitar a ideia de que a jurisdição constitucional assume o papel de defesa procedimental das garantias fundamentais da Constituição, facultando igual acesso, pela via integrativa, aos grupos excluídos do processo democrático. Assim, o procedimentalismo veicula direitos substanciais de participação política, pelo princípio democrático. Eis o caráter contramajoritário da decisão constitucional.

O limite desse processo está nos exageros do republicanismo, que tende a voltar à concepção aristotélica da virtude e conduz a um excepcionalismo da política, que separa o cidadão virtuoso do cidadão fechado em suas vontades privadas. No âmbito

¹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**, p.320.

jurisdicional, tal pensamento leva ao entendimento de que a Corte Constitucional age onde a política normalmente falha, suprimindo, paternalisticamente, a falta em observar os padrões éticos concretos da comunidade¹⁶⁹.

O procedimentalismo não quer se comprometer com essa concepção ética da autonomia do cidadão, mas apenas garantir, pela teoria do discurso, que as condições deliberativas para a formação do melhor argumento sejam preservadas. Ele busca um conceito jurídico de cidadania, o que não confunde com a identificação de como é bom cidadão. Habermas nota que essa identificação não esclarece bem as exigências da justiça, que deve pressupor uma igualdade simétrica de acessos, mais do que a validade geral dos valores morais ou da forma concreta de vida de uma comunidade ética. O debate jurídico deve levar em consideração a constelação de interesses particulares e de modos concorrentes de vida, dando uma resposta satisfatória não apenas às questões morais, mas às pragmáticas e empíricas apresentadas¹⁷⁰.

Os limites dessa inflação valorativa no discurso jurídico compõem a temática do caso *Lawrence x Texas*, julgado pela suprema corte americana em 2003, por exemplo. O caso tratava da invasão de uma propriedade privada por agentes policiais para coibir o ato sexual entre dois adultos do sexo masculino. A ação policial estava embasada em um estatuto do Texas que criminalizava a sodomia. Ao suprimir o precedente que regulava a matéria (*Bowers v. Hardwick*¹⁷¹), a opinião majoritária afirmou que a obrigação daquela corte era definir a liberdade de todos e não sedimentar o seu próprio código moral.¹⁷² Como ficou sedimentado, independentemente do reconhecimento público da prática homoafetiva, haveria proteção constitucional à intimidade das pessoas para levarem a vida que bem entendessem na reclusão de suas casas.

O voto discordante do *Justice Scalia*, no entanto, ataca os fundamentos da opinião vencedora e assevera que incontáveis decisões e atos legislativos anteriores estavam fundados na proposição ancestral de que a crença de uma maioria governante sobre a imoralidade de certas condutas sexuais constitui uma base legítima para regulamentação. Outro ponto é o de que a 14ª emenda assevera que nenhum cidadão terá a sua liberdade comprometida, *sem o devido processo legal*. Uma limitação maior

¹⁶⁹ HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**, p.344.

¹⁷⁰ HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**, p.350-351.

¹⁷¹ Nesse julgamento, a Corte, por maioria (5-4) entendeu pela constitucionalidade da aplicação aos homossexuais de uma lei da Geórgia que criminalizava o sexo oral e anal, consensual, entre adultos.

¹⁷² “this Court’s obligation is to define the liberty of all, not to mandate its own moral code.”

dessa proibição condicional somente seria possível quando se tratasse de um direito fundamental, sendo que a Corte não teve a ousadia de afirmar que a sodomia era, de fato, um direito fundamental.

A crítica de Scalia à postura claudicante da Corte nesse julgamento é consistente. O que estava em jogo ali, muito mais do que uma questão de simples garantias de liberdades negativas, era justamente a legitimidade da maioria dominante para regular seletivamente condutas sexuais que julga degradantes. Nesse ponto, a opinião majoritária acerta ao posicionar o papel da Corte Constitucional na garantia da liberdade e da autodeterminação de cidadãos livres e iguais de uma comunidade, independentemente de agendas éticas específicas. O valor de moralidade política defendido, nesse caso, é gritante; é a própria dignidade humana. O seu erro é não assumir todas as consequências dessa premissa.

Se a maioria pode criminalizar condutas privadas que não tem nenhum impacto significativo na vida dos outros, mas que são, por outro lado, fundamentais para a autodeterminação das pessoas que o praticam, então a organização política nada mais é do que um projeto ético específico que não se interessa pelos preceitos fundamentais de liberdade e de igualdade que formalmente parece advogar. Basicamente, é uma comunidade que se define por seus aspectos de moral privada e não de moralidade política.

Quando o Judiciário, por sua vez, em uma decisão no âmbito da jurisdição constitucional, decide que é legítimo esse controle majoritário, o discurso jurídico perde completamente a sua autonomia, pois fica refém, no nível mais básico de compreensão, dos sentidos emprestados por aqueles que detém o poder de fato. A opinião de Scalia é correta ao denunciar certa pusilanimidade de seus opositores, mas falha profundamente ao não identificar a obrigação contramajoritária de seu ofício. O direito de dois cidadãos do mesmo sexo, como membros livres de um Estado Democrático de Direito, de gozarem de sua intimidade nas mesmas condições¹⁷³ em que outros cidadãos conduzem a sua vida sexual é, definitivamente, um direito fundamental, sendo imune a qualquer ação coercitiva do poder estatal.

¹⁷³ Não procede a ginástica interpretativa de Scalia para tentar assimilar o caso em debate com regulações contra a pedofilia ou o bestialismo. A questão é que, obviamente, essas preferências sociais legitimamente tidas por nocivas implicam a violação da integridade física e psíquica de crianças, ou ofendem regras básicas de proteção aos animais, de forma que o uso da sexualidade para esses fins não pode se constituir como um direito, com base no princípio da liberdade, por se tratarem de abusos.

A linha discursiva desse caso divide muito bem o que é o valor para uma decisão judicial e o perigo representado pela confusão entre os princípios de moralidade política, que devem necessariamente ser interpretados e efetivados na decisão constitucional e aspectos concretos da vida boa, que devem ser relegados às escolhas livres do cidadão. A partir do momento que o sistema jurídico se confunde com um conjunto particular de preceitos éticos emanados do mundo da vida, sob a desculpa de que seria uma escolha da maioria governante, a justiça torna-se *longa manus* do político e uma ferramenta do totalitarismo. Esse é o mal do seletivismo, que tentamos combater até aqui.

Por outro lado, como alertado por Habermas, quando a demanda pela adjudicação de direitos perde a sua especificidade dentro dos procedimentos discursivos em uma sociedade regida por regras e o papel normativo do Direito é trocado por concepções hiperexpansivas de uma comunidade ética, o potencial inclusivo do sistema também entra em colapso com os seus pressupostos, tornando a prática jurídica ininteligível, paternalista e idenfensável. É sobre essa corda bamba que balança o jurisprudencialismo, notadamente na consolidação dos direitos fundamentais da comunidade política.

Estabelecidas todas essas bases, estamos prontos para iniciar o estudo do caso concreto anunciado no título deste trabalho.

3. A TUTELA CONSTITUCIONAL DAS FAMÍLIAS A PARTIR DO PRINCÍPIO GERAL DE INCLUSÃO

Este tópico discutirá a aplicação das bases ontológicas da análise jurídica na prática judicial, notadamente no âmbito da jurisdição constitucional. O caso concreto escolhido para esse fim é a recente decisão do STF acerca da tutela constitucional das uniões homoafetivas.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em 5 de maio de 2011, julgou conjuntamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconhecendo a união entre casais do mesmo sexo como entidade familiar. Em unanimidade quanto ao resultado final, acompanharam os julgadores o voto do relator, ministro Ayres Britto, pela procedência dos pedidos formulados nas demandas, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal (CF/88) ao art. 1.723 do Código Civil (CC), impedindo, assim, o uso da disposição normativa infraconstitucional como causa de exclusão dessas uniões do regime constitucional das famílias.

Um olhar mais atento sobre o conteúdo dos principais votos proferidos na sessão de julgamento revela, no entanto, divergência fundamental dos ministros quanto ao papel institucional daquela Corte (os limites institucionais de sua atuação ao julgar o caso concreto), bem como quanto ao sentido da interpretação constitucional na questão da concretização de direitos fundamentais (o que se espera de uma decisão judicial na jurisdição constitucional contemporânea).

Sob essa pretensa uniformidade do resultado final, então, revela-se um antagonismo de fundamentos bastante importante nos votos particulares e que ficou consignado no acórdão, aparentemente sem maiores discussões a respeito das implicações dessas divergências para o sentido do julgado em decisões futuras. As consequências desse desacordo devem vir à luz, até porque os ganhos democráticos obtidos com o julgamento serão mais bem defendidos se calçados em seus alicerces mais sólidos, que inegavelmente estão lá, de forma a afastar aqueles mais quebradiços e mais suscetíveis, portanto, a interpretações interessadas.

Em recente artigo que discute a tensão e a complementaridade entre Constitucionalismo e Democracia e que analisa a função da decisão judicial a partir de uma compreensão do Direito como problema, baseada na incorporação do “outro” como categoria ética e na busca do justo no caso concreto¹⁷⁴, por exemplo, Pablo Frota comenta a decisão proferida na ADI 4.277 com alguma perplexidade, ao asseverar, a partir dos seus marcos teóricos, que a decisão correta do STF era a de assegurar integralmente o direito dos homossexuais, mas lamenta que não se tenha discutido a possibilidade de casamento e a liberdade sexual das pessoas de forma profunda.

Entendemos que a perplexidade de Frota seja o ponto mais sensível desse julgado e tem a ver com as consequências concretas que um julgador possivelmente dará à solução do caso, a partir do sentido do Direito avançado por ele, ainda que o sistema normativo seja o mesmo para todos os intérpretes. Neste trabalho, defendemos a ideia de que as instituições democráticas modernas inauguram um novo sentido do Direito, em que as ferramentas coercitivas do sistema normativo devem se sensibilizar à nossa condição precária no mundo e possibilitar uma orientação das práticas jurídicas em direção à inclusão e à autonomia ética dos membros da comunidade. Associamos a essa proposta uma predominância do princípio geral de inclusão, em substituição ao princípio geral seletivo, que dominou o pensamento jusfilosófico até os tempos recentes.

É claro que a questão do sentido não é um dado do objeto. É uma proposta moral e envolve um projeto de ação do proponente. Por isso, defendemos a autonomia do discurso moral na formação do mundo humano a partir das noções de integridade e de coerência para demonstrar que os fundamentos básicos das organizações políticas modernas (liberdade, igualdade e Democracia) não comportam (como condição de inteligibilidade) um sentido eminentemente seletivo do Direito e que a insistência no uso exclusivista dos direitos e princípios fundamentais gera distorções potencialmente totalitárias no sistema.

A vantagem da ADI 4.277 está justamente em colocar em confronto esses dois polos interpretativos, aquele que se foca na seleção das formas de vida que definem a comunidade política e os seus padrões civilizatórios de conduta e aquele que se

¹⁷⁴ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Direito como Problema, Constitucionalismo, Democracia e Efetivação dos Direitos Fundamentais**, p. 13. Artigo gentilmente cedido pelo autor para integrar o presente trabalho.

concentra nas relações de pertencimento para organizar uma comunidade mais diversa e autêntica possível.

No caso *Lawrence v. Texas*, como vimos há pouco, o *justice* Scalia corretamente identifica esse ponto central dos casos de jurisdição constitucional que versam sobre as consequências normativas das preferências sexuais. A questão sensível é se a maioria tem ou não legitimidade para arbitrar seleções de formas de vida que limitem direitos dos participantes da comunidade nessa seara. Nossa conclusão, embora breve, foi a de que não existe essa prerrogativa (contando, é claro, que essas preferências não possam ser qualificadas como meros abusos), contrariamente ao que defendeu Scalia.

No precedente que iremos analisar a partir de agora, a questão de fundo é basicamente a mesma, mas há um agravante. A peça inicial da procuradoria geral da República, logo no início de seus argumentos, já delimita o problema ao propor que as maiorias legislativas não podem limitar direitos de minorias estigmatizadas unicamente com base em preconceitos. Ou seja, a vida sexual dos cidadãos livres e iguais não está à disposição do poder majoritário para regulamentar como entender melhor. Essa é uma hipótese elementar de integridade do nosso sistema constitucional.

A questão se agrava, no entanto, quando entendemos melhor o pedido, que se funda na interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do CC. O problema é que essa disposição normativa é apenas um rearranjo dos termos constantes do art. 226, §3º da CF/88 e compartilha com ele o mesmo núcleo descritivo: “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher.” A interpretação conforme, então, pedia uma leitura de integridade do sistema constitucional que necessariamente deveria considerar o texto limitante do art. 226, §3º, por se tratar de uma disposição da própria Constituição.

Essa situação implica não só a necessidade de discussão acerca do papel contramajoritário no reconhecimento da tutela constitucional requerida, como, principalmente, dos efeitos desse reconhecimento. A união familiar de casais do mesmo sexo é uma união estável? É possível a sua conversão ao casamento? Foi justamente nessas questões escorregadias em que patinaram alguns votos e é partir delas que a divergência de fundamentos acima mencionada assume o seu papel mais instrutivo, como se demonstrará em seguida.

3.1 O VOTO CONDUTOR E A ABERTURA INCONDICIONAL.

O voto do relator, ministro Ayres Britto, proferido em 4 de maio de 2011, deu o tom geral do julgamento. Em seus termos, teve a vantagem de conferir o mais amplo acolhimento aos pedidos formulados pelos autores, utilizando-se de vários artifícios alegóricos, por vezes poéticos mesmo, e que, justamente por seu teor menos dogmático, abriram possibilidades quase incalculáveis de reconhecimento ao direito homoafetivo e talvez de outros direitos não problematizados no caso concreto.

Diz-se que essa seja uma vantagem não necessariamente pelo acerto da decisão, mas principalmente pelo fato de que seu caráter aberto serviu para que outros ministros, notadamente, Ricardo Lewandovski e Gilmar Mendes, se vissem no dever de mitigar os possíveis efeitos de um voto assim formulado, colocando o papel institucional daquela Corte no centro da discussão travada, o que aprofundou o debate em um ponto vital para este trabalho.

Em resumo, o ministro Ayres Britto, deriva o seu voto das três incidências do vocábulo “sexo” no texto constitucional que, segundo argumento, tem o sentido interpretativo de diferenciação “anatômico-fisiológica” entre indivíduos (CF/88, art. 3º, IV, art. 5º, XLVIII e 7º, XXX), e que essa diferenciação simplesmente orgânica não pode servir como plataforma de distanciamento jurídico entre pessoas em um ambiente normativo que ele chama de “Constitucionalismo fraternal”.

Com isso, ele usa o conceito kelseniano de norma geral negativa para dizer que a Constituição brasileira, ao tratar do sexo pela questão puramente orgânica, intencionalmente deixou de regulamentar o problema do uso do sexo ou da opção sexual. Essa “omissão”, portanto, implicaria a consequente impossibilidade de interpretação negativa ou limitadora de direitos nessa ambiência. O silêncio se mediria pelo enquadramento do assunto aos limites do instinto humano, que é anterior ao juízo moral e inerente ao indivíduo, sendo essencial à formação de sua personalidade, a merecer especial proteção constitucional.

Assim a proteção da dignidade do indivíduo pela impossibilidade do preconceito sexual abarca, também, o uso que ele faz de sua sexualidade. Faz parte da busca pela

identidade e pela autodeterminação. Tratar-se-ia, então, de uma liberdade fundamental protegida como cláusula pétrea, pela identificação com conteúdo jurídico abrangido pelo art. 60, § 4º, IV da CF/88.

Quanto à questão específica se haveria vedação constitucional expressa à extensão dessa liberdade de orientação sexual (reconhecida em termos de norma geral negativa) à possibilidade de formação e de solidificação dessa liberdade na forma de unidades familiares, tal como protegidas pela Constituição, o ministro começa enfatizando a especial proteção estatal conferida à família em sua acepção histórico-cultural, pouco importando questões biológicas e sem impor condições formais específicas, como limitações cartorárias ou proibições religiosas, por se tratar de estrutura de base em que indivíduos se relacionam uns com os outros no nível mais íntimo para construção de uma vida, de um projeto existencial.

Conforme o seu entendimento, é a esse conceito culturalmente e espiritualmente constitutivo de família que os artigos subsequentes do capítulo VII devem fazer referência e não o contrário. Conceitos como união estável, por exemplo, só possuem densidade quando refletem o conteúdo filosófico e jurídico da família em suas bases constitucionalizadas, ou seja, reveladoras da liberdade, da igualdade e da dignidade das pessoas.

Assim, a entidade familiar descrita pela união estável não é um subconceito da família do *caput* do art. 226 da Constituição Federal, ou um tipo subsidiário ou inferior. Pelo contrário, a entidade constituída pela união estável é a própria família do *caput*, mas que é constituída sem a formalidade do casamento. A norma, então, não estaria a instituir um tipo novo de família, até porque o conceito de família não é técnico-jurídico, mas cultural, como relembra o relator. O conceito jurídico é a união estável, que se distingue do casamento, mas que regulamenta da mesma forma esse outro conceito mais amplo, cultural e histórico que é a família concreta.

Daí não fazer sentido, para o relator, pensar que a inclusão da expressão “homem e mulher” no art. 226, § 3º da Constituição Federal (reproduzida pelo art. 1.723 do Código Civil) possa significar uma vinculação exclusivista dessa forma de regulamentação da entidade familiar a certo tipo concreto de conformação afetiva.

Por fim, assevera que a interpretação do dispositivo legal que veda a união estável homoafetiva seria ilógica ante a proposição de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem. A opção sexual

na formação da entidade familiar é um campo de igualdade total. Reconhece o ministro, dessa maneira, a identidade entre família e entidade familiar e confere aos casais homoafetivos as mesmas proteções concedidas às uniões estáveis entre casais heteroafetivos, em interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil que implica a impossibilidade de distinção na atribuição de direitos pelo uso dado à sexualidade.

A leitura constitucional providenciada pelo ministro encerra perspectivas valorativas mais ou menos compartilhadas entre os demais julgadores. O problema surge justamente na abertura de seus termos. Se nos dermos conta dos desenvolvimentos argumentativos oferecidos nesse voto, não é difícil notar como conclusões jurídicas as mais variadas podem ser reveladas a partir dele.

Parece claro, por exemplo, que a questão do casamento homoafetivo estaria plenamente regulamentada (a união estável se reporta ao *caput* do art. 226 da CF/88, não encerra conteúdo exclusivista acerca do uso da sexualidade e abarca completamente a união homoafetiva). De modo similar, poder-se-ia argumentar que, também, estaria aberta a porta para o reconhecimento poliafetivo ou poliamorístico (reconhecimento da família concreta, como vínculo existencial afetivo e de construção da identidade, independentemente de obstruções cartorárias ou de preconceitos religiosos).

O ponto é que o ministro prepara uma leitura moral da Constituição tão abrangente que os seus termos levam à impossibilidade de qualquer intervenção política seletiva nas consequências normativas da opção familiar, por se tratar, como ele mesmo reconhece, de um espaço puro de igualdade. Tal visão necessariamente implica a não restrição de direitos por meios interpretativos dogmáticos e, por isso, permite a ampla e a irrestrita busca de concretização de direitos pelos jurisdicionados.

A concessão da tutela constitucional imediata aos casais do mesmo sexo é encampada pela maioria, tendo a posição mais consistente em Celso de Mello, que foca a questão do papel institucional da corte constitucional na concretização de direitos fundamentais como baluartes contramajoritários (também expressamente se colocam nessa perspectiva o ministro Marco Aurélio e o ministro Luis Fux). O princípio majoritário não pode legitimar a supressão de direitos fundamentais, sob pena de desqualificação da própria essência do Estado Democrático de Direito e comprometimento do próprio coeficiente de legitimidade democrática do parlamento. Os direitos fundamentais limitam o arbítrio majoritário da soberania popular.

Estamos de acordo com a estrutura central do argumento, que entendemos ser a consequência do princípio geral de inclusão a partir dos fundamentos institucionais do Estado Democrático de Direito. Discordamos, no entanto, da interpretação ultraexpansiva do art. 226, §3º da CF/88 alimentada no voto condutor. Não parece coerente ler esse artigo em harmonia total com os pressupostos da Constituição Fraternal abraçados pelo ministro Ayres Britto, pois o tipo legal em questão é claramente seletivo ao reduzir o seu âmbito de incidência aos casais heterossexuais. Disso decorre que a tutela constitucional das uniões homoafetivas deve ser direcionada diretamente contra essa disposição normativa, derrotando-a, ou paralelamente a ela, salvando, assim, a integridade do argumento.

Não pode o intérprete judicial simplesmente ignorar as orientações de sentido oferecidas pelo poder legislativo, pois isso seria substituir os parâmetros normativos da decisão judicial por preferências morais concretas do julgador, justamente o ponto limite entre a abertura do sistema constitucional e o decisionismo. É certo que a jurisdição constitucional funciona como contrapartida da premissa majoritária, mas isso não pode significar a transformação do que o legislador diz naquilo que gostaríamos que ele tivesse dito. Isso significaria a total desvalorização do discurso jurídico.

A revelação do sentido do Direito na tutela constitucional da união homoafetiva deve levar a sério as opções legislativas, principalmente aquelas colocadas no texto constitucional. Reconhecê-las pelo que são, portanto, é o primeiro passo para a solução correta do problema, como esperamos desenvolver nos próximos tópicos.

3.2 O VOTO DO MINISTRO LEWANDOWSKI E A DIVERGÊNCIA DE FUNDAMENTOS. IDENTIDADE OU EQUIPARAÇÃO DE TIPOS.

O ministro Lewandowski inicia o seu voto observando que todas as Constituições precedentes a de 1988 vinculavam a proteção especial do Estado às famílias ao instituto do casamento, vinculação que não mais se verifica em nosso atual texto constitucional, que identifica expressamente três tipos paradigmáticos de entidade familiar, a constituída pelo casamento, a formada pela união estável e a monoparental.

Relembra o ministro, então, do julgamento do RE 397762/BA, em que se discutiu o que é família pela Constituição brasileira dentro da problemática do concubinato. O então relator, ministro Marco Aurélio, defendeu que a união estável entre homem e mulher só possuiria validade jurídica quando fosse possível a sua conversão em casamento, pois, de outro modo, estaríamos dentro da figura jurídica do concubinato, sendo impossível a confusão de termos jurídicos definidos em suas particularidades normativas.

A memória do precedente serve para o ministro asseverar, de pronto, que não se enquadra a união homoafetiva em nenhum dos tipos familiares expressos no texto constitucional, não se confundindo, em especial, com a união estável, cuja tipicidade abarca exclusivamente a união entre o homem e a mulher, com a possibilidade de conversão em casamento.

Também recorre o ministro ao histórico dos debates parlamentares no âmbito do poder constituinte original para concluir pela posição “insofismável”¹⁷⁵ de que, à época da discussão sobre o texto final do art. 226 da Constituição, limitou-se o conceito às uniões de sexos distintos com o propósito declarado de exclusão dos casais homoafetivos.

Para o ministro há limites objetivos do direito posto à criatividade judicial nesse ponto, embora reconheça que os magistrados não sejam a mera boca da lei. Sua visão da interpretação correta para o caso, de todo modo, é a de que os juízes devem se valer de

¹⁷⁵ STF. ADI 4277. Voto do Ministro Ricardo Lewandowsky, p. 4.

todas as técnicas hermenêuticas possíveis, a fim de se aproximarem cada vez mais da vontade do legislador original.

Lançando-se nessa missão arqueológica, busca o ministro configurar um quarto tipo de entidade familiar, não expresso na Constituição, que abarcaria a união homoafetiva e que se faria possível pela concretização de princípios básicos da igualdade, da dignidade humana e da intimidade. Por essa via argumentativa, reconhece que o conteúdo material e finalístico dessas duas uniões (a afetividade, a publicidade e a estabilidade) seriam idênticos, mas distinguir-se-iam unicamente pela questão do sexo, daí se tratarem de entidades diferenciadas. Nas palavras do Ministro:

A diferença, embora sutil, reside no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que tange ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso.¹⁷⁶

Seria o caso, em seu entendimento, do uso da técnica interpretativa da integração analógica, a partir da concepção de lacuna normativa, em que a questão jurídica merece proteção constitucional, mas não está regulamentada e não pode ser defendida corretamente por interpretação extensiva. Citando Paulo Lôbo, quando esse autor trata das demais entidades familiares não expressamente indicadas no art. 226 da Constituição Federal como “tipos implícitos”¹⁷⁷, o Ministro desenvolve a sugestão de que o STF estaria julgando, naquele caso, a possibilidade de uma união homoafetiva estável e não de união estável homoafetiva, estabelecendo, assim, essa criação tipológica como proposta de fechamento do suposto “vácuo normativo”¹⁷⁸.

Seu voto, por fim, é o de equiparação da união homoafetiva à união estável naquilo em que é comum, ficando afastadas outras prerrogativas típicas das uniões heterossexuais, cuja forma específica de proteção deverá ser objeto de legislação posterior, se for o caso.

Em uma análise geral do voto do ministro Lewandowski, não podemos deixar de notar que seu maior problema é o fato de ser inconsistente com os seus próprios termos.

¹⁷⁶ STF. ADI 4277. Voto do Ministro Ricardo Lewandovski, p.7.

¹⁷⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus, Família e Cidadania. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>. Acesso em 27 de outubro de 2012.

¹⁷⁸ STF. ADI 4277. Voto do Ministro Ricardo Lewandowsky, p. 12.

Isso fica claro, por exemplo, quando ele cita Álvaro Villaça de Azevedo¹⁷⁹, que indica ser vedado ao legislador, ainda que constituinte, estipular como deve ser constituída a família dos cidadãos, escolhendo o que é melhor.

É exatamente essa estipulação que o ministro defende ao criar toda uma tecnologia hermenêutica destinada a conciliar uma posição seletiva que entende “insofismável” do legislador originário com uma leitura abrangente dos princípios constitucionais, que acaba por criar um novo tipo de entidade familiar, ainda não definida em suas prerrogativas reais.

Embora não deixe claro esse posicionamento, é certo que o Ministro aponta para a possibilidade de limitação de direitos substanciais dos parceiros homoafetivos, ao dispor que as consequências concretas daquele quarto tipo de entidade familiar devem ser objeto de apreciação legislativa. Sua posição teve amparo nos votos subsequentes do Ministro Gilmar Mendes, que lamentou a inércia do legislativo no caso, entendendo que a viabilidade do julgamento era excepcional e que o ideal seria o Congresso “encaminhar esse tema”¹⁸⁰, e do Ministro Cezar Pelluso, que fechou o julgamento com uma verdadeira intimação ao Poder Legislativo para “regular essa equiparação”¹⁸¹. Essa posição foi sedimentada no item 5 do acórdão, assim ementado:

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Pelluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata autoaplicabilidade da Constituição.

Essa posição, em boa medida, esvazia o juízo constitucional como possibilidade de abertura ao contrafactual, na perspectiva de proteção dos direitos fundamentais da minoria, além de esvaziar o jurisprudencialismo contemporâneo, no estilo de Castanheira Neves, como alternativa aos extremos de uma autonomia formal da lei e do absoluto instrumentalismo do funcionalismo, que coloniza o judiciário como *longa manus* do político.

¹⁷⁹ STF. ADI 4277. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 10.

¹⁸⁰ STF. ADI 4277. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 3.

¹⁸¹ STF. ADI 4277. Voto do Ministro Cezar Pelluso, p. 4.

Mais importante ainda, o voto do ministro Lewandowski é abertamente contraditório, pois se vale da tese de necessidade de implementação da vontade do legislador original, recordando as discussões parlamentares formativas dos institutos aplicáveis, para dizer que a intenção clara do constituinte era não abrir esse instituto aos casais do mesmo sexo, sendo que, imediatamente depois, passa a arguir que essa união estaria enquadrada pela moldura constitucional, de algum modo.

É óbvio que a intenção do legislador constituinte, no sentido colocado pelo ministro, era a própria exclusão das uniões homoafetivas da tutela constitucional familiar. Toda essa arquitetura normativa fabricada em seu voto, então, acaba por ser um esforço analógico bastante complexo, cujo objetivo é frontalmente oposto ao que ele mesmo inicia, ou seja, revelar a intenção do legislador originário.

Não há, portanto, vácuo normativo deixado pelo legislador, e o próprio ministro identifica a omissão deliberada do poder constituinte originário sobre o tema. Há uma intencionalidade seletiva inequívoca desses parlamentares quanto ao reconhecimento da união estável, formalizada no art. 226, § 3º da Constituição Federal, cuja expressão é a fórmula “homem e mulher”. Seguindo o próprio raciocínio arqueológico do ministro, essa expressão deriva de uma emenda movida pelo receio de que a previsão normativa se estendesse aos homossexuais. Essa ampliação, seja por equiparação, seja por criação de um quarto tipo familiar, era impensável à época.

A alternativa original dada pelo constituinte, quando formatou essa disposição normativa, era a exclusão e não a diferenciação categorial. Ali, não se distinguiu tipos, mas apenas se aperfeiçoou o texto normativo para dar o sentido claro seletivo de que uma união afetiva, para efeitos de reconhecimento como entidade familiar, só pode se constituir entre casais de sexos diferentes. Desenvolver esse ponto para uma conclusão de que esse mesmo legislador teria deixado em aberto a possibilidade de tipificar uniões do mesmo sexo como um “quarto tipo” seria, no mínimo, um excesso argumentativo, ou a nosso ver, contradição, mesmo, do raciocínio.

Os problemas de fundamentação desse voto, e dos que acompanharam a divergência de fundo posta no item 5 do acórdão, devem-se, no fim das contas, a uma postura claudicante sobre a função institucional da Corte naquele julgamento. É um voto preso entre dois mundos, entre uma realidade que ainda fala em revelar o em espírito do legislador originário, que invoca brocardos como *in claris cessat interpretativo* e que trata a Constituição como texto autônomo e atemporal e, outra, que

busca a concretização de direitos pelo uso aberto dos princípios normativos e que intenta revelar o espírito do Direito em cada época e em cada caso em que o julgador é chamado a agir.

No fundo, o Ministro tangenciou, mas não se posicionou sobre a questão do fechamento seletivo operado pelo sistema majoritário e a necessidade de abertura ao contrafactual como legitimação do próprio Estado Constitucional. A importância desse caso estava em justamente colocar o paradoxo seleção/inclusão em sua forma clara, chamando o STF a solucionar, no caso concreto, uma questão limítrofe e, por isso mesmo, essencial à compreensão do sistema jurídico contemporâneo.

A posição que trata o problema como uma questão de lacuna normativa, ou de reconhecimento jurídico subsidiário e condicionado à produção legislativa, é conciliatória em excesso, pois tenta manter o paradoxo idealmente intacto, quando era o caso de realizá-lo na decisão concreta, negando o acesso ao Direito (preferindo a via seletiva) ou abrindo as portas do Direito (pela via inclusiva). Por não se definir claramente nesse ponto, seja por indecisão quanto ao papel institucional exercido, seja por preconceitos de ordem pessoal, ou, ainda, por imposição da esfera pública que patrulhava possibilidades de opinião, o resultado final é inconsistente.

De todo modo, esse voto é muito importante por outro aspecto que gostaríamos de abordar, notadamente quando toca na questão específica dos tipos implícitos levantados por Paulo Lôbo, uma discussão que envolve a existência de um rol taxativo (ou não) de entidades familiares e que revelará, ao ser desenvolvida, questões extensamente debatidas até neste trabalho.

3.3 A DEFINIÇÃO DO PROBLEMA

Gostaríamos, agora, de retomar aspectos das críticas preliminares aos votos principais do julgamento em análise, notadamente com relação à interpretação do art. 226, §3º da CF/88, o que nos permitirá aprofundar as consequências concretas das limitações legislativas no âmbito do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

Nesse sentido, pretendemos deixar mais claro o problema de fundo ao complicar o debate com a seguinte pergunta hipotética. Como ficariam todos os argumentos de regulação constitucional da entidade familiar homoafetiva, baseada no princípio da igualdade e da vedação ao preconceito, abarcada prontamente por todos os ministros que julgaram o caso (inclusive os formadores da divergência de fundo), se, ao final do art. 226 da Constituição Federal houvesse um parágrafo com a redação a seguir: “é vedado o reconhecimento de quaisquer outras uniões afetivas que não as expressamente aqui designadas como entidade familiar?”.

Como dito acima, o constituinte originário pouca ou nenhuma disposição possuía para a abertura da tutela constitucional das famílias aos casais homoafetivos. Menos ainda para outras formas de relacionamento ainda mais heterodoxas e que podem ser objeto de disputa jurídica no futuro. É perfeitamente possível, então, que essa tentativa mais inflexível de fechamento do sistema fosse formulada na elaboração do texto originário.

Fosse esse o caso, toda a fundamentação com base nos princípios estruturais da Constituição e nos direitos fundamentais estaria comprometida? Ao lado desse questionamento, colocamos ainda um segundo problema: existe uma diferença juridicamente relevante (ou seja, considerável por uma decisão judicial) entre a vedação legislativa ao acesso a certos regimes jurídicos formalmente desenhados e a vedação ao acesso aos direitos materiais inerentes a esse regime?

Com isso, pretendemos colocar o problema levantado pelo voto do Ministro Lewandowski nos seguintes termos:

a) não estivesse disponível, por estipulação legislativa expressa, o recurso argumentativo à analogia e à hipótese do rol meramente exemplificativo do art. 226 da Constituição Federal (derrubando, assim, o fundamento de tipos implícitos com base em Paulo Lôbo), cairia por terra a análise principiológica lançada pelo Ministro e, por consequência, deveria ele julgar o pedido inicial da causa improcedente¹⁸², negando aos homossexuais o direito material ao regime jurídico de entidade familiar, seja ele qual for?

b) Sendo possível prosseguir com a análise pelo princípio da igualdade e da vedação à discriminação, determinando-se a necessidade de reconhecimento do direito material dos parceiros homoafetivos à constituição de uma família, deveria esse reconhecimento de cunho principiológico forçar uma equiparação completa com o regime jurídico da união estável? Ou seria ainda possível manter a diferenciação de tipos conforme Paulo Lôbo, respeitando-se a comunicação de sentido dada pelo Poder Legislativo (limitação de união estável ao casal heteroafetivo, vedação de acesso ao casamento), desde que garantida o gozo dos direitos materiais inerentes ao reconhecimento da entidade familiar?

Quanto ao ponto “a”, não nos deteremos muito sobre esse questionamento, pois acreditamos ser possível responder à questão com o próprio marco teórico lançado pelo Ministro Lewandowski, notadamente, o jurista Paulo Lôbo. Já o item “b” será desenvolvido com maior suporte teórico adiante, quando tentaremos colocar a questão do enquadramento típico na diferenciação entre inclusão e reconhecimento, contrapondo a Teoria dos Sistemas defendida por Marcelo Neves com a tese de cunho Hegeliano de Honneth sobre a “luta por reconhecimento”.

¹⁸² Repare-se que, nesse caso, a interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil seria muito mais intrincada, pois as proposições jurídico-administrativas que estariam a vedar, com base nessa disposição normativa, o acesso dos casais homoafetivos aos direitos inerentes à união estável (causa de pedir da demanda), estariam embasadas em uma interpretação diretamente constitucional da norma inferior, de maneira que os ministros teriam de julgar o caso conforme a Constituição e contra a Constituição ao mesmo tempo.

3.4 A RELEITURA DE PAULO LÔBO NA SOLUÇÃO DO ITEM “A” DO PROBLEMA (HIPÓTESE EXCLUDENTE EXPRESSA)

Como se sabe, Paulo Lôbo tem defendido que o reconhecimento da união homoafetiva deriva de uma interpretação analógica dos tipos familiares descritos no art. 226 da Constituição Federal¹⁸³, sem recurso à identidade dos tipos. Sua posição se sustenta no reconhecimento do direito material de constituição da família como pressuposto da formação da personalidade humana, mas sem usurpar o sentido normativo específico colocado pelo legislador na conformação das entidades familiares expressas (união estável, família monoparental e o casamento). Daí o seu enquadramento como tipo implícito, a partir de uma interpretação sistemática das disposições constitucionais.

Da forma como interpretamos essa construção teórica, o fundamento do rol exemplificativo, que tanto apareceu na divergência de fundamentos levantada pelos ministros Lewandowski, Gilmar Mendes e César Pelluso, funciona apenas como complemento argumentativo, sendo o núcleo do raciocínio o fato de que a Constituição Federal de 1988 não permite a caracterização da família em termos estritamente seletivos e patrimoniais, colocando no centro da proteção jurídica o elemento dinâmico do afeto e da dignidade humana.

Sendo esses elementos concretos o próprio fundamento da entidade familiar, preservadas todas as demais disposições constitucionais vigentes, uma eventual inserção normativa, ainda que injetada no próprio texto constitucional, como a avançada no exercício teórico acima, não poderia verticalizar uma exclusão de tal ordem que fosse capaz de criar uma esfera de exclusão contrária aos próprios princípios de direito material que orientam o instituto jurídico em questão, sob pena de se perder a sustentabilidade lógica do sistema.

Gostaríamos de avançar esse ponto com o próprio Paulo Lôbo, pois a intenção é salvar o suporte teórico do voto do Ministro Lewandowski, permitindo-nos chegar com maior segurança à segunda parte do raciocínio, que será tratado nos próximos tópicos.

¹⁸³ Ver a sua posição sedimentada em: LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 68-69.

Nesse particular, devemos admitir, por honestidade intelectual, que o próprio autor escolhido para a tarefa muito provavelmente refutaria o uso que se fará de seu trabalho. Isso porque, no artigo que trata especificamente dos tipos familiares, Paulo Lôbo enfrenta diretamente a possibilidade de reconhecimento da união homoafetiva, já de início afirmando que:

As uniões homossexuais seriam entidades familiares constitucionalmente protegidas? Sim, quando preencherem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. **A norma de inclusão do art. 226 da Constituição apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões.** Entre as entidades familiares explícitas há a comunidade monoparental, que dispensa a existência de par andrógino (homem e mulher).¹⁸⁴ (grifo nosso)

É plausível, então, que o autor não defenderia essa abertura caso houvesse um dique normativo expresso na Constituição. Essa posição é teoricamente compreensível, à medida que parte em defesa da autonomia do discurso jurídico, que seria insustentável caso se pudessem interpretar os textos normativos como simples depósitos de conteúdo, totalmente abertos à modelagem interpretativa. Não é assim, claro. As disposições normativas positivadas pelo Poder Legislativo são comunicações de sentido que devem ser observadas pelo julgador do caso concreto, sendo a sua vinculação ainda mais sensível quando a comunicação vem do próprio constituinte originário. Defendemos esse ponto quando criticamos, preliminarmente, o voto condutor da ADI 4.277.

Ocorre que existe, também, um controle lógico-principiológico das disposições normativas que incide no recanto mais íntimo da interpretação jurídica. Não nos parece correto supor – e acreditamos que este trabalho tenha permitido embasar essa proposição – que o legislador (mesmo o constituinte) pode verticalizar qualquer conteúdo regulatório e exigir a sua efetivação em casos concretos, ainda mais quando essa comunicação implique um sentido diretamente contrário à própria inteligibilidade do sistema jurídico. Esse parece ser o caso.

A partir do próprio raciocínio de Paulo Lôbo, seria impossível defender que as entidades familiares descritas no art. 226 da Constituição Federal compõem um rol exaustivo, ainda que essa fosse a expressa indicação do legislador constitucional. Essa limitação não vem de uma construção sociológica extralegal, mas da própria

¹⁸⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus, Família e Cidadania. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>. Acesso em 27 de outubro de 2012.

Constituição como um arranjo jurídico consistente e que efetivamente constitui uma sociedade composta por membros livres e iguais. Pouco antes do trecho acima citado diretamente, Paulo Lôbo toca esse ponto ao afirmar que:

Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana.¹⁸⁵

Essa limitação parte da estrutura inerente à constituição familiar e a sua função social, cuja proteção Constitucional “é mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas”. Por isso, Paulo Lôbo, logo no início do artigo já estabelece os critérios de reconhecimento familiar sob os signos concretos de afetividade, estabilidade e ostentabilidade. Repare-se que os critérios não são moralidade, heterossexualidade, capacidade de ter filhos, etc. São parâmetros de conteúdo aberto, contingentes, cuja determinação concreta deve vir da própria vida social, não sendo exclusivos de certas pessoas ou grupos. O sustentáculo principiológico dessa abertura é assim descrito:

Além do afeto, o princípio da igualdade das entidades, como decorrência natural do pluralismo reconhecido pela Constituição, há de se ter presente o princípio da liberdade de escolha, como concretização do macroprincípio da dignidade da pessoa humana. Consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Não pode o legislador definir qual a melhor e mais adequada¹⁸⁶.

Se os princípios constitucionais orientadores são a afetividade, a igualdade e a realização existencial da pessoa humana, como reconhece o autor, como poderia uma disposição particular subverter toda essa ordem de sentidos por mera estipulação? Como negar reconhecimento jurídico-constitucional ao afeto real se o fundamento jurídico-constitucional do reconhecimento familiar é o próprio afeto? Como dizer que há direito constitucional à igualdade das entidades familiares quando se nega tutela jurídica a algumas delas, que também possuem, fática-juridicamente, afetividade, estabilidade e ostentabilidade? Como haverá possibilidade constitucional de realização existencial da pessoa na formação da família quando a própria Constituição nega, seletivamente, essa possibilidade?

¹⁸⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas.

¹⁸⁶ _____ . Entidades familiares constitucionalizadas

Pelo grau de emancipação das nossas instituições jurídicas, tendo por base a vocação inclusiva da nossa Constituição, que tem a pessoa humana concreta no centro das suas proteções normativas, a hipótese de existir uma disposição como a descrita na situação hipotética do tópico anterior apenas revelaria um momento inexpressivo de preconceito do constituinte originário. E o preconceito não é, obviamente, uma categoria jurídica, não podendo alçar-se ao nível normativo do constitucional.

Esse mesmo conflito de fundamentos pode ser facilmente encontrado nos autores clássicos. Enquanto vigorou o sistema normativo liberal do Código de 1916, que consagrou os direitos individuais e a preservação das relações econômicas e políticas¹⁸⁷, a família colonial ainda figurava como modelo jurídico no século XX, apesar de todas as evoluções sociais que ocorreram até a Constituição de 1988.

A família, nessa ambiência, não se apresentava como uma questão política no sentido amplo do termo, apesar de ser, de fato, o grande elemento de sustentação dos supostos seletivos da vida privada, identificada com o assentamento da propriedade, da hierarquia social e do paternalismo. Por esse motivo, verificou-se a sua estipulação exaustiva no Código Civil, que, como observa Orlando Gomes, parecia se ocupar mais com o círculo social da família do que com o círculo social da nação.¹⁸⁸

Essa carga formalista e seletiva do código subvertia muitas vezes as análises sociológicas que os juristas queriam avançar no estudo das formações familiares (fundadas nas afetividades concretas da vida), de modo a levá-los invariavelmente a tratar os institutos jurídicos como sedimentações normativas da evolução social. Por exemplo, Clóvis Bevilacqua indica que:

Constituída a família pela associação do homem, em vista da reprodução e da necessidade de criar os filhos, consolidada pelos sentimentos afetivos e pelo princípio da autoridade garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito, é fácil de ver que se torna ela potente foco de onde irradiam múltiplas relações, direitos e deveres, que é preciso conhecer e firmar.¹⁸⁹

Daí concluir esse autor que a família “não passa de uma criação natural, que a sociedade amolda e aperfeiçoa”¹⁹⁰, em um processo de seleção tanto moral quanto biológica. A mesma estrutura de raciocínio pode ser encontrada, décadas depois, em

¹⁸⁷ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 62.

¹⁸⁸ GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso, p. 23.

¹⁸⁹ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Campinas: Red Livros, 2001, p.33/34.

¹⁹⁰ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de Família**, p.31.

outro autor central do Direito Civil brasileiro, Pontes de Miranda, mesmo após uma série de transformações sociais por que passou a sociedade, sem falar na evolução constitucional da matéria. Como se sabe, as Constituições subsequentes (1934, 1937, 1946, 1967), começam a adentrar no tema da família em variados gradientes, mas ainda deixando o espaço de regulamentação da família ao Código Civil.

Assim como Bevilacqua, Pontes de Miranda também parte de um dado natural da evolução, percebendo os institutos privados vigentes de direito de família como resultado de uma especialização social determinante. Ele parte da monogamia como decorrência dos “mais elementares imperativos de fisiologia e de psicologia”¹⁹¹. Desse dado, ele deriva a finalidade da regulação formal da legislação estatal em Direito de Família, que seria proteger a vida do par andrógino, assegurar a procriação dentro da legalidade e resguardar os menores e os incapazes¹⁹². Naturalmente, a construção toda conflui para a exclusividade do casamento como “regulamentação social do instinto de reprodução”¹⁹³.

Essa tensão entre o elemento material do afeto no âmago da estrutura familiar e a carga seletiva dos institutos de Direito de Família era articulada por esses autores sem comprometer substancialmente a coerência interna do sistema. Havia uma ontologia do instituto (a família como instituição fundamental da sociedade liberal, patrimonializada) e uma sociologia do instituto (a prevalência real de certas hierarquias familiares e a invisibilidade completa de outras). Essas duas dimensões convergiam na forma típica do casamento monogâmico, heterossexual e chefiado pelo homem.

Essa pretensa harmonia, obviamente, repousava sobre o princípio geral seletivo, na medida em que eternizava as situações de dominação do presente a partir de uma interpretação naturalista dos institutos jurídicos, esvaziando o aspecto valorativo e dinâmico do Direito. Essa perspectiva foi desafiada ao longo deste trabalho. De toda forma, havia, então, um ambiente intelectual que ainda permitisse esses arroubos de biopolítica na interpretação jurídica, ambiente que não existe mais em nossa realidade institucional, principalmente porque a Constituição Federal de 1988 encampou de vez a proteção à família com foco no desenvolvimento da pessoa e no princípio da afetividade concreta.

¹⁹¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000, v.7, 211.

¹⁹² _____ . **Tratado de Direito Privado**, p.226.

¹⁹³ _____ . **Tratado de Direito Privado**, p.226.

¹⁹³ _____ . **Tratado de Direito Privado**, p.229

Por esses motivos, parece seguro afirmar, a partir dos próprios fundamentos lançados pelo ministro Lewandowski em seu voto, que mesmo na hipótese de haver uma cláusula de barreira expressa no art. 226 da Constituição Federal, impedindo o argumento com base no rol exemplificativo (a nosso ver, secundário), ainda assim, haveria condições institucionais de se prosseguir com o voto, estabelecendo-se a forma de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar a partir dos princípios da igualdade, a liberdade e da afetividade. Como fechamento a essa conclusão, citamos mais uma vez o artigo selecionado como base do argumento:

Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estes suas causas originária e final, haverá família¹⁹⁴.

Cabe, agora, proceder a essa densificação, pesquisando as formas constitucionalmente possíveis de reconhecimento dessa entidade familiar, a responder o item “b” do problema acima avançado, o que faremos a partir de um marco teórico diferente.

¹⁹⁴ LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus, Família e Cidadania.

3.5 INCLUSÃO E RECONHECIMENTO NA SOLUÇÃO DO ITEM “B” (LIMITES ESTRUTURAIS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL)

Chegamos, neste momento, ao item “b” do problema acima levantado. Estabelecido que o argumento do “rol exemplificativo” é secundário ao raciocínio constitucional fundado nos princípios da igualdade, da liberdade e da afetividade, temos que definir até que ponto é legítima a diferenciação entre regimes jurídicos familiares, dada a garantia de integridade dos direitos decorrentes.

A posição até aqui trabalhada, tal como defendida no voto do Ministro Lewandowski, com suporte em Paulo Lôbo, é a de que Constituição Federal de 1988 vedou a diferenciação substancial (no nível da hierarquia) de regimes com base na orientação sexual, mas isso não implica que certas escolhas legislativas concretas não devam vincular a decisão judicial, respeitando-se, assim, a autonomia recíproca entre o sistema jurídico e o político. Haveria, então, igual proteção constitucional à dignidade das formações familiares, mas não uma idêntica regulação. Nas palavras de Paulo Lôbo:

Cada entidade familiar submete-se a estatuto jurídico próprio, em virtude de requisitos de constituição e efeitos específicos, não estando uma equiparada ou condicionada aos requisitos da outra. Quando a legislação infraconstitucional não cuida de determinada entidade familiar, ela é regida pelos princípios e regras constitucionais, pelas regras e princípios gerais do direito de família aplicáveis e pela contemplação de suas especificidades.¹⁹⁵

Dessa posição, ressaltamos três pontos: a) não pode haver restrição à tutela constitucional da unidade familiar que preencha os requisitos gerais (afetividade, estabilidade e ostentabilidade); b) a equiparação de regimes se opera no âmbito da analogia, enquanto não houver disposição específica para cada um deles; e c) essa diferenciação, no caso concreto, permite a identificação de tipos implícitos, que não se confundem com os expressos e não garantem, por isso, acesso aos regimes da união estável e do casamento.

¹⁹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*, Família e Cidadania.

A conclusão que tiramos dessa definição tripla é a de que está garantida às formações afetivas em geral a tutela jurídico-constitucional ampla. A diferença dessa análise com aquela que partiu para a equiparação incondicional (o tom predominante do julgamento da ADI 4.277), no entanto, é a de que o juízo constitucional deve operar apenas no campo do acesso aos direitos fundamentais, mas não a todos os direitos, ritos, regimes e formalidades seletivamente emprestados a outros grupos. Vale dizer, a decisão contramajoritária deve garantir o potencial inclusivo do sistema sem, com isso, avançar para a tutela de questões morais e estéticas mais concretas.

Mas, como ficaria a pretensão jurídica do casal homoafetivo que desejasse a tutela jurídica do casamento, por exemplo? Pelos fundamentos mais sólidos da divergência, conforme discutimos até aqui, essa possibilidade estaria claramente vedada em nosso sistema constitucional. Há, no caso, a defesa do conteúdo normativo específico do instituto contra a tentativa de ampliação judicial, sob pena de desnaturação da própria linguagem jurídica. Mas esse limite de acesso implica a fraqueza da tese?¹⁹⁶ Enfim, estaria a análise de Paulo Lôbo equivocada?

Na tarefa de investigar esse ponto com maior propriedade, parece útil colocar a questão em termos da tensão entre inclusão e reconhecimento¹⁹⁷. É possível defender, nesse sentido, que a perspectiva dos tipos implícitos assume que a tarefa do juízo constitucional em um Estado Democrático de Direito, quando chamado a adjudicar direitos fundamentais às minorias, é garantir a inclusão social e a igualdade de condições na formação de uma vida autêntica. Além desse limite operativo, trata-se de um problema político (de seleção legislativa) ou de reconhecimento social. Cabe perguntar, então: garantida a tutela constitucional como entidade familiar, seria mesmo um direito fundamental do casal homossexual o acesso ao rito e às formalidades do casamento?

Na resposta a essa questão, faremos uma análise da Teoria dos Sistemas em Marcelo Neves em contraponto com a tese Hegeliana da Luta por Reconhecimento, tal como exposta por Honneth.

¹⁹⁶ Deve-se chamar a atenção para o fato de que o STF não enfrentou diretamente a possibilidade do casamento homoafetivo, sendo bastante plausível que em uma eventual demanda esse raciocínio do Ministro Lewandowsky prevaleça, operando-se uma posição restritiva sobre esse tema.

¹⁹⁷ Essa tensão aparece em NEVES, Marcelo. **A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento**. BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto. MELO, Claudinei de. *Direito Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 680-681..

3.5.1 A INCLUSÃO NA TEORIA DOS SISTEMAS DE MARCELO NEVES

Como se sabe, Neves critica frontalmente a ideia de Constituição como uma metáfora de conteúdo aberto, um significante vazio capaz de abrir possibilidades insondáveis de reconstrução¹⁹⁸.

Existe uma diferenciação entre a semântica constitucional e as estruturas constitucionais da sociedade¹⁹⁹, não se podendo reduzir a Constituição, ou mesmo o conceito de esfera pública, ao plano exclusivo da representação, ou do jogo semântico, sob pena de se perder as aquisições evolutivas típicas da sociedade moderna.

Seguindo Luhmann, entende esse autor que o traço característico das sociedades modernas foi ter colocado em ação um processo de diferenciação dos sistemas funcionais da sociedade (artes, economia, direito, esportes, religião, etc.), permitindo a sua reprodução autônoma e livre da colonização por parte de sistemas mais fortes, como o político ou o moral-religioso²⁰⁰. A interação desses sistemas funcionais é garantida por acoplamentos estruturais específicos (o contrato e a propriedade como acoplamentos entre o sistema econômico e o jurídico, por exemplo), que operam a tradução recíproca de seus códigos de referência. No nível do fechamento estrutural, temos a interação do sistema político com o jurídico, servindo a Constituição como acoplamento estrutural.²⁰¹

Além das interações sistêmicas por acoplamentos estruturais, Neves desenvolve, a partir de Welsch, mas sob um foco mais limitado (tirando-a do contexto de uma metalinguagem pós-moderna), a ideia de racionalidade transversal. Essa categoria de racionalidade opera no nível intersistêmico, funcionando como pontes de transição e selecionando sentidos entre as racionalidades parciais dos sistemas autônomos²⁰². Interessa-nos, principalmente, para os intuítos da presente análise, os efeitos negativos

¹⁹⁸ NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.3;

¹⁹⁹ NEVES, Marcelo **A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento**, p.644.

²⁰⁰ NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**, p.17-22.

²⁰¹ Neves identifica o problema contramajoritário no centro da função da constituição como acoplamento estrutural entre política e direito, ao afirmar que: "a Constituição, por um lado, torna o código-diferença 'licito/ilícito' relevante para o sistema político; isso implica que as exigências do Estado de direito e dos direitos fundamentais passam a constituir contornos estruturais da reprodução dos processos políticos de busca pelo poder e de tomada de decisões coletivamente vinculantes, inclusive na medida em que decisões majoritárias democraticamente deliberadas podem ser declaradas inconstitucionais." **Tranconstitucionalismo**, p. 57.

²⁰² NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**, p. 42

trazidos pelas falhas de interação no nível dos acoplamentos estruturais (corrupção sistêmica) e no âmbito das pontes de transição.

Nesse particular, Neves identifica que a corrupção sistêmica ocorre quando o código binário de um sistema (p. ex., o econômico) opera diretamente em outro, impedindo a sua reprodução autônoma (p. ex., decisões jurídicas são tomadas com base no código ter/não ter, perdendo a referência da distinção lícito/ilícito). Em estado patológico, o código binário do sistema corrompido perde total referência, havendo uma desdiferenciação sistêmica de tal ordem que a expansão da racionalidade doméstica forte rompe os acoplamentos estruturais e coloniza o discurso vizinho, aniquilando as diferenças recíprocas e tornando-se autista²⁰³.

Já nas falhas de funcionamento da racionalidade transversal, há o risco da expansão imperialista e da atomização de uma racionalidade perante a outra. Pode ser que essa colonização funcione no plano da eficácia, de maneira que mesmo quando um sistema particular mantenha a sua coerência interna, o efeito social de sua reprodução é anulado pela preponderância do discurso forte. O risco é a homogeneização de valores e de discursos em uma sociedade hipercomplexa²⁰⁴.

Acompanhando essa intuição, vale seguir com a análise sobre a interação das racionalidades transversais por meio da Constituição. Do lado do Direito, a racionalidade interna constitucional funciona sob o conceito de justiça.²⁰⁵ Esse conceito assume, do lado seletivo, um aspecto de consistência jurídica, em que a Constituição serve como fechamento normativo. Ocorre que valor justiça também se legitima na demanda por inclusão, sob a forma de adequação, que é a abertura cognitiva para a composição de diferenças dentro do corpo social²⁰⁶.

Como observa Neves, o foco do problema constitucional em seu aspecto de consistência gera deficiências de inclusão. Já o foco exaustivo na adequação social leva a um realismo jurídico insustentável. A necessidade de operação desse dualismo que não se realiza é chamada de “paradoxo funcional” do direito. Em nossa análise, esse

²⁰³ NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**, p. 47

²⁰⁴ NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**, p. 47

²⁰⁵ NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**, p. 64

²⁰⁶ Do lado da política, a racionalidade interna depende do conceito de Democracia, também tanto como consistência política como adequação social. Na primeira, temos a ideia de povo como fechamento do sistema político, como referencia procedimental. No aspecto de adequação, há o povo como *output*, que é a abertura da esfera pública para o debate político. O paradoxo, nesse caso, surge entre o povo constitucional como fechamento normativo e a esfera pública como abertura do jogo político (Estado de Direito e Democracia). **Tranconstitucionalismo**, p. 64 a 71.

paradoxo se traduz na relação ontologicamente insolúvel entre os princípios de inclusão e de seleção na jurisdição constitucional.

Feita essa exposição, parece correto afirmar que o ponto de tensão no julgamento da ADI 4.277 não seja propriamente de corrupção sistêmica, mas envolve justamente um problema de racionalidade transversal, sendo que as acusações tanto de um seletivismo excessivo como de um ativismo judicial incontrolável, por parte dos julgadores, apresentam-se como possibilidades igualmente viáveis, a depender apenas de que lado pendesse a decisão. Essa realidade de extremos se justifica por esse caso, como poucos anteriormente julgados pelo STF, revelar com nitidez o paradoxo-funcional da decisão jurídico-constitucional.

Voltando-se ao ponto inicial dessa análise, percebe-se como a Constituição possui tanto uma lógica estrutural e uma semântica própria. Dessas duas realidades emergem grande parte dos conflitos com base constitucional, já que a semântica implica uma possibilidade de ampliação cognitiva dos processos de inclusão social e de reconhecimento jurídico (no nível da adequação), ao passo que as estruturas contemporâneas dos direitos fundamentais possam estar baseadas em fechamentos seletivos da realidade social²⁰⁷ (no nível da consistência).

Importante elemento dinâmico nessa lógica interna dos Estados Constitucionais é o conceito de esfera pública, tal como avançado por Neves²⁰⁸. Se a Constituição fecha o sistema jurídico e o povo fecha o sistema político como autolegitimação, a esfera pública abre os dois sistemas, como heterolegitimação²⁰⁹, como já discutimos anteriormente.

Ao embarcar no conceito de esfera pública, Neves tenta se distanciar do normativismo de Habermas, rejeitando a necessidade de entender as pretensões de validade como uma busca de consenso na base de uma racionalidade discursiva. O autor entende a esfera pública como o conjunto de valores, interesses, expectativas e discursos que emergem de diversos sistemas funcionais e do mundo da vida, despreendendo-se dos de seus contextos específicos para influenciar a tomada de decisões políticas e para

²⁰⁷ NEVES, Marcelo **A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento, p.663.**

²⁰⁸ Neves aponta que, em Luhmann, não há espaço para a esfera pública como forma não estruturada sistemicamente de comunicação, tal como ocorre com a moral e o protesto. Luhmann somente admite o público como dimensão funcional do político. **A constituição e a esfera pública, p. 667.**

²⁰⁹ NEVES, Marcelo. **A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento, p.663/664.**

incorporar-se aos procedimentos jurídicos²¹⁰. É uma área de tensão entre direito e política, acoplados estruturalmente pela Constituição, com os demais sistemas funcionais e o mundo da vida. A esfera pública, assim desenhada, é a arena do dissenso estrutural²¹¹.

O estado constitucional pressupõe um consenso procedimental sobre as formas de elaboração dos dissensos contenciosos na esfera pública. Ressalvados os casos em que deve haver a repressão de valores, interesses e discursos contrários à própria natureza inclusiva da esfera pública²¹², exige-se o respeito à diferença e ao pluralismo.

Assim, a esfera pública é o espaço de dissenso estrutural em que os membros de diversos segmentos sociais desgarram-se das lógicas internas dos sistemas funcionais para operar um jogo de interesses e de valores conflitantes com outros atores de diferentes sistemas funcionais, buscando legitimar as suas pretensões particulares através de uma racionalidade transversal, tendente à generalização e ao consenso, na afirmação de direitos e na participação na formação de vontade política.

Resumindo e voltando ao caso em debate, poder-se-ia arguir que a petição inicial da ADI 4.277, ao pedir a tutela da união homoafetiva como entidade familiar reflete um dissenso estrutural no âmbito da esfera pública e traduz uma comunicação de sentido originada no mundo da vida (o afeto real dos parceiros homoafetivos) para sistema jurídico Constitucional, requerendo a inclusão de um grupo social em um regime jurídico inicialmente não desenhado para eles (ou seja, a passagem da família de fato para a família de direito). A tese autoral reclama a legitimação do sistema jurídico no nível da abertura (adequação social), contra um fechamento normativo que não possui reflexividade no sistema constitucional (a hierarquização e a seletividade das entidades familiares).

Trata-se, no fundo, de garantir o acesso de um grupo social às prerrogativas jurídicas típicas do sistema funcional em que está inserido, o sistema da família, já que as uniões homoafetivas estavam enquadradas equivocadamente no sistema econômico (na qualidade de sociedade civil, de cunho mercantil), cujo acoplamento estrutural com o sistema do Direito é o contrato e a propriedade, não o regime familiar. Esse equívoco,

²¹⁰ NEVES, Marcelo. **A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento, p. 669.**

²¹¹ NEVES, Marcelo. **A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento, p. 670.**

²¹² NEVES, Marcelo. **A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento, p.674.**

na verdade, nada mais era do que uma operação seletiva no nível infraconstitucional (a partir de interpretações fechadas do art. 1.723 do Código Civil) determinada a limitar o gozo de direitos inerentes à situação concreta dessas pessoas.

A questão posta perante o STF, portanto, tinha como ponto central o problema da inclusão. Tratava-se de adequar o enquadramento jurídico dessas entidades familiares dentro sistema constitucional, assegurando-lhes os direitos materiais decorrentes, restaurando o equilíbrio e a pluralidade que o legitimam. Ao problema da inclusão, por outro lado, Neves²¹³ contrapõe o problema do reconhecimento, que estaria vinculado, segundo aduz, à dupla contingência de Luhmann²¹⁴.

O autor brasileiro vê uma assimetria entre essas categorias. Para a esfera pública, o problema da inclusão é prioritário. Em princípio, a negação do reconhecimento na interação e para a interação não implica a limitação de direitos ou de uma pretensão política. São problemas de ordem moral que se resolvem no particular, sob o risco de uma hiperjudicialização ou de hiperpolitização da vida.

O problema do reconhecimento só se torna relevante para o sistema jurídico político quando a negação de interação torna-se generalizada no mundo da vida e impede o acesso aos sistemas funcionais, negando o ingresso de classes sociais à esfera pública. Ou seja, quando se tornam problemas de exclusão. Há, aqui, uma circularidade à medida que a exclusão impede o reconhecimento e a ausência generalizada de reconhecimento impede a inclusão²¹⁵.

²¹³ NEVES, Marcelo **A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento, p.677.**

²¹⁴ Luhmann trata dessa questão na perspectiva de diferenciação entre as experiências individual e social. No plano da ação individual, define complexidade como seleção forçada e contingência como desapontamento, ou seja, a possibilidade de frustração de uma expectativa. Através da experimentação, é possível sistematizar expectativas de resultados mais ou menos confiáveis, reduzindo-se o perigo de desapontamento das circunstâncias contingentes. A relação entre contingência e complexidade, entretanto, só se completa com a introdução do outro, formando a relação de alter ego, que introduz um elemento de perturbação, aumentando a capacidade de aprendizado pela maior riqueza de perspectivas disponíveis, mas ao custo de incremento do risco, caracterizado pela dupla contingência do mundo social. O outro pode “errar, enganar-se e enganar-me” e da mesma forma como eu posso fazer com ele. As interações cotidianas no nível do mundo da vida tendem a especializar-se por meio dessas múltiplas projeções, mas em geral, essas são circunstâncias a serem estudadas com maior detalhe pela psicologia da personalidade. A sociologia do direito só entraria nesse âmbito para diferenciar esses mecanismos psíquicos daqueles relacionados à estabilização de normas jurídicas. Nos sistemas sociais, as reduções tendem a apoiar-se em normas generalizadas e impessoais, independentes dos interesses e expectativas de pessoas determinadas. Alivia-se a consciência concentrando-se a análise do controle objetivo da ação, que pode ser enquadrada como certa ou errada. Essa função redutora é imprescindível para o Direito. Ver LUHMAN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.46-53.

²¹⁵ NEVES, Marcelo **A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento, p.681.**

Se a presente análise estiver correta, então, a teoria dos sistemas de Marcelo Neves, com incidência da diferenciação entre inclusão e reconhecimento, parece ser compatível com as linhas gerais do voto do Ministro Lewandowski e possui afinidades com a tese dos tipos implícitos de Paulo Lôbo, no sentido de se reconhecer a tutela constitucional às entidades familiares homoafetivas sem, no entanto, implicar, com isso, a equiparação integral com os regimes jurídicos seletivos da união estável e do casamento.

Parece claro, por esse marco teórico, que o reconhecimento do valor dessas uniões somente assume *status* constitucional enquanto se tratar de um problema de inclusão. À proporção que se estabelece a igualdade hierárquica entre os regimes e a impossibilidade de limitação de direitos por critérios que não os intrínsecos aos princípios gerais da família constitucional, a questão do acesso a um regime específico perde força argumentativa, tornando-se, sob a ótica jurídica, um problema quase estético.

A luta pelo direito de casar, por exemplo, assume um caráter essencialmente moral nessas circunstâncias, pois um grupo de pessoas reclama o reconhecimento do valor intrínseco de sua união perante os seus parceiros de comunicação, não só quanto às garantias materiais do sistema jurídico, mas em relação aos ritos sociais mais arraigados de nossa cultura, demandando penetração abrangente nos círculos fechados da sociedade e exigindo que não seja feita qualquer distinção, por mais puramente formal que seja, entre eles e os outros grupos sociais.

A análise até aqui desenvolvida, por outro lado, tende a concluir que, superada o problema estrutural da inclusão desses grupos no regime constitucional das famílias, essa outra batalha, embora essencial ao enriquecimento moral da sociedade, será mais bem travada em outras esferas que não a judicial.

3.5.2 A LUTA POR RECONHECIMENTO EM HONNETH

Agora que a posição de Marcelo Neves foi estudada no sentido de ancorar as bases do voto do Ministro Lewandowski, cabe analisar o outro lado da moeda, ou seja, a

possibilidade de desconstrução desse voto com suporte na teoria da luta por reconhecimento, em Honneth.

Como se sabe, esse autor procurou estudar a estrutura interna das relações sociais e da evolução das instituições a partir de uma intuição bastante interessante do jovem Hegel, mas que depois foi gradualmente esquecida quando o filósofo alemão passou a densificar o seu pensamento com os pressupostos da filosofia da consciência. Essa intuição básica consistia na suposição de cunho inicialmente Aristotélico, de que “o povo, por natureza, é anterior ao indivíduo”²¹⁶.

Hegel, assim, retoma dos antigos a ideia de intersubjetividade na conformação do ideal político, mas evolui a ideia para além da teleologia aristotélica e coloca o conflito intersubjetivo como meio social historicamente orientado na construção da eticidade comunitária²¹⁷. Lança, com isso, um entendimento inteiramente novo à noção de luta social, superando o individualismo estático pressuposto no estado de natureza hobbesiano²¹⁸ por uma explicação dinâmica da evolução social. Acontece que nos desenvolvimentos da teoria da consciência, já na *Realphilosophie*, ele vai enfraquecendo o teor explicativo da luta por reconhecimento, de forma que o caráter interativo de seu conceito de eticidade é substituído por uma relação hierárquica dos indivíduos com um Estado cada vez mais expansivo e centralizado que, ao final, se unifica nas mãos de um monarca capaz de revelar o espírito absoluto²¹⁹.

Para atualizar os fundamentos da luta por reconhecimento que Hegel deixou no caminho, Honneth precisa livrar, antes de tudo, a teoria das bases teóricas incompatíveis com as exigências filosóficas atuais²²⁰. Isso implica abandonar a ideia do processo dinâmico da luta por reconhecimento ser enquadrado em um esquema dependente de uma racionalidade metafísica, seja a partir da essência comunitária do homem, de cunho aristotélico, seja pela revelação do espírito absoluto na filosofia da consciência.

Com esse intuito, ele encontrara em Mead um modelo de psicologia social capaz de fornecer as bases empíricas para a reconstrução da teoria em um contexto pós-metafísico²²¹. Honneth tenta ampliar o escopo da teoria para sistematizar a intuição dos

²¹⁶ Em HONNETH, Axel. **A luta por Reconhecimento**. São Paulo: ed.34, 2003, p. 43.

²¹⁷ HONNETH, Axel. **A luta por Reconhecimento**, p. 44.

²¹⁸ HONNETH, Axel. **A luta por Reconhecimento**, p. 48.

²¹⁹ HONNETH, Axel. **A luta por Reconhecimento**, p. 108-111.

²²⁰ HONNETH, Axel. **A luta por Reconhecimento**, p. 117.

²²¹ Honneth aponta, no entanto, que o ganho de complexidade permitido pelas interações entre o Eu e Me, em Mead, que acaba por ser o motor histórico das transformações políticas e sociais, termina por

diferentes tipos de reconhecimento implicados na autorrelação prática do ser humano e para determinar quais formas de desrespeito são significativas na formação das identidades dos sujeitos envolvidos. Ele mantém, então, a divisão já presente em Hegel das etapas do reconhecimento em três esferas de interação intersubjetiva, pelas vias das ligações emotivas, da adjudicação de direitos e da orientação comum por valores²²².

O amor como etapa mais interna do reconhecimento tem as suas bases já na formação psicológica do indivíduo, com o seu potencial de aprender a estar só no mundo, quando começa a perceber a mãe como objeto independente, mas de quem pode esperar satisfação de suas necessidades. Esse aprendizado de interdependência gera uma autoconfiança essencial para as interações da vida adulta²²³. Da mesma forma, o relacionamento afetivo pressupõe um abandono recíproco e o encontro da autonomia na própria relação de interdependência com o parceiro.

Na ordem de reconhecimento jurídico, Honneth traça dois momentos historicamente e qualitativamente distintos: as sociedades tradicionais e as sociedades pós-convencionais modernas. Quanto às primeiras, ele enxerga claramente uma limitação do reconhecimento ao aspecto seletivo das atribuições de funções sociais pré-definidas. Nas sociedades pós-convencionais, por sua vez, o reconhecimento não pode mais depender de um esquema definido dos papéis sociais, pois compete, agora, a consideração universal de homens como igualmente livres. Nesse momento de transição, opera-se uma separação clara entre o reconhecimento do indivíduo como pessoa de direito e a sua estima social²²⁴.

Ele indica que o pressuposto básico de se tomar a autonomia individual como a base de um acordo racional que permita a criação de uma comunidade jurídica de iguais coloca a luta por reconhecimento no centro da disputa pela concretização dessa igualdade na dinâmica social, através da afirmação da imputabilidade moral do cidadão. Esse movimento conflituoso é um impulso constante de ampliação dos conteúdos jurídicos e tem a capacidade de minar mesmo as desigualdades pré-políticas mais

substituir, no fechamento do sistema, a eticidade absoluta de Hegel por uma justificação da divisão social do trabalho como instância final de autorrealização do indivíduo, na medida em que lhe permite assumir o senso de pertencimento e de utilidade para a coletividade. O autor destaca as limitações desse objetivo por não questionar os padrões éticos seletivos do que é socialmente útil e válido em determinados tempos e lugares. Esse quadro de justificação *a priori* é capaz de negar a possibilidade de luta por reconhecimento de um eu não integrado a esses padrões sociais. **A luta por Reconhecimento**, p. 151.

²²² HONNETH, Axel. **A luta por Reconhecimento**, p. 159.

²²³ HONNETH, Axel. **A luta por Reconhecimento**, p. 174.

²²⁴ HONNETH, Axel. **A luta por Reconhecimento**, p. 183-184.

arraigadas. Todas as classes de direitos fundamentais (individuais, políticos e sociais) desenvolveram-se desse processo²²⁵. Revela-se, com ele, um progressivo aumento dos direitos materiais acessíveis aos cidadãos e um conseqüente aumento do espaço jurídico disponível aos grupos anteriormente excluídos da vida comunitária²²⁶.

Por fim, Honneth passa para o tipo de reconhecimento implicado na estima social, ou seja, pela avaliação das características concretas da pessoa em relação à autocompreensão cultural de uma sociedade. Também é diversa a forma de estima social nas sociedades modernas, ao substituírem os estamentos sociais fixos (honra, nobreza) das sociedades pré-modernas por parâmetros mais individualizáveis, como prestígio social, reputação e competência²²⁷. A forma interna desse reconhecimento é caracterizada por uma luta por reconhecimento em um longo processo de choques culturais entre grupos que procuram afirmar o valor social de seu modo de vida, a permitir o reconhecimento individual dos integrantes em uma autorrelação de autoestima.²²⁸

A cada forma de reconhecimento incide uma forma específica de desrespeito. A ofensa corporal é vista como violação à autoconfiança, no âmbito das relações de amor e de amizade. O desrespeito na esfera de direitos revela-se pela exclusão do acesso a bens jurídicos disponíveis aos membros de igual valor em uma coletividade, atingindo a pessoa de direito no nível de sua autonomia moral. A terceira forma de desrespeito passa pela negação do valor social de indivíduos ou grupos dentro do arranjo cultural da coletividade. É um desvalor que nega reconhecimento às qualidades e aos atributos de certos grupos e dos indivíduos a eles referidos, minando a sua autoestima.²²⁹

Honneth desenvolve a questão do desrespeito e do impulso psicológico que o sentimento de diminuição moral empresta às lutas sociais para recuperar, em sua gramática dos conflitos sociais, o aspecto moral que a teoria social acadêmica tem falhado em reconhecer, quando frequentemente substitui a questão do reconhecimento

²²⁵ HONNETH, Axel. **A luta por Reconhecimento**, p. 191.

²²⁶ HONNETH, Axel. **A luta por Reconhecimento**, p. 194.

²²⁷ HONNETH, Axel. **A luta por Reconhecimento**, p. 200-201. Honneth reconhece (p.204) que grande parte da transposição pós-metafísica dos conceitos de honra e *status* foi abarcada substancialmente pela ideia de dignidade humana, como proteção da reputação social. Não obstante, há obscuridade quanto ao conteúdo material desse direito fundamental, além do fato de que existem aspectos da dignidade que não podem ser tratados na relação de reconhecimento jurídico, justamente por dependerem de uma relação de diferenciação com a coletividade e não serem passíveis, por isso, de adequação a um contexto de igualdade.

²²⁸ HONNETH, Axel. **A luta por Reconhecimento**, p. 207-201.

²²⁹ HONNETH, Axel. **A luta por Reconhecimento**, p. 211.

pela noção utilitarista de interesses²³⁰. Honneth enxerga que ambas as dimensões são complementares na descrição dos conflitos sociais.

O cuidado que Honneth parece ter é o de não apresentar a sua teoria como uma simples explicação psicológica²³¹ das bases em que se constituem lutas sociais. Ele pretende aumentar esse escopo para enquadrar o processo dos conflitos sociais baseados no desrespeito dentro de uma explicação abrangente do progresso moral. Ou seja, demonstrar que a dinâmica das lutas sociais de cunho moral tende a ampliar, no tempo, as possibilidades de reconhecimento²³².

Honneth dá poucas indicações de aplicações concretas de sua teoria, o que é coerente com a exposição da luta por reconhecimento como uma gramática moral dos conflitos sociais, mas sem o recurso metafísico à realização de um valor moral definido. O horizonte normativo dessa estrutura formal dos conflitos é considerável, no entanto, e está apoiado no ideal do aumento da solidariedade e da inclusão jurídica inerente à lógica do processo. Esse mínimo estrutural autoriza o autor a falar em “formas distorcidas” de reconhecimento²³³, um padrão normativo que se revela nas bases de uma postura teórica intermediária entre a moral kantiana e as teorias comunitaristas, em que o interesse por “normas as mais universais possíveis” é contrabalançado com a orientação finalística da “autorrealização humana”²³⁴.

É claro que o autor lança esses fundamentos ético-estruturais para defender a sua teoria da acusação de permitir a legitimação absoluta dos conflitos baseados na luta por reconhecimento. No âmbito dos interesses, o padrão de acesso é mediado pela escassez de recursos e as possibilidades de acesso. Já na ambiência do reconhecimento do valor moral do indivíduo intersubjetivamente determinado na relação com seus pares, a questão se torna muito sensível e tem a ver com a própria formação psicológica dos membros autônomos e iguais de uma comunidade, o que merece alguma qualificação de conteúdo.

²³⁰ HONNETH, Axel. **A luta por Reconhecimento**. São Paulo: ed.34, 2003, p.255

²³¹ Como base científica, Honneth desenvolve brevemente a teoria da ação de Dewey, colocando na base das disputas sociais o impulso à ação causado pelo sentimento de vergonha e de diminuição moral, a partir de uma situação de desrespeito. O desvalor revelado na frustração de expectativas legítimas e normativamente garantidas leva o sujeito a realizar internamente a dependência do reconhecimento dos outros na sua constituição como pessoa, levando-o, assim, a empregar os meios comunicativos necessários a restaurar. **A luta por Reconhecimento**, p. 221 a 224.

²³² HONNETH, Axel. **A luta por Reconhecimento**, p. 266

²³³ HONNETH, Axel. **A luta por Reconhecimento**, p. 268.

²³⁴ HONNETH, Axel. **A luta por Reconhecimento**. 271.

Por outro lado, parece-nos que essa base intersíquica da autorrealização humana, quando condensada em conflitos generalizáveis e passíveis de sedimentação nas esferas jurídica e política, assume um valor de fundo bastante refratário aos filtros normativos que Honneth busca emplacar. Se a formação psicológica dos indivíduos socialmente constituídos em sua autonomia moral e em sua estima social é o motor evolutivo das instituições jurídicas e sociais, qualquer padrão seletivo, no nível da teoria, que tente enquadrar esse processo em termos de formas “distorcidas” e genuínas de reconhecimento tende a enfraquecer os próprios pressupostos dinâmicos da tese.

Um exemplo interessante de uma construção teórica similar que leva os seus pressupostos aos limites mais radicais pode ser encontrado na proposta de Seana Shiffrin sobre a liberdade de expressão.²³⁵ A autora trabalha a ideia de proteção a liberdade de pensamento a partir da autonomia do “livre pensador”, diferentemente de outras análises que focam os aspectos externos da comunicação a partir do falante ou do ouvinte. Dentre as pré-condições de formação de uma individualidade capaz de expressar um pensamento livre, está a capacidade de interagir com outros, reconhecendo os conteúdos mentais de seus parceiros de interação e sendo reconhecido nessa comunidade de pensadores.

Consequentemente, a autora norte-americana compara o silenciamento do discurso com a imposição do regime de solitária aos presos, capaz de destruir-lhes o senso de realidade e de minar-lhes a capacidade de se autodeterminarem. Assim, a limitação da expressão do livre pensador é a negação de formação de sua personalidade, de sua capacidade de se desenvolver em sua autonomia moral e é experimentada por ele como tortura. Coerente com seus pressupostos, a autora defende encarniadamente a ausência de regulação conteudística de discursos promovidos por livre pensadores, mesmo aqueles voltados ao ódio e à negação do valor de outros grupos humanos.

Parece-nos que a teoria de Honneth clama por uma defesa igualmente inflexível do valor intrínseco da autodeterminação do indivíduo no processo intersubjetivo de reconhecimento. Assim, mesmo as lutas que poderiam ser descritas como formas distorcidas (por agirem contra a autorrealização do humano na comunidade ética) devem ser entendidas como integrantes indispensáveis do conflito social movido por agentes moralmente autônomos e livres na reivindicação do reconhecimento de seu

²³⁵ SHIFFRIN, Seana Valentine. **A thinker-based approach to freedom of speech**. Palestra ministrada no 25th IVR world congress of philosophy of law and social philosophy. Tema: Law, science, technology. 15-20 de agosto de 2011. Frankfurt am Main- Alemanha.

valor social. Qualquer limitação *a priori* desse processo apresenta-se como negativa vertical de reconhecimento a uma forma particular de vida e depõe contra a capacidade dos membros da comunidade de compor os seus conflitos a partir dos próprios elementos presentes em seu contexto cultural.

Com isso, queremos dizer que a base psicológica da teoria de Honneth não chega a estabelecer critérios sólidos o suficiente para justificar, no plano estrutural, o jogo entre seletividade e inclusão elucidado na Teoria dos Sistemas, conforme Marcelo Neves. Falta nessa análise o contexto operativo que empresta coerência aos processos de abertura e de fechamento ao dissenso estrutural nas inter-relações entre o sistema político e o sistema jurídico (acoplados estruturalmente pela Constituição) com a esfera pública.

A partir desse ponto, parece plausível supor que o fechamento puramente seletivo do acesso a direitos materiais insere-se na perspectiva da luta por reconhecimento como desrespeito, à medida que frustra uma expectativa normativa justificável e reduz o valor social e a autonomia moral dos membros iguais da comunidade. No caso das relações de amor, Honneth chega a dar uma sugestão ampliadora do reconhecimento das formas de interação afetiva, dispondo que:

Conforme sua determinação fundamental, o amor entra inalterado na rede intersubjetiva de uma forma pós-tradicional de eticidade, visto que não está inserido nele o potencial de um desenvolvimento normativo mais amplo; mas, por outro lado, é possível que suas estruturas básicas invariantes possam desdobrar-se tanto mais indeformadas e espontâneas quanto mais direitos partilham os parceiros que se deparam numa relação de amizade ou de amor. Nesse sentido, uma concepção formal de eticidade pós-tradicional tem de estar delineada de modo tal que possa defender o igualitarismo radical do amor contra coerções e influências externas; nesse ponto, a exposição do padrão de reconhecimento do amor toca naquela da relação jurídica, que deve ser considerada a segunda condição de integridade pessoal²³⁶.

Com isso, chegamos à sugestão de que o princípio da igualdade e a estrutura afetiva das formações familiares implicam, com base na teoria da luta por reconhecimento, a tutela constitucional irrestrita das uniões homoafetivas, sem possibilidade de diferenciações formais que revelem uma seletividade social baseada em preconceitos históricos e na negativa da autonomia moral dos parceiros de interação. A abertura do sistema jurídico, nesse caso, é uma questão de proteção da integridade

²³⁶ Honneth, Axel. **A luta por Reconhecimento**, p.276.

pessoal dos parceiros homoafetivos no nível psicológico, sendo certo que a diferenciação de regimes familiares subsiste como fonte de frustração de expectativas legitimamente criadas, tendo em vista o reconhecimento dessas pessoas membros de igual valor na comunidade.

A sugestão, dessa maneira, é que a decisão do STF, se colocada à luz da teoria do reconhecimento, implica uma abertura incondicional do regime constitucional das famílias às uniões homoafetivas, permitindo a equiparação de tipos sem recursos analógicos, sendo inclusive o direito ao casamento uma consequência inevitável de seus termos. Em decorrência, o voto do ministro Lewandowski e a divergência de fundo por ele iniciada teria o valor normativo suprimido pelo contexto ampliativo dos fundamentos principiológicos que compõem a unanimidade de votos.

4. CONCLUSÃO

Se os esforços empenhados neste trabalho geraram resultados úteis ao debate jurídico, então é possível que o arsenal teórico desenvolvido nos dois primeiros capítulos seja capaz de contribuir para a melhor compreensão do caso concreto debatido, pois, até o momento, apenas lançamos alguma luz sobre a divergência fundamental havida nos votos dos ministros, sem um posicionamento mais enfático acerca de cada um deles. É essencial recobrar, por outro lado, que o caso escolhido não teve um resultado dividido, de forma que não se trata de simplesmente argumentar sobre o acerto ou o erro da posição dominante. Muito pelo contrário, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar foi unânime e a divergência foi descrita apenas como uma diferença “lateral”.

Parece-nos plausível, então, que uma contribuição teórica proveitosa, isto é, que tenha relevância para o debate jurídico, possa fazer mais do que discutir o acerto da decisão do STF, atingindo primordialmente a questão de seu sentido, suas implicações mais concretas e suas possibilidades de abertura para os casos futuros. Para esse objetivo, a divergência de fundamentos acima debatida é extremamente reveladora. Assim, como contribuição à interpretação do julgamento da ADI 4.277, gostaríamos de fixar os pontos principais que emergem da sua análise a partir do princípio geral de inclusão aplicado à jurisdição constitucional brasileira, chegando a um sentido possível do acórdão proferido na ADI 4.277.

Nesse sentido, parece-nos correto enquadrar o caso na ambiência da função contramajoritária da corte constitucional, de modo a concluir que as convicções éticas concretas de uma maioria legislativa não podem constituir limitações aos direitos fundamentais de outros membros da comunidade, mercedores de igual respeito e consideração por parte das instituições jurídico-políticas. No particular, esses direitos fundamentais traduzem-se na livre formação (com as consequências jurídicas aplicáveis) de entidades familiares a partir de relações de afeto travadas na vida social. A leitura da Constituição com referência à integridade de seus padrões de moralidade

política garante, de fato, a imunidade dessas pessoas contra uma intervenção seletiva das maiorias governantes na consolidação de uma proposta existencial autêntica e efetiva juridicamente sobre como conduzir a sua vida sexual e sobre como organizar a família de acordo com essas preferências.

Avançamos ainda mais o ponto para propor que essa imunidade seria aplicável ainda que houvesse uma disposição expressa no texto constitucional especificamente contrária ao reconhecimento em geral da tutela familiar às uniões homoafetivas²³⁷. Isso porque a defesa do potencial coercitivo dessa hipotética disposição normativo-constitucional deveria passar pelo teste de integridade com os princípios fundantes do sistema jurídico (liberdade, igualdade e Democracia), bem como de outros princípios decorrentes (afetividade, dignidade humana, vedação ao preconceito, etc.), teste em que fracassaria, certamente. A demanda por integridade da leitura moral da Constituição colocaria em relevo, necessariamente, o particularismo dessa pretensão normativa seletiva, destacando a sua intencionalidade inequívoca de colonização da moralidade política por um ideal ético concreto, um fechamento incompatível com o princípio geral de inclusão, que defendemos até aqui.

Por outro lado, entendemos que a divergência iniciada por Lewandowsky, com base na teoria dos tipos implícitos de Paulo Lôbo, após as qualificações permitidas pela teoria dos sistemas de Marcelo Neves, levanta um problema que nos parece relevante, dada o caráter superlativo do voto condutor e do tom festivo do julgamento como um todo. A questão emerge quando a equiparação ao tipo legal do art. 226, § 3º da CF/88 surge como uma consequência natural do sistema. Não é assim.

Como defendemos no capítulo 1, o uso excessivamente expansivo do princípio de inclusão tende a subverter a relação insolúvel entre alteridade e pertencimento pelo lado da abertura, potencialmente aniquilando a inteligibilidade do Direito como uma prática social normativa. Marcelo Neves chamaria atenção para um excesso na demanda por adequação social, que leva a um realismo jurídico insustentável.

O fato do legislador não poder impor aos parceiros da comunidade limites existenciais abusivos, particularizando direitos fundamentais a partir de preconceitos e

²³⁷ Diríamos que o raciocínio vale para qualquer composição afetiva que não se configure como abuso, enquadrando-se as famílias simultâneas e o poliamor, mas essa proposição excede o quadro fático jurídico da ADI 4277 e demandaria uma desconstrução de um suposto princípio monogâmico, o que foge aos limites desta curta análise. Sobre o assunto, ver: SILVA, Marcos Alves da. **Tese de Doutorado defendida em 2012 no programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.**

de preferências éticas pessoais não implica que qualquer regulação normativa acerca das entidades familiares seja passível de reconstrução judicial. Nesse ponto, concordamos com Neves que o foco da jurisdição constitucional em situações de adjudicação de direitos fundamentais deva ser a inclusão (no caso, a equiparação de direitos materiais inerentes à proposta de vida afetiva) e não necessariamente o reconhecimento do valor moral intrínseco aos projetos de vida particulares, o que implicaria a impossibilidade de qualquer distinção (mesmo àquelas relativas a formalidades e ritos) entre os regimes familiares.

Lembramos que a ontologia política nos revela o caráter absurdo da construção do mundo humano em alteridade às imposições da natureza. O romantismo quixotesco dessa edificação civilizacional sobre o vazio da existência nos convida a assumir a situação precária de nossa condição e, de certa forma, aceitarmos o jogo imponderável da política em seus próprios termos, sem a garantia de certezas, mas, também, entendendo os usos e os costumes como parte relevante da construção – sempre em curso – desse ideal. Essa digressão serve apenas para fixar o ponto exato em que o jurídico e o político se diferenciam funcionalmente, uma identificação que passa a ser possível a partir do constitucionalismo moderno.

Em respeito a esse ganho evolutivo, devemos entender a especificidade do debate político, em que os valores concretos e as perspectivas de vida estão em ebulição. Da mesma forma que as demandas efervescentes desse ambiente de composições de interesses, poderes e cosmovisões não podem colonizar os padrões mais consolidados de convivência fixados no sistema normativo, o discurso jurídico também não deve superar o dissenso constitutivo da esfera política por uma lógica paternalista de adjudicação de direitos.

No caso do reconhecimento da união homoafetiva, a premissa contramajoritária do discurso jurídico encerra os seus efeitos ao garantir a essas pessoas excluídas do sistema os direitos materiais inerentes à tutela constitucional das famílias. Disso não decorre que haja um necessário e imediato acesso a todos as formalidades, ritos, costumes e criações normativas sedimentadas pela sociedade ao longo dos tempos. Essa é uma luta a ser travada politicamente, no convencimento moral da sociedade acerca do valor daquele estilo de vida em face das perspectivas contrárias, bem como do desvalor intrínseco à manutenção de instituições exclusivistas, fechadas pelo preconceito.

O que o Direito garante é a igualdade de acesso ao debate público por reconhecimento, não a vitória. No nosso caso, é evidente que costumes arraigados – baseados em velhos preconceitos, não se duvida – batalham contra o reconhecimento moral da opção pela homoafetividade. Essa ausência de reconhecimento possui, é claro, ramificações normativas. Em especial, com relação ao casamento e ao tipo de entidade familiar caracterizada pela união estável, pois o instituto do casamento possui raízes históricas e cartorárias ligadas ao paternalismo e à moralidade religiosa. Na jurisdição constitucional, é preciso ressignificar as consequências jurídicas dessas ramificações, garantido o potencial inclusivo e dinâmico do sistema, mas não ignorar os seus significados e símbolos, a não ser que se pretenda afirmar que o acesso ao ritual público do casamento é um direito fundamental, o que nos parece insustentável.

Ainda que essas escolhas seletivas não possam gerar limitações de direitos materiais nos casos concretos, elas indicam o sentido claro de certas práticas sociais em seus compromissos éticos reais. Por mais que discorde desse exclusivismo, não deve o julgador impor a sua visão de mundo como o único critério possível de moralidade, ignorando a existência de propostas concorrentes no corpo social, que se não podem tornar-se abusos contra terceiros (negando-lhes a tutela jurídica de forma ilegítima), ao menos tem a prerrogativa de reservar para si ritos e formalidades que entendem indispensáveis à sua identidade histórica e cultural.

O acesso ao regime do casamento, portanto, é uma batalha que os casais homoafetivos, entidades familiares constitucionalmente protegidas, deverão vencer no âmbito do debate público, convencendo a sociedade de que a exclusividade desse instituto é uma herança histórica perniciosa para o projeto político comunitário em desenvolvimento. Dessa forma, aderimos à diferenciação de tipos sugerida por Paulo Lôbo como uma boa solução para o sentido normativo da questão debatida na ADI 4277.

Com isso, parece-nos que a divergência aposta pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Gilmar Mendes, em que pese possuir as suas falhas, principalmente ao assumir uma postura claudicante acerca do papel da jurisdição constitucional na efetivação da premissa contramajoritária, tem a vantagem de guiar a construção do sentido do acórdão por um caminho juridicamente mais sólido, notadamente quanto ao seu recado para as discussões futuras.

Passa por esse caminho compreender que o nosso sistema jurídico-político, em seu estágio atual, não permite a equiparação total de tipos de entidades familiares. É dizer, então, que a tutela constitucional reconhecida na ADI 4.277 não permite identificar completamente a união homoafetiva com a entidade prevista no art. 226, §3º da CF/88 e, portanto, não indica, por si, a abertura para a conversão em casamento. Essa equiparação total não pode ser imputada ao acórdão proferido naquele julgamento, pois entendemos que essa seria uma posição incoerente do ponto de vista jurídico²³⁸. Há escolhas políticas operando no nível da seletividade que comunicam sentidos normativos intransponíveis pelo julgador nesse ponto.

Por outro lado, a jurisdição constitucional como operadora institucional do princípio geral de inclusão garante que escolhas políticas não possam se tornar abusos jurídicos, violando direitos fundamentais dos parceiros de comunidade. Por isso, a distinção de tipos, muito embora possa assumir inteligibilidade como acesso a ritos e formalidades, não pode constituir limitações aos direitos materiais inerentes à tutela constitucional das famílias. Isso quer dizer que os direitos referentes à adoção, disposição sobre o regime de bens, partilha, herança, pensões alimentícia e previdenciária, garantias patrimoniais e extramateriais de toda sorte, direito real de habitação, guarda, inseminação artificial, entre outros, estão todos garantidos pelo reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. A partir do acórdão proferido na ADI 4.277, e essa parece ser uma interpretação que revela o sentido do julgado, todas as prerrogativas especiais do casamento ou da união estável que versem sobre esses direitos não mais poderão ser adjudicadas de forma a excluir as uniões entre casais do mesmo sexo.

Com essas considerações, concluímos a presente dissertação.

²³⁸ Não desconhecemos o conteúdo da decisão proferida pela 4ª Turma Cível do STJ no Resp. 1.183.378, que se apoiou no resultado da ADI 4.277 para reconhecer o casamento homoafetivo. Ocorre que adentrar no mérito das proposições particulares desse acórdão fugiria ao escopo deste trabalho. Por ora, basta-nos indicar qual seria, a partir do marco teórico desenvolvido, a melhor interpretação da decisão do STF, apesar de outros usos sempre possíveis.

REFERÊNCIAS

ADAMS, R. **The Logical Structure of Anselm's Argument**. *Philosophical Review*, 80: 28–54, 1971;

ADEODATO, João Maurício. **A retórica Constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)**. São Paulo: Saraiva, 2009;

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004;

_____. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: UFMG, 2010;

_____. **O que é o Contemporâneo? e outros ensaios**. Chapecó: Argos, 2009;

_____. **Remnants of Auschwitz**. New York: Zone Books, 1999;

_____. **The Open**. Stanford: Stanford University Press, 2004;

ALEXY, Robert. **On the structure of Legal Principles**. *Ratio Juris*. Vol. 13 No. 3 September 2000, p. 294-304;

ANSELM, Saint, Archbishop of Canterbury. **Proslogium; Monologium; An Appendix in Behalf of the Fool by Gaunilon; and Cur Deus Homo**. Grand Rapids, MI: Christian Classics Ethereal Library. Disponível em http://www.ccel.org/ccel/anselm/basic_works.;

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007;

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006;

_____. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda.;

BEVILAQUA. Clóvis. **Direito de Família**. Campinas: Red Livros, 2001;

BUTLER, Judith; SPIVAK, Gayatri. **Who sings the Nation-State?**. New York: Seagull Books, 2007;

CÍCERO, Marco Túlio. **Treatise on the Laws.**, p. 33. Edição digital produzida a partir da obra: **The Political Works of Marcus Tullius Cicero: Comprising his Treatise on the Commonwealth; and his Treatise on the Laws** (London: Edmund Spettigue, 1841-42). Disponível em http://files.libertyfund.org/files/545/Cicero_0044-02_EBk_v6.0.pdf;

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos**. Revista Filosofia política n. 2, 1985;

DESCARTES, René. **Meditações**. São Paulo: Nova Cultural, 1996;

DWORKIN. Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996;

_____. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: The Belknap press of Harvard University Press, 2011;

_____. **Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled**. *The University of Chicago Law Review*, v. 59, n. 1, The Bill of Rights in the Welfare State: A Bicentennial Symposium (Winter, 1992);

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

FEUERBACH, Ludwig. **A essência do Cristianismo**. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian;

FOUCAULT, Michel. **Security, Territory, Population**. New York: Palgrave Macmillan, 2007;

_____. **Em defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 1999;

_____. **Poder Psiquiátrico**. São Paulo: Martins Fontes, 2006;

_____. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1987;

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Direito como Problema, Constitucionalismo, Democracia e Efetivação dos Direitos Fundamentais**. Artigo inédito no prelo;

GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. Salvador: Livraria Progresso;

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, v. 1;

_____. **Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003;

_____. **A inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política**. São Paulo: Edições Loyola, 2004;

HAMILTON, A.; JAY, J. and MADISON, J. **The Federalist**. (The Gideon Edition), Ed. Sálvio Marcelo Soares. Metalibri, 2009;

HART, H.L.A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009;

_____. **The Ascription of Responsibility and Rights**. Proceedings of the Aristotelian Society, New Series, Vol. 49 (1948 - 1949), pp. 171-194. Blackwell Publishing on behalf of The Aristotelian Society. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/4544455> . Acesso em 2/8/2011;

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Campinas: Unicamp; Petrópolis: Vozes, 2012, Paulo: Martins Fontes, 1999;

_____. **The fundamental Concepts of Metaphysics: world, finitude, solitude**. Bloomington: Indiana University Press, 1995;

HERÓDOTOS. **História**. Brasília: Editora Universidade de Brasília (UnB), 1985;

HONNETH, Axel. **A luta por Reconhecimento**. São Paulo: ed.34, 2003;

KAFKA, Franz. **Before the Law**. Disponível em <http://www.kafka-online.info/before-the-law.html>;

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Nova Cultural, 1996;

KELLY, John.M. **Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010;

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006;

LEIBNIZ, Gottfried. **Novos Ensaios sobre o Entendimento Humano**. São Paulo: Nova Cultural, 1996;

LUHMAN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983;

LÔBO, Paulo. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**, Família e Cidadania. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>;

_____. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008;

MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue**. London: Duckworth, 1981;

MAMAN, Jeanete Antonios: **Ser-para-a-vida e Ser-para-a-morte: Contribuição para o Tema dos Direitos do Ser-humano-existente**. Em BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto. MELO, Claudinei de. **Direito Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009;

MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter Complexo da Decisão em Matéria Constitucional: Discursos sobre a Verdade, Radicalização Hermenêutica e Fundação Ética na Práxis Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000;

MOUFFE, Chantal. **Liberalismo, Pluralismo y Ciudadanía Democrática**. Instituto Federal Electoral. Serie Ensayos num. 2, 1997, p. 15. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=488>. Acesso em 31/1/2011;

NEGRI, Antonio. **O Poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002;

NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (in)Certeza do Direito: a Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011;

NEVES, Marcelo. **A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento**. BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto. MELO, Claudinei de. **Direito Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009;

_____. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009;

NEVES, A. CASTANHEIRA. **Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Coimbra: Coimbra, 2008;

OPPENHEIMER, P., and ZALTA, E. **On the Logic of the Ontological Argument**, in J. Tomberlin (ed.) *Philosophical Perspectives 5 The Philosophy of Religion*, Atascadero: Ridgeview, 1991;

PLANTINGA, A. **God and Other Minds**. Ithaca: Cornell University Press, 1967;

PLATÃO. **República**. São Paulo: Nova Cultural, 1997;

_____. **Górgias**. Disponível em:
<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000034.pdf> . Tradução: Carlos Alberto Nunes;

RORTY, Richard. **Uma Ética Laica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010;

ROSENFELD, Michel. **The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, citizenship, culture and community**. New York: Routledge, 2010, p. 22. Ebook;

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006;

SHIFFRIN, Seana Valentine. **A thinker-based approach to freedom of speech**. Palestra ministrada no 25th IVR world congress of philosophy of law and social philosophy. Tema: Law, science, technology. 15-20 de agosto de 2011. Frankfurt am Main- Alemanha;

SILVA, Marcos Alves da. **Tese de Doutorado defendida em 2012 no programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**;

TUCÍDIDES. **História da Guerra do Peloponeso**. Brasília: UnB, 1999;