As Antinomias do Direito
NA MODERNIDADE PERIFÉRICA

Luis Eduardo Gomes do Nascimento

Oxente
E-BOOK
SABEH

As Antinomias do Direito
NA MODERNIDADE PERIFÉRICA

Luis Eduardo Gomes do Nascimento

E-BOOK

Paulo Afonso-BA
2018

Organização:
Editora SABEH

Diagramação e capa:
Rubervânio Lima
Revisão:
Rubervânio Lima
Breno S. Amorim
Ilustração da capa:
Ênio Matheus

Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica

N244a Nascimento, Luis Eduardo Gomes do.
As Antinomias do Direito na modernidade periférica /Luis Eduardo Gomes do Nascimento. Paulo Afonso: Editora SABEH, 2018.
120 p; il.

ISBN: **978-85-5600-033-0**

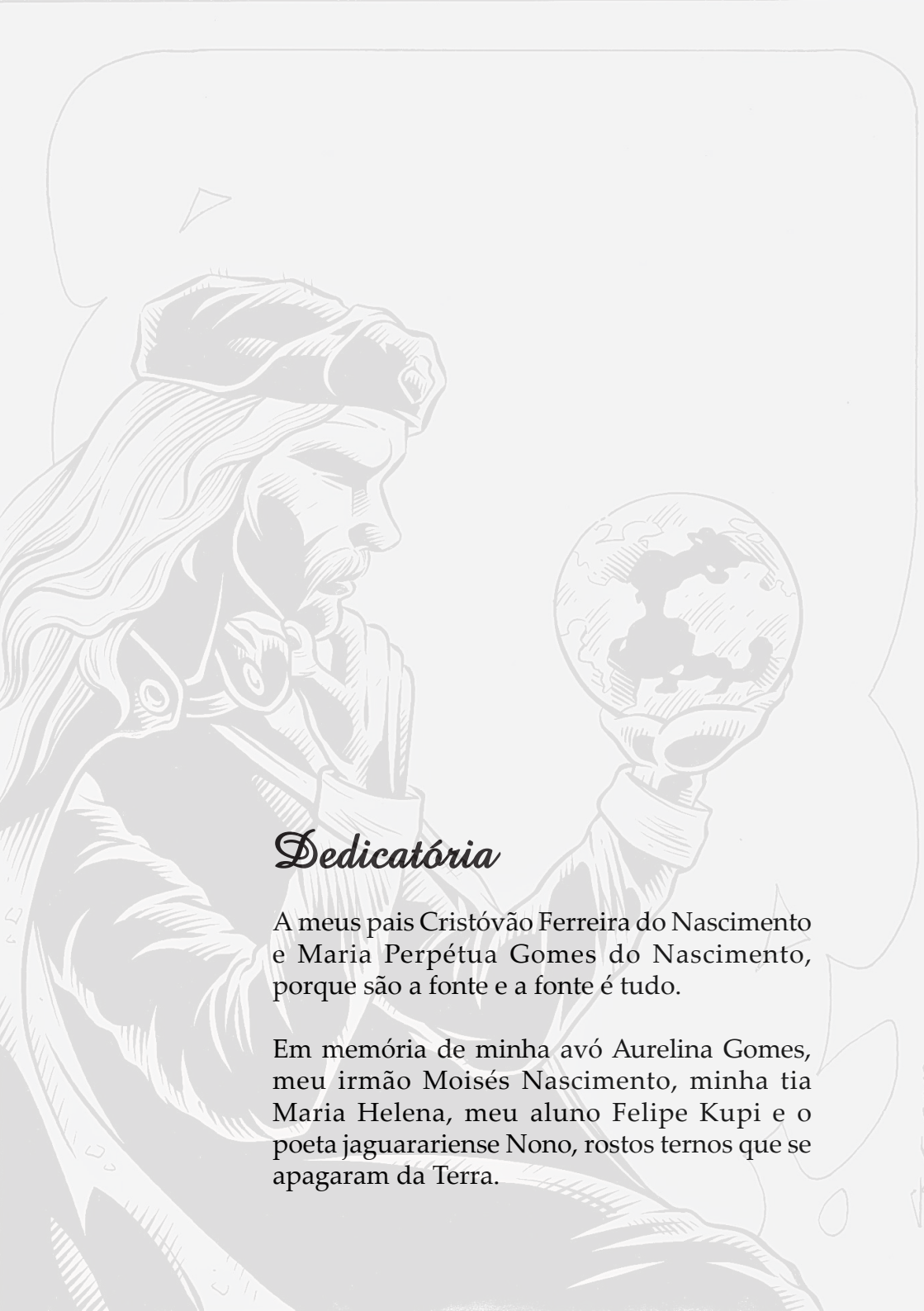
1. Filosofia do Direito - Filosofia crítica
2. Natureza da indagação I. Título

CDD – 340.1

E-BOOK

CONSELHO EDITORIAL DA SABEH:

Dr. Juracy Marques dos Santos (NECTAS/UNEB/FACAPE) – Editor Chefe
Dr. Alfredo Wagner Berno de Almeida (UFAM/PPGAS)
Dr. João Pacheco de Oliveira (UFRJ/Museu Nacional)
Dra. Maria Cleonice de Souza Vergne (CAAPA/PPGEcoH/UNEB)
Dra. Eliane Maria de Souza Nogueira (NECTAS/PPGEcoH/UNEB)
Dr. Fábio Pedro Souza de F. Bandeira (UEFS/PPGEcoH)
Dr. José Geraldo Wanderley Marques (UNICAMP/UEFS/PPGEcoH)
Dr. Júlio Cesar de Sá Rocha (PPGEcoH/UNEB)
Dra. Flavia de Barros Prado Moura (UFAL)
Dr. Sérgio Malta de Azevedo (PPGEcoH/UFC)
Dr. Ricardo Amorim (PPGEcoH/UNEB)
Dr. Ronaldo Gomes Alvim (Centro Universitário Tiradentes – AL - UFS)
Dr. Artur Dias Lima (UNEB/PPGECOH)
Dra. Adriana Cunha – (UNEB/PPGECOH)
Dra. Alpina Begossi (UNICAMP)
Dr. Anderson da Costa Armstrong (UNIVASF);
Dr. Luciano Sérgio Ventin Bomfim (PPGEcoH/UNEB)
Dr. Ernani M. F. Lins Neto (UNIVASF);
Dr. Gustavo Hees de Negreiros (UNIVASF/SABEH);
Dr. Ajibula Isau Badiu (Nigéria)
Dr. Martín Boada Jucá – Espanha (UAB)
Dra. Iva Miranda Pires (FCSH-Portugal)
Dr. Paulo Magalhães - Portugal (QUERCUS)
Dr. Feliciano de Mira – Portugal (UNEB-PPGECoH)
Dr. Amado Insfrán Ortiz - Paraguai (Universidad Nacional de Asunción – UNA)
Dra. María José Aparicio Meza – Paraguai (Universidad Nacional de Asunción – UNA)



Dedicatória

A meus pais Cristóvão Ferreira do Nascimento e Maria Perpétua Gomes do Nascimento, porque são a fonte e a fonte é tudo.

Em memória de minha avó Aurelina Gomes, meu irmão Moisés Nascimento, minha tia Maria Helena, meu aluno Felipe Kupi e o poeta jaguarariense Nono, rostos ternos que se apagaram da Terra.

Agradecimentos

Agradeço ao Justificando na pessoa do jovem Breno Tardeli que, de forma gentil e lhana, autorizou o uso dos artigos publicados no sítio.

Agradeço ao Empório do Direito, por ter publicado alguns destes textos.

Agradeço ao LavraPalavra pela publicação de alguns desses textos e, em especial, Daniel Teixeira, jovem pensador talentoso cuja generosidade e hospitalidade engaja gratidão.

Agradeço aos amigos Luciano Bonfim, Robson Marques, Paulo César, Breno Amorim, Pierre Souto Maior, Paulo de Tarso, José Stênio, Joseilton Sampaio, Sebastião Maia, André Cerqueira, Pedro Henrique, Marcelo Guedes, William Micael, e outros tantos contemplados nesses nomes pela amizade e pelo diálogo diuturno sobre o pensamento/vida.

Agradeço ao amigo de longa data, Juracy Marques, perto de quem nos sentimos elevados espiritualmente, pelo apoio incondicional.

Sumário

PREFÁCIO **13**

APRESENTAÇÃO **19**

INTRODUÇÃO **27**

O CONFLITO ENTRE A FACULDADE DE FILOSOFIA E A FACULDADE DE DIREITO SEGUNDO EMMANUEL KANT **27**

Parte 1
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA **35**

CAPÍTULO 1: A LIÇÃO POLÍTICO-HERMENÊUTICA DE ESPINOSA: A POTÊNCIA DE LER DE QUALQUER UM **37**

CAPÍTULO 2: WITTGENSTEIN E A HERMENÊUTICA ANALÓGICA **44**

Parte 2
HERMENÊUTICA JURÍDICA ANALÓGICA **53**

CAPÍTULO 3: PROLEGÔMENOS PARA UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA ANALÓGICA **55**

CAPÍTULO 4: HERMENÊUTICA JURÍDICA ANALÓGICA E SENTIDO LITERAL POSSÍVEL **64**

CAPÍTULO 5: A APORIA DE DWORKIN E A RECAÍDA NA METAFÍSICA DA PRESENÇA **73**

Parte 3
SEMIOLOGIA, DIREITO E PSICANALISE **81**

CAPÍTULO 6: EM NOME DA LEI, QUEM SE VINGA? **83**

CAPÍTULO 7: PRAGMÁTICA PSICANALÍTICA DA NORMA JURÍDICA EM TEMPOS DE EXCEÇÃO **91**

Parte 4
DIREITOS HUMANOS E MODERNIDADE PERIFÉRICA **101**

CAPÍTULO 8: DIREITO E COLONIALIDADE DO PODER **103**

CAPÍTULO 9: O DIREITO A TER DIREITO: O DIREITO DE NÃO DE SER EXCLUÍDO/A POR LUTAR POR SEUS DIREITOS **112**

Prefácio

Conheci Luis Eduardo Gomes do Nascimento mediante contato de um dileto amigo comum, o professor e magistrado Paulo de Tarso Duarte Menezes. Nosso amigo Paulinho, com a sensibilidade que lhe é peculiar, já no início de minha relação com Luis Eduardo, advertia-me: "esse cabra é uma cabeça pensante, em breve, terá projeção nacional".

Curioso, passei a ler os textos do Luis Eduardo e descobri uma pujante mente criativa. Luis Eduardo tem o raro dom de projetar seu pensamento de forma original, criando novas categorias teóricas e ressignificando outras já clássicas e, por vezes, decadentes.

Nem tudo que Luis Eduardo escreve é de fácil apreensão ao leigo em filosofia, daí que foi necessária, para mim, uma revisitação a temas já adormecidos nas prateleiras da biblioteca ou mesmo a busca por novas referências, contidas na vasta leitura que Luis Eduardo deixa transparecer.

Estamos diante de um teórico marxista, que não nega (ao contrário, afirma categoricamente) que o materialismo histórico e dialético são os caminhos metodológicos que escolheu para analisar criticamente a filosofia do direito

e outras áreas correlatas. Nesse prisma, Luis Eduardo produz uma análise marxista não eurocêntrica, mas de cunho marcado pelas vicissitudes de quem nasceu, cresceu e floresceu no sertão da Bahia.

A extraordinária beleza e originalidade dos conceitos de "apropriação privada da linguagem", "hermenêutica analógica" e a forma pela qual Luis Eduardo trabalha a colonialidade do poder, não deixam qualquer dúvida de que estamos, como já dizia Paulinho, diante de um gigante que começa a assombrar e estremecer as bases da cultura jusfilosófica nacional.

Luis Eduardo tem a consciência de que sua palavra tem força e poder, que faz parte da tradição da pedagogia do oprimido. Ele produz conhecimento a partir de seu contexto com o intuito de mudá-lo, trilhando a *práxis* de viés marxista.

Renato Janine Ribeiro, no posfácio da edição brasileira da obra de Carlo Ginzburg, "O queijo e os vermes", ao se referir ao herético Menocchio, escreveu que este era um mártir, um herói. E estava nesse patamar não apenas em razão de que lia muito, em circunstâncias bastante desfavoráveis, mas sobretudo porque pensava, refletia criticamente e de forma original.

Penso que tal classificação é perfeita para Luis Eduardo: um herético do sertão; um filósofo do direito que vem confrontar o saber constituído e diluído, demolindo para construir.

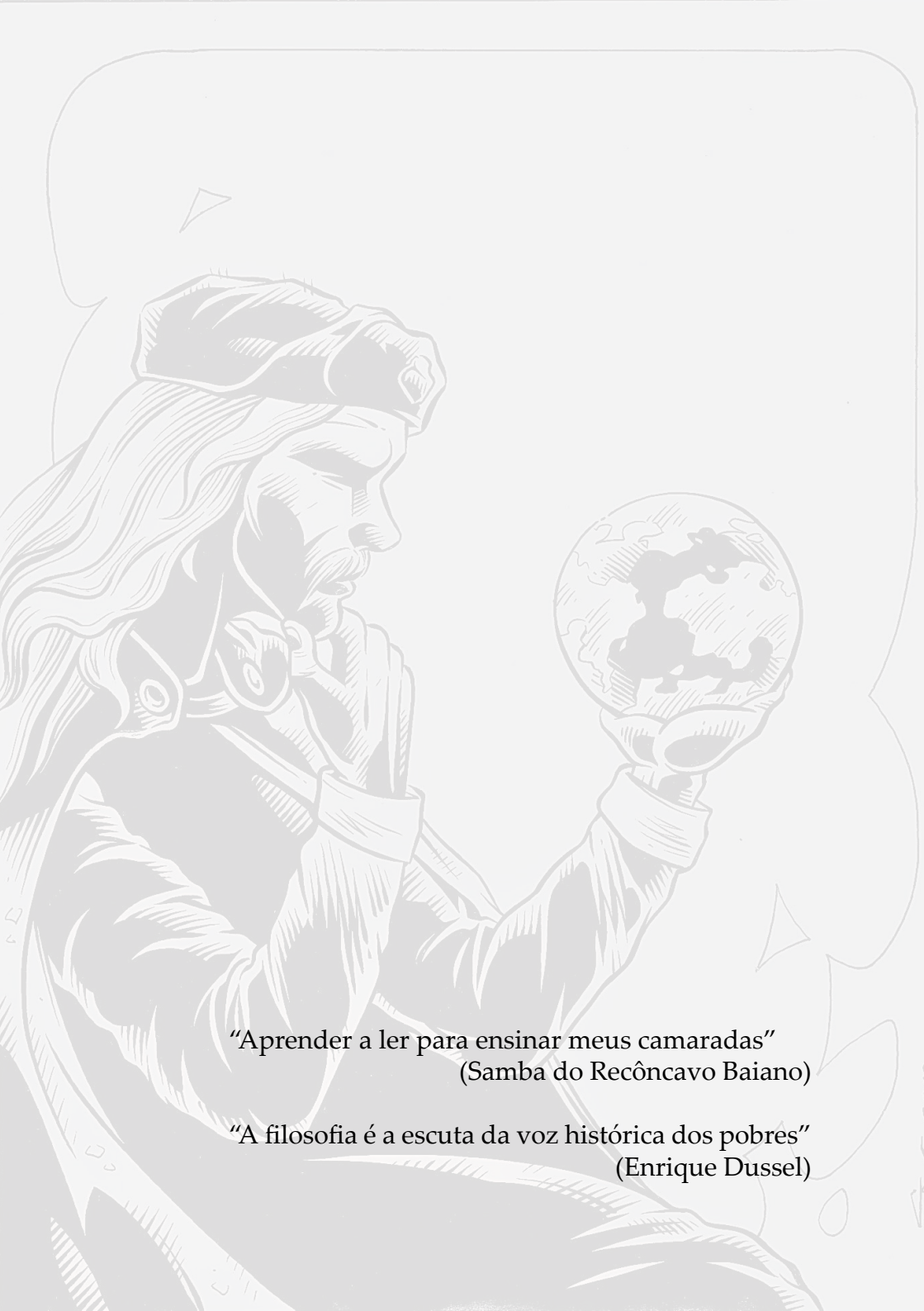
Não poderia finalizar estas breves linhas sem citar outro baiano brilhante que, ao escrever a letra de uma música, poeticamente definiu Luis Eduardo, baiano, sertanejo, com repasto. Trata-se de Tom Zé, com sua música "Desafio":

"Doutor: Meus senhores, vou lhes apresentar
A figura do homem popular,
Esse tipo idiota e muquirana
É um bicho que imita a raça humana.
O homem: O doutor exagera e desatina
Pois quando o pobre tem no seu repasto
O direito a escola e proteína
O seu cérebro cresce qual um astro
E começa a nascer pra todo lado Jesus Cristo e muito Fidel Castro
Africará mingüê e favelará mérica de verme que deusará Iocuné Tatuapé Irará
Doutor: Veja o pobre de hoje: quer tratar
Do direito, da lei, ecologia.
É na merda que eles vão parar
Ou na peste, maleita, hidropisia.
O homem: Mas o Direito, na sua amplitude
Serve o grande e o pequeno também.
Além disso quem chega-se à virtude
E da lei se aproxima e se convém
Tá mostrando ao doutor solicitude
Por querer o que dele advém."

Convido o leitor a pensar. Convido a academia a se olhar no espelho, criticamente e com humildade. Leiam os textos do Luis Eduardo e se transformem. Está lançado o Desafio!

Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim

Professor de Direito Processual Penal
(ASCES e Escola Judicial do TJPE)
Juiz de Direito.



"Aprender a ler para ensinar meus camaradas"
(Samba do Recôncavo Baiano)

"A filosofia é a escuta da voz histórica dos pobres"
(Enrique Dussel)

Apresentação

A dor tem, também, os seus direitos.

(Albert Camus)

Sugeri que o título desse livro fosse: "A dor da lei" mas, lucidamente, meu Amigo e conterrâneo Luis Eduardo, pessoa pela qual tenho um carinho como a um irmão, não aceitou. Esta é uma questão minha com o Direito. A lei não sente dor, ela provoca dor, mesmo na sua questionável missão de promover a justiça que, paradoxalmente, ao tirar a dor de alguém causa dor em outrem. Um juízo ético não se aplica nessa situação, senão apenas a translúcida noção jurídica da moral. A lei não é ética, é moral!

O moralismo jurídico é carregado de um "juízo de valor". Uma postura ética no campo do direito implicaria num "juízo sem valor". Como acertadamente escreveu Lacan, a postura ética "requer que o sujeito esteja vazio de tudo ou cheio de nada". Portanto, sendo impossível tal condição, o que vemos na prática jurídica é a aplicação de um "juízo com valor". Valor, portanto, tem a ver com a dogmática do bem e do mal.

Essa ambiguidade que, corajosamente, alguns raros espécimes do campo do Direito reconhecem, entre os quais incluo o Autor desse livro, deveria servir como base para pensar as fissuras do campo jurídico-formal. Por exemplo,

como aceitar a noção jurídica de "propriedade" senão pela negação de um direito, o direito natural? Como justificar a pena de morte senão, apenas, por um juízo moral? Evocando Aristóteles, pensando a ética como "um juízo sobre uma ação", a questão não seria "quem merece a morte?". Antes, um julgamento moral, mas, "por quê se mata?".

O que chamamos direito positivado foi tramado nos obscuros porões do poder que, para prevalecer, teve que negociar com a nossa incandescente noção de justiça. Esse flanco se negocia em épocas, dependendo de como o servo descobre as ranhuras que lhe tornam servo. É um despertar de pedaços.

Sabemos, até o capital está refém do Capital. A justiça hoje titubeia nas mãos perversas da economia. A escandalosa e vergonhosa erupção da corrupção no Brasil nestes últimos anos, mostrou como duas empresas conseguiram manter controle sobre a quase totalidade da rede política do país. Salvam-se alguns "gatos pingados".

A corrupção é um mal planetário que ameaça das mais frágeis às mais consolidadas democracias do mundo. Nos EUA, como descreve o ex-vice presidente e Nobel da Paz, Al Gore, no seu livro *O Futuro* (2015), há um silenciamento comprado da política e dos setores de comunicação sobre a grave problemática das questões climáticas.

Os lobistas, servos de grandes impérios econômicos, dominam a cena do Senado Americano e mais, "50% dos senadores reformados e mais de 40% dos representantes

reformados se tornaram lobistas", nos alerta Al Gore, acrescentando: "As empresas mostram-se particularmente ativas e persistentes no exercício da pressão para colocar juízes nos tribunais que adotassem teorias jurídicas conservadoras que diminuíssem os direitos dos indivíduos, constringissem a esfera da democracia e aumentassem os direitos e liberdade de ação das empresas. Fundaram também faculdades de direito conservadoras para formar toda uma geração de advogados antirreformistas e uma rede de fundações jurídicas para influenciar o curso da jurisprudência americana".

A dor da lei é a lei da dor. A dor dos mais fracos nesse perverso jogo encenado pela civilização humana ao longo de séculos. Assim, não é estranho que a lei, que nasceu para evitar o caos de uma sociedade humana em estado natural, tenha sido justa por oficializar a escravidão, negar a condição feminina e de outros gêneros humanos, expropriar minorias, oficializar a riqueza de poucos.

Esse livro está recheado das inquietações sísmicas da alma de um dos mais jovens e proeminentes pensadores do Direito em solos do Brasil. Quem o acompanhar nas linhas que seguem sobre o Direito nas searas da modernidade periférica, vai ver quão potente são suas vulcânicas elaborações sobre as teses de mármore do Direito, dando-lhes porosidade, liquidez, necessárias ao sonho de um dia as dores dos silenciados terem voz.

Todo o livro é um deleite àqueles e àquelas interessados em questões emergentes do campo do Direito. Eu, particularmente, gosto muito do capítulo intitulado *Em nome*

da Lei, quem se vinga?, onde podemos encontrar o seguinte fragmento: "No episódio "Não Matarás", do decálogo do genial diretor polonês Krzysztof Kieslowski, o jovem estudante recém-formado, enquanto aguarda sua chamada para o exame oral de admissão para o exercício da advocacia, pergunta a si mesmo: ***mas em nome de quem a lei se vinga?***".

Talvez tenha sido essa inquietação que Kafka nos apresenta no livro *O Processo* e que tenham ecos nos gemidos dos nativos das Américas, submetidos a um sangrento genocídio, nos sussurros silenciosos dos negros covardemente açoitados, no cálice amargo da morte de milhares de judeus, ciganos, homossexuais, nas mãos legais nazistas, na descamação dos corpos femininos nas coivaras da Inquisição.

Recorrerei novamente ao profético livro de Al Gore para dar conta do meu gosto por esta questão. Em 1922 o epilético Harry Laughlin, superintendente do Gabinete de Registro Eugênicos de Nova Iorque, publicou uma lei modelo de esterilização eugênica contra, inclusive, epiléticos.

A partir das teses nazistas de Laughlin, endossadas num parecer do juiz Oliver Wendell Holmes Jr., em 1927, O Supremo Tribunal dos EUA endossou essas leis eugênicas em vários estados norte-americanos. Um dos processos, de Buck v. Bell, tratava do caso da esterilização forçada de uma jovem da Virgínia, Carrie Buck, sob a acusação de ser "débil mental" e "sexualmente promíscua". Consta nos autos do processo que tivera um filho aos 17 anos.

Defendendo o direito do estado de realizar a esterilização, o juiz Holmes afirmou: "a sociedade pode

impedir aqueles que são manifestadamente inaptos de continuar a propagar a sua espécie... Três gerações de imbecis são suficientes." Meio século depois, o diretor do hospital onde ocorreu a esterilização procurou Buck. Encontrou uma mulher de 80 anos lúcida e com uma inteligência normal.

A investigação sobre este caso mostrou que a jovem Carrie era uma criança adotada, violentada por um sobrinho de seus pais adotivos que a internou na *Virginia State Colony for Epileptics and Feebleminded* tentando evitar que o caso viesse à tona. Sua Mãe, por razões não conhecidas, também foi internada nesse local.

O desdobramento do caso Buck: o diretor da Colônia da Virgínia, Albert Priddy, a diagnosticou como "congênita e incuravelmente deficiente". Ela teve direito a um advogado, Aubrey Strode, escolhido por seu tutor legal, amigo do diretor da Colônia e do advogado responsável pela Colônia, que não apresentou testemunhas ou provas e aceitou a descrição de sua cliente como "idiota de grau médio".

O famigerado Harry Laughlin, que nunca teve contato com Buck, nem com sua mãe e filha (três gerações), declarou ao tribunal, num depoimento escrito, que "as três pertenciam à classe indolente, ignorante e inútil dos brancos antissociais do Sul. "

A filha de Buck, Vivian, foi examinada por uma enfermeira quando tinha algumas semanas de vida que declarou: "o bebê tem um ar estranho que não é completamente normal." Ela foi retirada da mãe e entregue

à família do violador de Carrie. À revelia das circunstâncias, tornou-se uma das melhores alunas da sua escola, mas morreu de sarampo quando estava no segundo ano.

Paul Lombardo, historiador e professor da Universidade Estadual da Geórgia, que escreveu um livro sobre o caso, descreveu que "todo o processo foi baseado na mentira e na traição, tudo foi legalmente combinado". Para finalizar, a irmã de Carrie, Doris, também foi esterilizada na mesma instituição. Os médicos que elaboraram o procedimento, disseram-lhe tratar-se de uma apendicite.

Essa lei foi usada pelo III Reich como base para também esterilizar mais de 350.000 pessoas e, em 1936, os nazistas conferiram a Laughlin um título honorífico na Universidade de Heidelberg pela sua obra na "ciência da limpeza racial."

Esse é um caso típico que descreve bem em nome de quem a lei se vinga.

Para dar conta do espírito da lei, Luis Eduardo, evoca um conceito precioso à psicanálise lacaniana a respeito do conceito de significante-mestre, tentando suturar o vazio que fica quando todo buraco é preenchido. Entretanto, mesmo com esse tamponamento, o vazio permanece presente constituindo-se em torno de um outro-mesmo vazio. Escreve o advogado lacaniano: "é sempre em nome de outro nome."

Quem já fez terapia sabe que uma cena, um acontecimento, uma experiência sempre nos liga a outra

cena, outro acontecimento, outra experiência. Por exemplo, sendo teísta ou ateísta, nos interessando por saber "quem é o ser humano", podemos voltar à sua condição de *homo sapiens*, depois ao ancestral comum de onde deriva todas as formas de vida, à bactéria unicelular da lama-primeva, ao Big Bang, ao mistério. O mistério, a razão total, o que é cheio, é também o vazio, o intangível. Tudo e nada está lá. Em algumas dessas fendas podemos ancorar e inventar uma ficção para o sentido da vida humana. É nessas fendas que inventamos uma crença fictícia da lei. A dor da lei é vazia. Um vazio-cheio!

Luis Eduardo, apresenta-nos como saída epistemológica para este "buraco de minhoca" a tese de Althusser de que o papel da ideologia "é impor as evidências como evidências", de modo a impossibilitar a diferenciação do aparecer da sociedade com o ser da sociedade. Tomando como exemplo o caso Buck, quando a sociedade aparece quando o ser desaparece?

Finalizo minhas palavras dizendo que a sociedade aprece na lei, é uma ficção, e o ser da sociedade desaparece na lei, é uma fixação, um real inventado pela ficção. A lei é esse mágico que faz sumir e aparecer o coelho, a dor, na ora que ele quer.

Boa leitura!

Dr. Juracy Marques
Psicanalista e Ecólogo Humano

Introdução

O CONFLITO ENTRE A FACULDADE DE FILOSOFIA E A FACULDADE DE DIREITO SEGUNDO EMMANUEL KANT

Há quem reduza a obra de Kant à Crítica da Razão Pura. Heine, por exemplo, considerava as outras supérfluas. Pensamos de forma diversa. A estratégia desse pequeno ensaio, que introduz esse opúsculo, é resgatar a obra "O conflito das faculdades" como ponto de partida para o debate do papel estratégico que a Universidade tem no contexto brasileiro, ainda manchado de autoritarismo e, mais ainda, a relação conflituosa entre a faculdade de filosofia e a faculdade de direito e como se faz necessário um verdadeiro corte epistemológico na ciência jurídica.

A obra é de 1798, quando a censura estava mais branda, permitindo a Kant uma maior liberdade[1]. Longe da imagem do Kant submisso, o texto se insere no melhor da tradição iluminista, sendo um ponto estratégico para pensar a nossa situação histórica e o papel da universidade em face do poder constituído; e o conflito entre a faculdade de direito e a faculdade de filosofia.

O texto inicia com o elogio da fecunda ideia de se constituir, por meio da divisão do trabalho, mestres

1. Sobre este ponto ver: LOSURSO, Domenico de. Autocensura e compromisso no pensamento de Kant. São Paulo: Ideias & Letras, 2015.

públicos, isto é, professores integrados a um ente coletivo – as Universidades- que por meio de suas Faculdades tem autorização para receber alunos e formá-los[2].

As faculdades são divididas em Superiores e Inferiores. As primeiras compreendem as que ao governo interessa ditar a forma e o conteúdo das doutrinas para o melhor controle dos cidadãos. As segundas são aquelas orientadas pelo interesse da ciência de forma que gozam de liberdade.

As Faculdades superiores se inserem na engrenagem do poder, baseiam-se na *escrita* e se constituem de *estatutos* emanados do arbítrio de um superior, de um sujeito de enunciação que ocupa uma posição formal de poder. Na medida em que interessa ao governo o bem *eterno*, *civil* e o *corporal*, as Faculdades superiores se distribuem em três, a saber: a) a teologia; b) o direito; c) a medicina. Como cuidam do regramento do agir humano, tem uma inclinação ao dogmatismo. Afirma Kant:

> É por isso que o teólogo bíblico (como pertence à Faculdade superior) não coloca seus ensinamentos na razão, mas na Bíblia; o professor de direito, não no direito natural, mas no direito civil; e o sábio em medicina sua terapêutica destinada ao público não na fisiologia do corpo humano, mas no regramento médico[3].

Já a Faculdade inferior é a classe que se ocupa das doutrinas abertas, não comportando um enrijecimento dogmático, de forma que não são aceitas como ordens

2. KANT, Emmanuel. Le conflit des facultes em trois sections. Paris: Vrin, 1973, p. 13.
3. Ob. cit. p. 20/1.

inquestionáveis. Quando está em questão *a verdade de certas doutrinas* que devem ser submetidas ao uso público da razão, o *mestre não pode apelar a ordem de uma autoridade suprema*[4]. Por isso, a Faculdade inferior, preservando sua autonomia em face do Poder instituído, tem a tarefa proteger a razão e a verdade, e não o princípio da autoridade.

Kant, diante da tendência ao dogmatismo pelas Faculdades superiores, conclui que surgirão conflito destas com a Faculdade inferior. Independente do conteúdo das doutrinas que o governo impinge às Faculdades superiores, não se pode subtraí-las do exame público, pois, ainda que emanadas de lugar formal de poder, podem estar em desacordo com a razão comum e necessária[5] .

Kant faz uso da dicotomia entre direita e esquerda no parlamento para expor de forma mais figurativa a relação de conflito entre as Faculdades superiores e a Faculdade inferior. Como o papel das Faculdades superiores é defender a situação do governo, deve existir um partido de oposição – a Faculdade de filosofia – que, submetendo os estatutos do governo ao um exame severo da razão, pudesse assegurar uma ação política mais consentânea ao interesse público.[6]

O gesto radical de Kant é *ter subtraído a Faculdade de filosofia de todo poder exterior*, sobremodo o poder do Estado, reservando-lhe a *liberdade incondicional* de pôr em questão, isto é, por em aberto e no aberto, todo discurso de autoridade, toda tradição que só se sustenta pela ignorância. Reivindica,

4. Ob. Cit. p. 26.
5 . Ob. cit. p. 33.
6. Ob. cit. p. 33.

então, que, no conflito entre as faculdades, a Filosofia tenha primazia, já que, por não estar submissa a interesses que lhes são exteriores, pode submeter as outras ao *uso público da razão*, impedindo que se tornem mecanismos perversos de poder. Assinala:

> Por consequência, a Faculdade de filosofia não pode jamais depor as armas diante do perigo que ameaça a verdade que ela deve proteger já que as Faculdades superiores não renunciam jamais ao desejo do governo[7].

Consequentemente, surgem conflitos entre as Faculdades superiores e a Faculdade inferior. O conflito não degenera em guerra, mas constitui o que Kant denomina concordância discórdia ou discórdia concordância, categoria que se aproxima da dialética, mas com ela não se confunde. O antagonismo é atenuado pelo primazia do rigor imanente à razão:

> Este antagonismo, ou seja, esta disputa de dois partidos entre si unidos em conjunto comum (concordia discors, discordia concors), não é, pois, uma guerra, mas é uma discórdia por oposição dos propósitos finais no tocante ao meu e ao teu científico que, como em política, consiste na liberdade e na propriedade, em que aquela, como condição, deve necessariamente preceder esta; consequentemente, não se pode conceder-se às Faculdades superiores direito algum sem que, ao mesmo tempo, a Faculdade inferior seja autorizada a apresentar ao público erudito as suas dúvidas.[8]

7. Ob. cit. p. 35.
8. Ob. cit. p. 38. *A categoria de discordância concorde permite dar uma nova configuração ao que entendemos por contraditório.*

Para Badiou, uma verdadeira situação filosófica acontece quando há uma confrontação entre pontos de vistas incomensuráveis, isto é, que não possuem nenhum elemento comum que assegure uma partilha. Trata-se de uma confrontação e não de um diálogo[9].

Em Kant, a discórdia concorde não alcança tamanha intensidade, mas também não pode ser associada a uma certa visão ingênua que sempre acaba no consenso presumido ou sobreposto. O conflito é irredutível à razão comunicativa que ingenuamente acredita que a opinião universalizável como consenso possa emancipar-nos. A discordância concorde instaura uma comunidade de comunicação, mas, como alerta Muguerza, tem que incorporar fatores de discórdia, tais como lutas de classes, bem como excluir todo consenso infantilizador, estruturando-se no *imperativo da divergência*[10]. Partir do consenso ou chegar nele por vias artificiais é crer, falsamente, que a sociedade sempre se resolve numa conta perfeita.

No nosso contexto, *a colonialidade do poder*, cuja base é a imposição da ideia de raça como mecanismo de dominação, ainda persiste de tal maneira que o espaço público é apropriado pelas classes dominantes[11]. A discordância concorde, então, ganha um conteúdo mais radical, permitindo questionar a limitação do uso público da razão aos inseridos nos círculos de poder e a apropriação privada da linguagem como forma sutil de exceção contra o inimigo erigido midiaticamente.

9. BADIOU, Alain; ZIZEK, Slavoj. Filosofía y actualidade. Buenos Aires: Amorrortu, 2011, p. 14.
10. MUGUERZA, Javier. Desde la perplejidad. México: Fondo de cultura económica, 1996, p. 330.
11. QUIJANO, Aníbal. Cuestiones y horizontes: de la dependência histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder. Buenos Aires, Clacso, 2014, p. 821.

O conflito entre a Faculdade de direito e a Faculdade de filosofia torna-se inevitável. Para Kant, o jurista erudito, como funcionário do Estado, *pesquisa as leis* que garante o que é cada de cada um (o meu e o teu), *não na sua razão ou fundamento*, mas no código emanado da autoridade suprema. Ao restringir o direito ao que é ordenado, considera insensato auscultar se as ordens são justas ou quais são os seus fundamentos.

É por isso que Kant defere à Faculdade de filosofia a tarefa de esclarecer o povo:

> Esclarecer o povo é ensinar acerca dos seus deveres e direitos diante do Estado a que pertence. Como não se trata senão de direitos naturais e derivados do bom senso comum, os respectivos anunciadores e intérpretes no meio do povo não são os oficiais professores de direito, estabelecidos pelo Estado, mas os professores livres (de direito), isto é, os filósofos que precisamente por causa da liberdade que se permitem são objeto de escândalo para o Estado que não senão reinar, e difamados sob o nome de iluministas como gente perigosa para o Estado.[12]

O conflito entre a faculdade de direito e a faculdade de filosofia lembra uma dicotomia, originada por Herbert Hart, entre a perspectiva interna e a externa na apreensão do direito. Dworkin, em O império do direito, adota a perspectiva interna, limitando, sem negar a perspectiva externa, a sua abordagem à prática argumentativa do direito. Conforme expõe, o que a prática jurídica permite ou exige depende das verdades de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito delas. Diante disso, conclui: "Serão perversas as teorias que, em nome de questões supostamente

12. Ob. Cit. 106.

amplas da história e da sociedade, ignoram a estrutura do argumento jurídico".[13]

Poderíamos inverter esse enunciado desmascarando seu aspecto errôneo, mas basta demonstrar como se insere no logocentrismo ocidental. Dworkin cai na metafísica da presença, não apenas ao sucumbir à substantivação do universal como demonstrei de forma inconcussa em outro lugar[14], mas por se perder numa *dicotomia em que um dos termos é privilegiado em detrimento do outro*. A dicotomia entre ponto de vista interno e externo é erigida para exaltar uma suposta superioridade do ponto de vista interno.

Derrida cunhou o conceito de *diferança* para designar a causalidade constituinte, isto é, o processo de cisão e divisão do qual as *diferenças* seriam meros produtos. As dicotomias, que marcam a onto-teologia ocidental, ocultam o processo de diferança em seu ato mesmo de criar as diferenças. Se a diferança torna possível a apresentação do ente-presente, ela quase nunca se apresenta[15]. Portanto, a estratégia de Dworkin é simplista. O que devemos fazer é *demolir a dicotomia mesma, mostrando o quanto é arbitrária, instalando-nos no seu interstício, revelando-a como uma decisão política que quer se impor como critério científico.*

Foi na tradição do estruturalismo francês, desconhecida por Dworkin, que o problema se colocou da forma mais adequada. Poulantzas mostra que a sociologia jurídica (ponto de vista externo) fracassou ao diluir a especificidade do jurídico nos dados econômicos, sociais e históricos. Por outro

13. DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 18.
14. DERRIDA, Jacques. La voix et le phènomène. Paris: PUF, 1967, p. 103. A diferança é análoga à diferença ontológica (Heidegger), à dis-tinção analética, ao Dois (Badiou), à paralaxe (Zizek).
15. Ver capítulo 5 - A Aporia de Dworkin e a Recaída na Metafísica da Presença.

lado, a perspectiva jurídica (ponto de vista interno) insula o direito, reificando-o num sistema formal, abstrato, genérico e regulamentar, em que a mediação do social-histórica é esvaziada numa positividade autorreferente[16].

O direito, entrevisto no interstício da dicotomia assinalada, ostenta uma autonomia relativa já que os dados do social-histórico não se lançam de forma imediata no plano jurídico. Os dados econômicos não se transportam senão através das estruturas específicas internas do direito.

Portanto, é perversa toda teoria que, limitando-se ao estudo da mera estrutura do argumento jurídico, esquece ou não quer ver que *o direito é um lugar de mediação do social-histórico* e que, ainda que tenha uma especificidade própria expressa na comunicação normativa, aqueles elementos nele refratam-se, desenvolvendo-se à luz dos critérios internos ao e do direito.

No momento em que o ódio à igualdade ressurge e ganha a forma estatal, a lição iluminista de Kant é axial para que o jurista não seja um cúmplice da tirania feita em nome da lei e do Estado. É preciso superar velhas dicotomias, e compreender que as categorias teóricas forjadas emanam da sociedade e se dirigem a ela, ocultando-a ou desvelando-a. São determinadas e determinantes. Toda teoria, quer queira ou não, é, portanto, uma intervenção política num espaço político. Eis o sentido do corte epistemológico dialético que já se sustenta numa ontologia social.

16. POULANTZAS, Nicos. Natures des choses et droit: essa sur la dialectique du fait et de valeur. Paris: LGDJ, 1965, p. 273. Por isso, nunca foi novidade, para nós dialéticos, a tese de Luhmann conforme o direito é normativamente fechado e cognitivamente aberto. Não obstante, sua tese sempre se ressentiu de alteridade. Marcelo Neves, jurista de rigor admirável, no livro "Entre Hidra e Hércules" avança ao articular ego e alter ego, apontado para a alteridade que sempre faltou em seu mestre. É preciso ler e reler Poulantzas e Marcelo Neves para entender a complexidade do problema da autonomia do direito.

Parte 1
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Capítulo 1:

A LIÇÃO POLÍTICO-HERMENÊUTICA DE ESPINOSA: A POTÊNCIA DE LER DE QUALQUER UM

Se Lefebvre admoestava aos linguistas a inexistência de referência à obra de Leibniz, cabe a nós, interessados na construção de uma hermenêutica consistente, reconhecer com espanto que a grande omissão da obra fundadora e seminal de Gadamer "Verdade e Método" é Espinosa[17]. O espanto é maior porque a lição *hermenêutica de Espinosa* é fecunda e antecipou muitas questões com as quais no debatemos até hoje.

Richard Palmer, ao auscultar os diversos sentidos da hermenêutica, expõe que a expressão abarca seis significados: 1) uma teoria da *exegese bíblica*; 2) uma *metodologia filológica*; 3) uma ciência de toda compreensão linguística; 4) uma base metodológica das ciências do espírito; 5) uma fenomenologia da existência; 6) sistemas de interpretação para obter o significado dos mitos e símbolos[18].

Na parte em que explica a hermenêutica como *metodologia filológica*, lembra que os racionalistas buscavam

17. Li e reli com ávido interesse essa obra e me espantei com a gritante ausência de enfrentamento da hermenêutica de Espinosa. Na verdade, Gadamer faz apenas quatro céleres alusões a Espinosa. Ainda assim pode-se dizer que é uma omissão. No Brasil, o silêncio é maior ainda. Reparemos essa história. Não obstante, é preciso ler e reler Gadamer, ele por ele mesmo.
18. PALMER, Richard E. Hermenêutica. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 48.

ultrapassar os juízos prévios, fazendo uma breve alusão a Espinosa.

Gianni Vattimo, ao fazer a genealogia da hermenêutica, reconhece Lutero como um dos seus precursores. E elogia a grandeza do gesto político de Lutero de *se opor ao magistério da Igreja Católica que se arrogava a condição de única intérprete válida do texto bíblico*[19]. A lição de Espinosa é similar, mas ainda mais contundente. Na obra Tratado Teológico-Político dedica o capítulo VII à interpretação bíblica. Espinosa quer mostrar que *a posição formal de poder não é por si o lugar da razão*. Empreende uma crítica dura ao princípio da autoridade que, nas suas mais variadas formas, sempre remete ao lugar de poder do sujeito enunciador. Afirma que *a mais alta autoridade pertence a cada um para interpretar a Escritura de forma que não há outra regra que a da Luz Natural comum a cada um, não reconhecendo autoridade exterior*[20].

Mas o destronar do princípio da autoridade não significa a autorização para se interpretar de qualquer forma. Para afastar a possibilidade de arbítrio, Espinosa propõe um método composto por três critérios que antecipam, de alguma maneira, os três níveis básicos de toda interpretação: a) gramatical; b) estrutural e c) histórico.

Eros Grau, seguindo Wróblewski, assinala que a interpretação se desenvolve em três contextos distintos: o linguístico, o sistêmico e o funcional. Impressiona que, em 1670, Espinosa já tratava, é claro que com outros termos,

19. VATTIMO, Gianni. Comunismo hermenéutico: de Heidegger a Marx. Barcelona: Herder, 2012, p. 129.
20. SPINOZA. Traité théologico-politique: Paris: GF Flammarion, 1965, p. 158. Luz Natural significa Razão.

desses três níveis, antecipando de forma revolucionária a hermenêutica atual. Vamos a seu método de interpretação.

Espinosa afirma:

> Em primeiro lugar, ela deve compreender a natureza e as propriedades da língua na qual foram escritos os livros da Escritura e que seus autores estavam acostumados a falar[21].

Nesse nível, portanto, a compreensão da língua é erigida em critério axial da interpretação. No Brasil, tem-se enfatizado a necessidade de se respeitar os limites semânticos. Já fizemos a observação de que a sibilina expressão decorre do desconhecimento do funcionamento dos signos. Um signo sempre *reenvia* a outros signos, de forma que somente com a *equivalência sem identidade* se evita a dissolução de todo o sentido[22].

Apostar, contorcendo-se para não reconhecer o problema da equivalência na diferença, na interpretação por sinonímia é mais um equívoco. Até os analíticos cujos sonhos sempre envolvem a univocidade reconhecem que *não há sinonímia perfeita*. W. V. Orman Quine admite que quando parafraseamos uma asserção para resolver a ambiguidade buscamos não uma asserção sinônima, mas uma mais informativa pela qual se afasta outras interpretações[23]. Ernildo Stein partilha desse entendimento quando afirma que *não podemos dizer a mesma coisa com outras palavras*[24].

21. Ob. Cit. p. 140.
22. Ver capítulo 3 - Prolegômenos Para Uma Hermenêutica Jurídica Analógica.
23. QUINE, W. V. Orman. Palabra y objeto. Barcelona: Editorial Labor, 1968, p. 169.
24. STEIN, Ernildo. Diferença e repetição: ensaios sobre desconstrução. 2ª ed. Rio Grande

Nas pesquisas sobre semântica, a ideia de sinonímia nunca esteve vinculada à ideia de identidade perfeita, mas de *parentesco, e, portanto, de analogia*.

No segundo nível, Espinosa enuncia:

> Devem-se agrupar as enunciações contidas em cada livro e reduzi-las a certo número de pontos principais, de modo a encontrar facilmente todas aquelas que se relacionam com o mesmo objeto; notar em seguida todas aquelas que são ambíguas ou obscuras ou em contradição umas com as outras.[25]

Nesse ponto, não se deve associar o critério com a interpretação usualmente denominada sistemática, a qual remete à ideia de unidade, isto é, de uma conta-por-um que ignora as contradições. Ao buscar a *coerência* do texto, Espinosa reconhece a *possibilidade de contradições*. Estaria mais próximo, portanto, da ideia de estrutura, isto é, as relações entre termos de forma que estes não podem ser modificados sem importar em modificação do todo.

Esse nível tem sido negligenciado na teoria do direito e precisa de maiores desdobramentos. A lição de Espinosa é interessante porque, ao elevar o texto ao contexto intertextual, surgem contradições que precisam ser resolvidas.

Por fim, arremata:

> Em terceiro lugar, essa investigação histórica deve trazer a respeito dos livros dos Profetas todas as

do Sul: Unijuí, 2008, p. 281 à 293.
25. Ob. Cit. p. 140.

> circunstâncias particulares que chegaram ao nosso conhecimento: compreendo nesse item a vida, os costumes do autor de cada livro, a finalidade a que ele se propunha, qual foi, em que ocasião, em que tempo, para quem, em qual língua enfim ele escreveu. Ele deve também conter os casos próprios a cada livro: como ele foi coletado na origem, em que mãos caiu, quantas lições diferentes são conhecidas de seu texto, quais homens decidiram admiti-lo nos cânones e, enfim, de que modo todos os livros reconhecidos unanimemente como canônicos foram reunidos num só corpo.[26]

Nesse nível, os elementos, segundo Todorov, são distribuídos em três: 1) o objetivo do livro; 2) o autor e 3) o leitor. Mas, diante da referência às circunstâncias, além daqueles elementos, deve haver remissão não só ao contexto de edição de texto, mas à *experiência social-histórica* no qual os elementos estão inseridos.[27]

Outra lição de Espinosa consiste na exigência de que a interpretação seja orientada e dirigida pelo texto, polemizando contra a exegese patrística que impunha ao texto as pressuposições arraigadas na tradição. A lição continua vigente. *Todo ato de interpretação/aplicação exige uma capacidade de desapego dos próprios pressupostos, de abertura ao distinto Outro*.

Todorov mostra Colombo como o símbolo da anti-hermenêutica em que não há espaço para o outro, desenvolvendo a típica interpretação 'finalística' que, desde sempre, encontra o que já estava definido no ponto de

26. Ob. Cit. p. 142.
27. TODOROV, Tzvetan. Simbolismo e interpretação. São Paulo: Unesp, p. 186.

partida. Tal como Ulisses amarrado ao mastro, aferra-se às suas pressuposições que impedem qualquer possibilidade de abertura à alteridade do outro.[28]

Espinosa reprocha o proceder daqueles que, tendo por si estabelecido que o mundo é eterno, não hesitariam em violentar a Escritura e a explicar de maneira que ela pareça ensinar a lição previamente definida. Por isso, conclui: "Se cada um tivesse a liberdade de interpretar à sua maneira a lei, a sociedade não poderia subsistir, ela tombaria na dissolução e o direito público se tornaria direito privado".[29]

O modo como se sucedeu o golpe parlamentar, aqui no Brasil, totalmente alheio à necessária apuração de crime de responsabilidade, mostra o grau de dissolução que nos acossa.

Reverbera, sem questionamento, a assertiva de Jakobson de que não há propriedade privada na linguagem, propalando-se que os sentidos não estão disponíveis ao intérprete. Perspectiva tão idealista quanto a do senhor que *imaginava evitar o afogamento se retirasse da mente a ideia de gravidade*. É possível que o intérprete sove o texto, dobrando-o aos seus intentos prévios. Mas reconhecer isso não significa se deixa vencer pelo realismo chão. Interpretar consubstancia o que denominamos uso público da razão e para preservar essa esfera *é fundamental verificar em que situações ocorre a apropriação privada da linguagem*. Temos muito a fazer, mas a picada foi aberta por Espinosa.

28. DUSSEL, Enrique. Método para uma filosofía de la liberación: superación analéctica de la dialectica hegeliana, p. 189.
29 Ob. Cit. p. 157.

Os níveis bosquejados por Espinosa são mecanismos voltados a tornar a pesquisa sobre o sentido do texto desprovida de pressuposições prévias que, como era comum na exegese patrística, eram impostas ao texto, impendido que o trabalho do texto se produzisse corretamente.

Hoje, em que a paixão pela desigualdade ganha figura novamente, a lição político-hermenêutica de Espinosa continua vigente: interpretar encontra fundamento na razão e não no lugar formal do poder. Por isso, *qualquer um, desde que no rigor do exercício da razão, integra a comunidade aberta dos intérpretes*.

Capítulo 2:

WITTGENSTEIN E A HERMENÊUTICA ANALÓGICA

Costuma-se dividir a obra de Wittgenstein em duas fases: a) a primeira, a do Tractatus, marcada pela tese da conexão representativa entre uma proposição e uma coisa, da relação de correspondência biunívoca ou paralelismo entre o signo e a estrutura do mundo; enfim, pelo problema da figuração; b) a segunda, a das Investigações Filosóficas, em que desvela a linguagem como prática e não como mera representação, reconduzindo o emprego das palavras ao uso cotidiano, mostrando que a linguagem ostenta um caráter público, sendo exterior aos indivíduos.

Wittgenstein, nessa segunda fase, dirige uma crítica à noção de linguagem privada, marcando-a como da ordem do impossível porque insulada nas sensações imediatas do indivíduo. Anota no parágrafo 243 das Investigações:

> Mas seria pensável uma linguagem na qual alguém pudesse, para uso próprio, anotar ou exprimir suas vivências interiores – seus sentimentos, seus estados de espírito? – Não podemos fazer isto em nossa linguagem costumeira? – Acho que não. As palavras dessa linguagem devem referir-se àquilo que apenas o falante pode saber; às suas sensações

> imediatas, privadas. Um outro, pois, não pode compreender esta linguagem.[30]

A linguagem privada não se confunde com aquela que seria limitada a um determinado grupo social ou a uma só pessoa, mas aquela que não alcança um grau de intersubjetividade. A impossibilidade da linguagem privada não se vincula apenas a uma falta de regularidade. O problema não é que a sensação imediata seja fugaz demais, esvaindo-se sem qualquer continuidade, mas que não ultrapassa o horizonte subjetivo de tal sorte que não há critérios acerca da aplicação das palavras. Portanto, para o filósofo, não é incorreto falar em sensações. Também não se pode aventar que as palavras concernentes às sensações não tenham significado algum. Não se erige uma linguagem privada porque, à míngua de um fundo comum partilhado, não há regra alguma que justifique a aplicação das palavras. Na linguagem privada, portanto, não se estabelecem critérios prévios que coordene o uso das palavras, ou seja, não há um jogo de linguagem.

A linguagem, como *forma de vida*, rechaça toda metafísica ancorada na noção de um real substancial imutável, constante e uniforme. O significado não está vinculado às propriedades substanciais das coisas, mas a um jogo que, por se constituir acima dos jogadores, funciona como fundo, no qual o significado emerge.

Jean-François Lyotard compreende de forma percuciente os corolários da ideia de jogos de linguagem:

30. WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. São Paulo: Nova Cultura, 1999, p. 99.

> Três observações devem ser feitas a respeito dos jogos de linguagem. A primeira é que suas regras não possuem legitimação nelas mesmas, mas constituem objeto de um contrato explícito ou não entre os jogadores (o que não quer dizer todavia que estes as inventem). A segunda é que na ausência de regras não existe jogo, que uma modificação, por mínima que seja, de uma regra, modifica a natureza do jogo, e que um 'lance' ou um enunciado que não satisfaça as regras, não pertente ao jogo definido por elas. A terceira observação acaba de ser inferida: todo enunciado deve ser considerado com um 'lance' feito num jogo.[31]

Diante disso, a impossibilidade da linguagem privada emana da inexistência de critérios que permitam decidir sobre o uso de uma palavra à luz do projeto jogado, previamente erigido como estrutura subjacente que condiciona e confere um horizonte de sentido ao uso das palavras. Não se deve concluir que as palavras da 'linguagem privada' sejam carentes de significado, sejam meras *flatus vocis*, mas que não alcançam o *comum aberto*, a alteridade em que se sustenta a produção de sentidos.

Com a ideia de jogos de linguagem, Wittgenstein supera a dicotomia entre natureza/convenção na qual se estriba boa parte da dogmática jurídica. A linguagem é contingente: não se funda em um fundamento natural imutável nem se reduz ao convencionalismo, o qual sempre remonta às condições ideias de um acordo de vontades que permitisse a aposição de

31. LYOTARD, Jean-François. A condição pós-moderna. Rio de Janeiro: 2013, p.17.

rótulos às coisas. Os jogos de linguagem não são convencionais porque não decorrem de um conjunto de possibilidade pré-dadas dentre as quais pudesse haver uma escolha. Alain Badiou mostra que a contingência implica a superação de uma Totalidade numérica em que as possibilidades estão dadas: um lance de dados jamais abolirá o acaso.[32]

Tanto que Karl-Otto Apel e Habermas entenderam que os jogos de linguagem tem que ver com o *como hermenêutico*. A tese de Wittgenstein acerca da impossibilidade da linguagem privada constitui, conforme Apel, uma das fontes de superação da filosofia da consciência arrimada no esquema sujeito-objeto. A linguagem funciona como condição de possibilidade para a comunicação e não como mera representação do mundo.

Consabido que Karl-Otto Apel distribui a filosofia em três paradigmas: o *ontológico*, que de Platão a Aristóteles tematiza o ente, ou o ser do ente, postulando a ideia de verdade como correspondência; a *filosofia da consciência*, de Husserl e Descartes, voltada para o tema da consciência, e a evidência como critério de verdade; e a *virada linguística*, tendo Peirce e Wittgenstein como pioneiros, vincada ao tema mestre das condições de possibilidades da comunicação.

Os jogos de linguagem constituem um pano de fundo que, justamente por fixar a priori critérios para enunciados

32. O problema de Platão não se situa na dicotomia natureza/convenção como muitos proclamam em tom professoral. Por isso, leram erroneamente o Crátilo de Platão. O problema se dá como é possível, mesmo na contingência, um procedimento genérico, subtraído à ordem normal das coisas, apresentado como verdade: ou seja, Platão está no cerne do nosso problema. Sobre a importância do gesto platônico na filosofia consultar: BADIOU, Alain. Manifeste pour la philosophie. Paris: Seuil, 1989. Badiou nos mostra Platão para além da imagem vulgar que certos manuais apresentam.

verdadeiros e falsos, não se submetem ao critério verdadeiro-falso. É por isso que Wittgenstein não define os jogos de linguagem conforme a longa tradição do gênero próximo e da diferença específica. Se o fizesse, recairia na metafísica da presença, pois o nível dos gêneros e espécies é ôntico (ente) e não ontológico (Ser).

A linguagem, pois, em Wittgenstein deve ser pública, comportando um sentido partilhável intersubjetivamente. Ainda que tenha a noção do público, Wittgenstein ignora o social e as fissuras que lhe constituem. O seu modelo teórico, a despeito do avanço sobre a metafísica da presença, parte sempre de situações primitivas e extremamente reducionistas. Mesmo falando das câimbras mentais, da linguagem entrando em férias, nunca se pergunta sobre as condições sócio-históricas que ensejam esses fenômenos. Talvez por isso, não tenha antevisto a apropriação privada da linguagem. A colonialidade do poder se manifesta também na apropriação privada da linguagem. Dois são os estratagemas mais comuns utilizados pelas classes dominantes: a) a produção da *redundância* para os significados que consubstanciam sua posição de classe e b) a criação de *ruídos* quanto às mensagens que poderia desestabilizar sua paz.

Por exemplo, até o momento não se regulamentou o imposto sobre grandes fortunas sob o pretexto de que se trata de termo vago e ambíguo, não comportando definição clara. Típica criação de ruídos. O manejo errôneo dos princípios também pode se inserir na mesma estratégia. Nunca houve pamprincipialismo, expressão que esconde mais do que revela, havendo, na verdade, um *esvaziamento dos princípios*,

princípios esses que poderiam impor mais coerência na aplicação do direito, superando o casuísmo que permite fazer da lei um instrumento de chantagem dos pobres e dos inimigos: como as classes dominantes temeriam um freio que, desde logo, pelas regras obscenas não escritas, não se aplica a elas?

Marcelo Neves, jurista exemplar, além do essencial lance teórico, deslocando o já enfadonho tema da discricionariedade para o espinhoso problema dos *conflitos de interpretação*, desvela que os princípios podem ser mais facilmente usados para escamotear decisões que, sob a pressão de interesses particulares, arruínam a consistência do direito[33]. Num país tisnado pela colonialidade do poder, os princípios são esvaziados, reduzidos a artifícios retóricos que dão guarida às representações dos setores hegemônicos.

Operando um uso analético de Wittgenstein, assentamos as seguintes premissas: a) analisar a ideologia a partir da *realidade material do signo* (afastando o nefasto psicologismo centrado na metafísica consciência); b) analisar o signo tal como se apresenta nas *formas concretas da comunicação social*; c) analisar a comunicação inserida no *como vital* e não apenas no como hermenêutico.[34]

Como dito, Wittgenstein não define os jogos de linguagem. A definição exigiria a presença de uma essência

33. NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo, Martins Fontes, 2014, p. 190. Quando fiz a genealogia (no sentido Foucaultiano) da Hermenêutica, confirmei a hipótese de que o tema que lhe é central é o do *conflito de interpretações, tema ausente do debate no Brasil.*
34. BAKHTIN, Mikhail. Marxismo e filosofia da linguagem. São Paulo, Hucitec, 2010, p. 45. *O giro linguístico chega tarde demais e não surpreende a teoria crítica*: desde priscas eras, Marx assinalara que a consciência como entidade metafísica não dá conta das relações materiais que a práxis humana enseja.

comum aos jogos, uma identidade reinante como substância da variedade dos jogos de linguagem. Wittengenstein assinala no parágrafo 66:

> Aqui encontramos a grande questão que está por trás de todas essas considerações. Pois poderiam objetar-me: "Você simplifica tudo! Você fala de todas as espécies de jogos de linguagem possíveis, mas em nenhum momento disse que o que é essencial do jogo de linguagem, e portanto da própria linguagem. O que é comum a todos esses processos e os torna linguagem ou partes da linguagem. Você se dispensa pois justamente da parte da investigação que outrora lhe proporcionara as maiores dores de cabeça, isto é, àquela concernente à forma geral da proposição e da linguagem.
> E isso é verdade. - Em vez de indicar algo que é comum a tudo aquilo que chamamos de linguagem, digo que não há uma coisa comum a esses fenômenos, em virtude da qual empregamos para todos a mesma palavra, - mas sim que estão aparentados uns com os outros de muitos modos diferentes. E por causa desse parentesco ou desses parentescos, chamamo-los todos de "linguagens". [35]

Os vários jogos de linguagem não remetem a um significado fundante-substancial, não são redutíveis a uma propriedade comum, mas relacionados entre si por uma espécie de parentesco, uma semelhança de família. Os jogos de linguagem são, pois, analógicos. Não é difícil verificar que a compreensão de analogia em Paul Ricoeur, ainda que afaste a heterogeneidade radical que vislumbra nos jogos de linguagem, é fortemente influenciada por Wittgenstein.

35. Wittgenstein, ob. cit. p. 52.

Ricoeur retoma com vigor a tese aristotélica presente na metafísica: o ser se diz de várias maneiras. Não ignoramos que Heidegger tenha inserido Aristóteles na onto-teologia ocidental. Mas na medida em que um autor não é unívoco, pensamos que a tese de Ricoeur permite a suplantação de uma possível crítica nesse sentido. Assinala

> Eis por que, quando o filósofo depara com o paradoxo de que o ser se diz de muitos modos, e quando, para subtrair da disseminação as múltiplas significações do ser, ele estabelece entre elas uma relação de remissão a um termo primeiro que não é a univocidade de um gênero nem a equivocidade do puro acaso de uma simples palavra, a plurivocidade que ele traz assim ao discurso filosófico é de outra ordem que o sentido múltiplo produzido pela enunciação metafórica.[36]

A analogia permite que se encontre, dentre as múltiplas significações do ser, uma filiação que, sem proceder de uma divisão de gênero em espécie, constitua ainda uma *ordem viva*[37]. A remissão não é a univocidade nem à equivocidade, mas à analogia. O Ser é ana-lógico: nem emparedado na mesmidade, nem disperso na equivocidade do absolutamente outro. A analogia, por não estar no nível ôntico do gênero e da diferença, não se estrutura em uma propriedade comum, mas numa relação de semelhança. É aqui que, afastada a hetogeneridade radical dos jogos de linguagem, o discurso de Ricoeur e de Wittgenstein se irmanam. Contra a heterogeneidade radical, emerge uma heterogeneidade analógica: o *como* é uma ponte, marcando o semelhante como

36. RICOEUR, Paul. La métaphore vive. Paris: Seuil,1975, p. 326.
37. Ver capítulo 3- Prolegômenos Para Uma Hermenêutica Jurídica Analógica.

horizonte de encontro sem esquecer o distinto outro.

O outro, não plenamente assimilável por uma totalidade *ante rem*, é o grande problema hermenêutico. Enrique Dussell define a interpretação como *a descoberta de sentido através do acesso ao domínio do distinto Outro*[38]**.** O acesso ao distinto, e não absoluto, outro não se dá por uma comunhão de almas, muito menos pela reprodução, no próprio interior, da vivência que ensejou um texto como querem Dilthey e Betti.

Inexistindo uma causalidade linear e mecânica, é a analogia que evita a dispersão do ser. *Tudo quando se escreveu sobre analogia no direito precisa ser reconsiderado e superado*. A analogia é o que sustenta o processo de significação não numa ordem fechada e unívoca, mas num campo em que seja possível, dentre as possibilidades de significação, controlar as atribuições de sentido contidas na moldura analógica e as que, transbordando da equivalência, constituem a criação de um novo texto.

Como ensinavam os medievais aristotélicos, não se trata de um significado único nem de interpretação única, mas de um *analogado principal* que serve de critério para a aferição da validade das possíveis interpretações, reputando-as adequadas ou não, algo próximo do que Chomsky chama de *estrutura profunda.*

38. DUSSEL, Enrique. Analogie et dialectique: essais de théologie fondamentale. Gèneve: Labor et Fides, p. 114.

Parte 2

HERMENÊUTICA JURÍDICA ANALÓGICA

Capítulo 3:

PROLEGÔMENOS PARA UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA ANALÓGICA

Inicialmente reduzida a uma coleção de regras técnicas de interpretação, a hermenêutica exsurge, na filosofia moderna, como teoria da *compreensão* em relação à *interpretação* de textos[39]. O conceito de compreensão constitui a categoria central da hermenêutica. A compreensão, em Schleiermacher, consiste no processo de revivescência psicológica dos processos de pensamento do autor do texto. Objetando contra a assertiva de que os pensamentos do autor devem ser desvelados por um saber necessário, postula outro tipo de conhecimento, arrimado numa espécie de *certeza divinatória* em que o intérprete consegue transpor-se na inteira disposição do autor[40]. A faculdade de identificação empática radica-se na natureza da linguagem, a qual constitui uma comunidade vital, tornando-se possível uma comunhão de almas[41].

Dentro do horizonte aberto por Schleiermacher, Ditlhey enfrenta o problema metodológico de conferir às ciências do espírito uma base diversa e tão segura quando as das ciências naturais. Preso à problemática epistemológica, Dilthey aposta

39. RICOEUR, Paul. Du texte à l'action: essais d'herméneitique II. Paris: Seuil, 1986, p. 83.
40. SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. Hermenêutica: arte e técnica da interpretação. Rio de Janeiro: Vozes, 2015, p. 36.
41. Scheleiermacher era teólogo: daí a ênfase na comunhão de almas. Não obstante, essa intuição é o germe da linguagem como médium desenvolvida por Gadamer.

na dicotomia entre a explicação e a compreensão. A natureza se explica, a história se compreende: eis o dínamo de sua empreitada. Para tornar mais clara a distinção, recorre-se a Dartigues:

> Não diremos de um geólogo que ele procura compreender uma pedra; sua tarefa será somente a de analisar sua composição e de determinar a época de sua formação, investigar sua proveniência etc. Bem diferente será, ao contrário, a atitude de um arqueólogo ao encontrar o sílex lascado da idade da idade paleolítica: o sílex não remete somente às leis físico-químicos e geológicas, como todas as pedras, mas à intenção do homem pré-histórico a que servia de ferramenta. Não temos mais a ver, consequentemente, com um objeto natural, mas com um objeto dotado de uma significação, porque a forma que lhe foi dada trai a intenção do artesão. Desse objeto diremos que deve ser compreendido, isto é, situado no meio humano que lhe dá seu sentido, que materializa nele a intenção em direção à qual procuramos remontar.[42]

Apesar de ter incorporado as críticas de Husserl ao psicologismo, avançando para uma visão menos subjetiva e, por isso, mais histórica da compreensão, Dilthey ainda ficou atado a uma visão eminentemente epistemológica.

De um processo metodológico-epistêmico, a compreensão foi inserida no mundo da vida. Já Husserl ensinava que há sempre um pré-reflexivo, um irrefletido, um antepredicativo sobre o qual se apoia a reflexão[43]. Heidegger,

42. DARTIGUES, André. O que é a fenomenologia? São Paulo: Centauro, 2005, p.48.
43. LYOTARD, Jean-François. La phenoménologie. Paris: Presses Universitaires de France, 1969, p. 7.

nas pegadas de seu mestre, descortinou a ideia, dando-lhes contornos ontológicos mais seguros. Não há uma experiência selvagem numa espécie de vácuo histórico. Toda existência humana está historicamente situada.

Isso implica também a superação da perspectiva epistemológica da compreensão. Como declina Vattimo:

> O conhecimento não é mais um avanço do sujeito em direção a um objeto simplesmente presente ou, ao inverso, a interiorização de um objeto originariamente separado por um sujeito originariamente vazio; o conhecimento é antes a articulação de uma compreensão originária na qual as coisas estão desde sempre já achadas.[44]

Decorre, então, que resta inadequada a imagem de que a compreensão é uma posição subjetiva em face um objeto.[45]

A compreensão passa a ser vista não mais como empatia, isto é, como capacidade de transferência psíquica na intenção de outrem, mas como fenômeno histórico em que, por força da tradição que se impõe, acontece em um a priori intersubjetivamente partilhado.

A hermenêutica, portanto, indica o primado do *a priori intersubjetivo* sobre a mera descrição dos fatos. Supõe, pois, a superação da *metafísica da presença* que compreende o ser como determinado, como a-histórico e imutável e da resignação que significa reduzir a filosofia à mera descrição de um estado de coisa.[46]

44. VATTIMO, Gianni. Introduction à Heidegger. Paris: Cerf, 1985, p. 39.
45. GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Rio de Janeiro: 1999, p. 19.
46. VATTIMO, Gianni. Comunismo hermenéutico: de Heidegger a Marx. Barcelona: Herder, 2012, 27-8.

Por contestar a ideia de objetividade científica, surgiu a impressão de que a hermenêutica postula o relativismo e advoga uma ênfase exagerada na equivocidade. A pós-modernidade, entendida como a incredulidade das grandes narrativas[47] ou como desenraizamento e liberação das diferenças[48], aposta demasiado no *relativismo* contra o sentido forte de verdade que teria orientado a filosofia moderna.

O direito não está imune a esse candente debate[49]. De certo, não cabe mais regressar ao mito da univocidade. Mito que os cognitivistas, de Montesquieu a Dworkin[50], acalentam. Afirma Engisch:

> Houve um tempo em que tranquilamente se assentou a ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e uma segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos.[51]

Se, de um lado, não cabe propalar a ideia de univocidade, isto é, da existência de um sentido fixo, original e fundante, de outro, não se pode tombar na seara do relativismo que aninha todo e qualquer sentido. Hoje, o relativismo, que não passa de uma reedição da tese dos sofistas, campeia infrene,

47. LYOTARD, Jean-François. A condição pós-moderna. Rio de Janeiro: 2013, introdução.
48. VATTIMO, Gianni. A sociedade transparente. Lisboa: Relógio D'Àgua, 1992, p. 14-5.
49. SALDANHA, Nelson. Ordem e Hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, especialmente capítulo IX e X.
50. O cognitivismo de Dworkin tem peculiaridades que não dá para desenvolver aqui.
51. ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 206.

dando ensejo a uma 'abertura' interpretativa corrosiva de qualquer significação.

A hermenêutica analógica apresenta-se como uma saída para a celeuma entre univocidade e equivocidade. A leitura de Aristóteles, empreendida por Ricoeur é crucial nessa empreitada. Quando Aristóteles assevera que o ser se diz várias maneiras, encaminha a multiplicidade a um termo primeiro, o qual não é único nem equívoco, mas analógico. Dessa forma, escapa-se a *reductio ad unum* que pudesse emparedar o ser na mesmidade, na naturalização das formas de dominação, e, ao mesmo tempo, a corrosão de todo o sentido. "O fundamental, diz Ricoeur, é que seja encontrada, dentre as múltiplas significações do ser, uma *filiação* que, sem proceder de uma divisão de gênero em espécie, constitua ainda sim uma ordem".[52]

Os estudos de estética são cruciais para a construção da hermenêutica analógica. A estética desde há muito reconhece a analogia como modelo de inteligibilidade do real. Dos românticos aos simbolistas, a analogia tem papel central. Pela analogia, ensina Octavio Paz, a paisagem confusa da pluralidade e da heterogeneidade se ordena e se torna inteligível.[53]

A analogia, portanto, cria as condições para a construção de um campo de ações sujeito a controle intersubjetivo a partir do qual a interpretação/aplicação do direito pode ser submetida ao uso público da razão, podendo ser controlada

52. RICOEUR, Paul. La métaphore vive. Paris: Seuil,1975, p. 327.
53. PAZ, Octavio. Los hijos del limo. Barcelona: Seix Barral, 1986, p. 110.

por padrões racionais.

A analogia não se confunde com um mero procedimento de derivação por meio do qual se pode, pela via da interpretação, modificar a base do sistema jurídico, inserindo normas *ad hoc*, como sugere Vernengo:

> Muitas vezes os juristas não questionam as formas de raciocinar que empregam, ou aquelas a que os órgãos recorrem, e cujo emprego normal permite alcançar certas conclusões e descartar outras de forma que alteram sub-repticiamente as normas que servem de base à inferência. O penalista repudia energicamente o recurso à analogia – que implicaria aceitar uma forma de derivação ideologicamente abolida – porém não rechaça a redefinição dos termos, como quando a expressão 'coisa móvel' é redefinida, segundo um exemplo clássico do direito argentino, de forma a abranger também a eletricidade e permitir assim a punição do furto de energia elétrica (tradução livre).[54]

Não adianta silenciar sobre essa questão. Afirmar, numa espécie de performatividade malograda, que é vedado o uso da analogia no direito penal, é silenciar sobre a espinhosa questão, permitindo que, no silêncio, sem muito critério, faça-se uso do procedimento aludido por Vernengo.

54. VERNENGO, R.J. La interpretación jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1977, p. 54. No original:" Muchas vezes los juristas no cuestionam las formas de razonar que emplean, o a las que los òrganos recurren, y cuyo empleo normal permite alcanzar ciertas conclusiones e descartar outras, sino que alteran sub-repticiamente las normas que serven a las inferencias. El penalista repudia energicamente el recurso a la analogia – que implicaria aceptar uma forma de derivación ideológicamente proscrita -, pero muchos menos lo encrespa el proceder a redefinir los términos, como cuando la expresión 'cosa mueble' es redefinir, segun um ejemplo clássico em derecho argentino, de suerte de abarcar también a la eletricidade y permitir así la punición del hurto de energía eléctrica".

Não há como apartar a analogia da interpretação do direito penal. Hassemer, que afirma a identidade entre interpretação e analogia, expõe vários exemplos, extraídos da jurisprudência alemã, que comprovam essa tese, a saber: a) ácidos diluídos como arma; b) aplicação de um sonífero como uso de violência; c) o plano de apoderar-se de um livro com finalidade de devolvê-lo depois da leitura como ânimo de apropriação; d) afastamento desculpável do lugar do acidente apesar do regresso posterior como fuga do lugar do acidente; e) o fechar o acesso permanecendo sentado como violência.[55]

Então como resolver a questão da proibição da analogia no campo do direito penal, o qual é informado pelo princípio da legalidade? A resposta encontra-se na distinção alinhavada pelo mestre Castanheira Neves:

> Se na interpretação, como momento da concreta realização do direito e em todo o processo metodológico dessa realização, concorrem momentos analógicos e não se pode assim nunca dispensar a analogia, o certo é que há analogias integradas na realização do direito para a qual uma norma pode ser invocada como critério (nos termos que vimos resolver-se no problema de 'norma aplicável'), analogias essas participantes no *continuum* normativo-judicativamente constitutivo dessa mediação e que, por isso, diremos analogias imediatas ou próximas, e analogias que são convocadas quando não se oferece uma norma aplicável como critério judicativo e convocadas justamente então como o directo critério da autónoma decisão judicativa, analogias estas que já diremos mediatas ou distantes.[56]

55. HASSEMER, Winfried. Crítica al derecho penal de hoy. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 32.
56. NEVES, A. Castanheiras. Metodologia Jurídica: Problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 272.

Na Alemanha, no caso polêmico sobre o furto de energia elétrica, decidiu-se que o fato era atípico e, como consequência, o legislador posteriormente explicitou que a energia elétrica é considerada coisa móvel, preservando a segurança jurídica. Portanto, evita-se a aplicação de analogias distantes no direito penal.

Tal problema se manifesta de forma mais clara na tradução, seja qual a for a modalidade. A interpretação é uma forma de *tradução (intralinguística)*. Diz Guastini[57]:

> Interpretar significa reformular um texto numa língua diferente daquela na qual este é reformulado. 'Interpretar' significa reformular um texto, não importa se na mesma língua em que é formulado (como de regra acontece) ou numa língua diferente. Em direito, a interpretação é reformulação dos textos normativos das fontes.

Essa *reformulação* implica uma nova expressão que deve guardar equivalência com o texto normativo. Essa relação não é de identidade, isto é, de uma equivalência perfeita e completa; mas também não deve ser tal que inviabilize a constituição de significados controláveis intersubjetivamente. Eis aqui o nódulo da questão. Trata-se de uma relação de

57. GUASTINI, Riccardo. Le fonti del dirito e l'interpretazione. Milano: Giuffrè, 1993, p. 328. No original: "Tradurre significa riformulare um texto in una língua diversa da quella in cui esso è formulato. Interpretare significa riformulare um texto non importa se nella stessa língua in cui è formulato (come di rigola accade) o in una lingua diversa. In diritto, l'interprezatione è tipicamente riformulazione dei testi normativi dele fonti." O fato de concordar, neste aspecto, com Guastini não importa na aquiescência ao realismo que informa sua obra. No Brasil, por todos, ver: GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes (a aplicação/interpretação do direito e os princípios). São Paulo: Malheiros, 2016.

equivalência sem identidade.

Além de inócua, a hipostasia dos limites semânticos decorre do desconhecimento dos lineamentos básicos da semiótica hodierna. O significado de um signo linguístico não é mais do que sua *tradução* por um outro signo, especialmente um signo no qual ele se ache desenvolvido de modo mais completo e mais claro[58]. A questão é de *equivalência analógica*, portanto. E não de limites semânticos.

A equivalência na diferença é o problema principal da linguagem e a principal preocupação da Linguística, conforme afirma Jakobson. Esse problema, também, reflete-se sobre o problema axial da interpretação/aplicação do direito. Nessa cumeada, exsurge a hermenêutica analógica. O análogo, conforme Beuchot[59], tem uma *margem de variabilidade* significativa que lhe impede de reduzir-se ao unívoco, porém, também o impede de dispersar-se na equivocidade.

58. JACOBSON, Roman. Linguística e comunicação. São Paulo: Cultrix, 1995, p. 65.
59. BEUCHOT, Mauricio. Perfiles esenciales de la hermenéutica. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 55.

Capítulo 4:

HERMENÊUTICA JURÍDICA ANALÓGICA E SENTIDO LITERAL POSSÍVEL

No texto sobre a hermenêutica de Espinosa, entrevimos três níveis da interpretação: o gramatical, o estrutural e o histórico. Nesse capítulo, limitar-nos-emos ao primeiro aspecto que, sem dúvida, é o mais problemático e que tangencia a questão do Estado Democrático de Direito, da separação dos Poderes e, o mais importante, da potência ou impotência do dever ser.

Onde termina a linguagem, começa a força. A assertiva desde logo nos lança na problemática dos circuitos da linguagem: da edição do texto até o processo de interpretação/aplicação do direito há uma continuidade preservando o Estado democrático de direito ou uma descontinuidade corrosiva? Como assegurar a continuidade entre a edição e aplicação dos textos? Esse problema é crucial. Conforme alerta Friedrich Müller, a instância prolatora de decisão que, à míngua de metodologia correta, não se baseia em textos normativos exerce violência.[60]

A ausência de estudos semiológicos mais acurados sobre a produção dos signos desencadeia incompreensões. É

60. MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? a questão fundamental da democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.

urgente a necessidade de levar à frente pesquisas semiológicas voltadas a entender os circuitos dos signos, demarcando um horizonte em que a produção sígnica é feliz ou malsinada.

Para Saussure, o signo não une uma palavra e uma coisa, mas um conceito e uma imagem acústica. Define o signo de forma binária, compreendendo o significante – imagem acústica- e o significado – o conceito, ou a ideia. O signo ostenta quatro princípios: a) *arbitrariedade*, por não existir vínculo natural entre o significado e o significante; tanto que a ideia de água em francês tem como significante ''eau'; b) *linearidade*, pois implica numa extensão mensurável, isto é, os elementos se apresentam um após outro numa cadeia; c) *imutabilidade*, já que é exterior às consciências individuais e revestido de caráter cogente (o signo é um fato social); d) *mutabilidade*, pois é possível um deslocamento da relação entre significado e significante.

Mas a grande novidade trazida por Saussure é a *noção de valor*. Reduzir o signo à mera junção de um som – imagem acústica – com um conceito importa em isolá-lo do sistema ao qual pertence. O sentido de um signo só surge diante da rede de diferenças no qual está imerso. O signo não é uma entidade positiva, presença a si, mas efeito da diferença, definindo-se pelas relações que mantém com signos vizinhos. Como arremata Saussure:

> Assim o valor de qualquer termo que seja está determinado por aquilo que o rodeia; nem sequer da palavra que significa 'sol' se pode fixar imediatamente

> o valor sem levar em conta o que lhe existe em redor: línguas há em que é impossível dizer 'sentar-se ao sol'[61]

A identidade só surge enquanto diferença. Por isso, Derrida, nas geniais leituras que empreendeu, viu em Saussure uma forma de superação do logocentrismo, presente na ideia metafísica de um signo idêntico a si e unívoco.

Sem a mediação da leitura, o texto nada mais é do que um conjunto de possíveis à espera de atualização. A compreensão *relacional do signo* permite rechaçar ideias metafísicas como *mínimo é* linguístico bem como o originalismo, o qual acredita na "pretensão de uma interpretação sustentar-se sozinha no vácuo, sem história alguma, como se fosse possível captar, sem a mediação de uma tradução de leitura, o significado original de um texto ou até sua intenção"[62].

Interpretar consiste na *reformulação* do texto normativo. Afastado o universalismo *ante rem*, emerge a necessidade de mediação de forma que o texto de partida demanda ser desenvolvido de forma mais ampla e mais extensa por um outro texto sem que isso implique a construção de um novo texto: *entre o texto de chegada e o de partida deve haver uma equivalência analógica*.[63]

Décio Pignatari encontra na analogia o esteio da

61. SAUSSURE, Ferdinand. Curso de linguística geral. São Paulo: Cultrix, 2010, p. 134
62. RICOEUR, Paul. Pensar la biblia: estudios exegéticos y hermenéuticos. Barcelona: Editorial Herder, 2001, p. 338.
63. .Ver capítulo 3 - Prolegômenos Para Uma Hermenêutica Jurídica Analógica.

própria função sígnica: "um signo pode ser definido como toda coisa que substitui outra, de modo a desencadear (em relação a um terceiro) um *complexo análogo de relações*."[64]

Para a compreensão do sentido literal possível, resgatamos o conceito de interpretante de Peirce. Na medida em que um signo reenvia a outro, uma expressão precisa ser interpretada por outra que a desenvolva de forma mais precisa e mais ampla. O processo de significação implica, pois, sempre em continuidade e extensão, constituindo uma semiose ilimitada. Mas isso não significa uma corrosão da significação.

A necessidade de mediação não quer significar uma aposta no subjetivismo ou recair no aguilhão semântico.. A noção de interpretante de Peirce, inserida na relação semântico-pragmática, permite afastar tais argumentos unilaterais. O conceito de interpretante permite visualizar um interstício no esquema sujeito-objeto, colocando em evidência e em primeiro plano *a instância que se exprime.* Interpretar, como já salientamos em outro lugar, constitui o *uso público da razão* de forma que deve chegar a significações ancoradas no falar comum e não apenas partilháveis intersubjetivamente. O falar comunitário é irredutível ao conceito de intersubjetividade, que não passa de uma concessão do egoísmo burguês ao visar um ponto em que a solidão inicial dos sujeitos encontra um apoio. O falar comum, como diz Schleiermacher, é o remédio

64. PIGNATARI, Décio. Informação. Linguagem. Comunicação. São Paulo: Editora Perspectiva, 1968, p. 26. Destaque nosso. Não é apenas o nosso poeta Pignatari que defende a 'natureza' analógica do signo. *Octávio Paz, Saussure, Paul Ricoeur, Enrique Dussel e Barthes defendem a mesma tese. No direito, Austin, MacCormick, Weinreb, Kaufmann, Hassemer e Castanheiras Neves.*

contra a irracionalidade do indivíduo, permitindo ver quando ocorre a apropriação privada da linguagem, isto é, quando o conceito é sobrecodificado pelas representações que sempre estão ligadas às particularidades de quem interpreta, isto é, a parte encobridora do eu que, fechada, não alcança o aberto do comum.[65]

Frege apresenta a distinção entre representação e significado. A representação é uma *imagem interna* que decorre das lembranças de impressões sensíveis passadas de cada um, encerrando-se na mera *particularidade*. Tem, pois, um aspecto meramente subjetivo. Já o significado aponta para um comum partilhável, alcançado certa objetividade.[66]

Quando se decide com base em representações, verifica-se a apropriação privada da linguagem, já que as imagens subjetivas não logram ultrapassar o horizonte fechado em que emergiram.

Se o *eu imediato* acha que tem acesso imediato à verdade, é demonstração de que a sociedade não atingiu o ponto em que o uso público da razão é pleno, ressonando a colonialidade do poder que, autorreferente e ensimesmado, não se vê na responsabilidade ante o outro, mas como privilégio aristocrático. A boa interpretação exige a capacidade de

65. A analogia tem um sentido ético e político indisfarçável. Caetano na canção Santa Clara, capta bem isso. Quando diz que a queda é uma conquista, quer realçar a perda da unidade originária, exigindo a saída da crispação identitária para o Outro. Por isso, fala do perto encoberto – o eu imediato e narcísico- que tem de se abrir ao porto aberto. A ética da ialorixá que vê o samurai, isto é, enxerga o distinto outro e segue inteira porque no comum. Na canção, Narciso sabe ressuscitar, isto é, sai do seu fechamento. O comum analético não se confunde com o comum conservador de Sloterdijk. No Brasil, implica o duro e difícil e paciente labor político de sair do republicanismo proprietário para o republicanismo comunitário.

66. FREGE, Gottlob. Lógica e filosofia da linguagem. São Paulo: Cultrix, 1978, p. 64-5.

aprendizagem, de pôr em questão os próprios pressupostos, admitindo-se a possibilidade de abandoná-los em busca de um novo sentido. Isso não se dá sem a torção da reflexibilidade.

Torna-se necessário incorporar à hermenêutica a crítica das ilusões do sujeito elaboradas por Marx e Freud. Um dos primeiros passos é superar a dicotomia entre explicação e compreensão que acompanha o trajeto hermenêutico. A verdade contra o método não permite uma retomada crítica do horizonte não tematizado que condiciona toda compreensão. Emerge o nome de Sartre quando pensa que, no deter-se no movimento enquanto mediação, possa emergir um sujeito reunificado. Não ressoa aqui uma leitura errônea e ingênua de que se defende uma síntese feliz, isto é, uma autopossessão plena. Mas na medida em que se retoma o que estava oculto, o sujeito pode ir se reunificando em um processo dialético inacabado.

A analogia está associada à *possibilidade de expansão* do ordenamento a situações não previstas, conferindo ao caso não regulado a mesma solução de um caso regulado em virtude de uma relação de semelhança. Não obstante, o *processo de produção dos signos é analógico*, permitindo, com Castanheiras Neves, afirmar que a analogia é convocada sempre na interpretação, seja no *contínuo normativo,* seja no descontínuo normativo:

> Se na interpretação, como momento da concreta realização do direito e em todo o processo metodológico dessa realização, concorrem momentos analógicos e

> não se pode assim nunca dispensar a analogia, o certo é que há analogias integradas na realização do direito para a qual uma norma pode ser invocada como critério (nos termos que vimos resolver-se no problema de 'norma aplicável'), analogias essas participantes no continuum normativo-judicativamente constitutivo dessa mediação e que, por isso, diremos analogias imediatas ou próximas, e analogias que são convocadas quando não se oferece uma norma aplicável como critério judicativo e convocadas justamente então como o directo critério da autónoma decisão judicativa, analogias estas que já diremos mediatas ou distantes".[67]

O que sempre se olvidou foi justamente *o papal da analogia quando uma norma*, ou melhor, um texto *é invocado como critério de decisão*. A analogia, então, é o modo pelo qual acontece a concretização do direito.

A analogia, entre os pitagóricos, teve o sentido de proporção: igualdade ou identidade absoluta. No entanto, exsurge no sentido qualitativo como relação de semelhança entre termos. A analogia se opõe, pois, à ideia de identidade, articulando-se como uma *semelhança de relações* cujo sustentáculo não é, como se supõe, as propriedades particulares de objetos, mas as *relações recíprocas* entre essas propriedades.

A analogia de que tratamos difere da proporção matemática que se coloca como igualdade de relação, pois se estrutura numa similitude de relações. A analogia não trata de relações quantitativas, mas de relações qualitativas que lidam

67. ECO, Umberto. Os limites da interpretação. São Paulo: Perspectiva, p. 229.

com o *heterogênio*. O caráter problemático do direito presente na necessidade de travessia do abismo entre o texto e o caso, demanda a analogia como ponte: pela analogia retiramos a indicação de uma relação entre um dado e um não-dado, consoante ressalta Heidegger.[68]

A analogia, lidando com a heterogeneidade entre o texto e caso, não logra simplificar a complexidade da concretização do direito nem aposta na substantivação do universal que presume domesticar a contingência, mas busca alcançar uma relação de similitude sem esquecer o diferente. Na analogia, as entidades diversas não perdem suas diferenças como se pudessem ser arranjadas na univocidade, mas permite uma reconciliação entre as diferenças sem suprimi-las.

Somente depois do labor de elucidação, torna-se possível extrair três elementos essenciais para o enfrentamento correto do sentido literal possível: a) toda expressão deve ser interpretada por uma outra expressão; 2) o significado de um signo é a soma de seus empregos; 3) interpretar implica antever todos os contextos possíveis em que o signo pode aparecer.[69]

Façamos uso de alguns exemplos. A constituição, no seu art. 37, inc. XVI, veda o acúmulo de cargos, ressalvando, dentre outras situações, *a de um cargo de professor com outro*

68. NEVES, A. Castanheiras. Metodologia Jurídica: Problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 272. No direito penal e em todo direito sancionatório, deve-se afastar o uso de analogias distantes. Nesses casos, a instância decisora deve alertar o legislador para, ampliando texto normativo, assegure a racionalidade do direito como se deu no caso de furto de energia elétrica na Alemanha.
69. HEIDEGGER, Martin. Qu'est-ce qu'une chose? Paris: Gallimard, 1971, p. 324.

técnico ou científico. A expressão cargo técnico ou científico precisa ser interpretada por outra expressão. Não havendo sentido fixo, original ou fundante, a mediação interpretativa é necessária. O Supremo Tribunal Federal definiu como o cargo técnico ou científico aquele que exige formação específica na área de atuação, com habilitação específica de grau universitário ou profissionalizante (RMS 28497/DF, STF; RMS 42.392/AC, STJ). Nesse caso, a decisão é correta, já que dentro da moldura analógica.

Já no caso do HC 126.292/SP, que reduziu a pó a presunção da inocência, não há qualquer equivalência analógica entre a culpa emergente do trânsito em julgado com a execução antecipada da pena no caso de condenação em segundo grau. Aqui, transbordando da moldura analógica, criou-se outro texto, corroendo-se a tessitura textual, intertextual e histórica do direito.

A tarefa que se nos incumbe é compreender e delimitar a moldura analógica, superando, quem sabe, o dilema de Kelsen, submetendo as decisões ao uso público da razão.

Capítulo 5:

A APORIA DE DWORKIN E A RECAÍDA NA METAFÍSICA DA PRESENÇA[70]

Dworkin define sua empreitada como um ataque geral ao positivismo, mas especificamente o positivismo de Hart. Para Hart, o direito atua procedendo à *classificação* geral de categorias de pessoas e de categoria de atos, coisas e circunstâncias. Sua eficácia enquanto instrumento de controle social depende da capacidade de reconhecer situações concretas como casos decorrentes da classificação jurídica.

Na comunicação dos padrões classificatórios, a linguagem cumpre papel determinante. Hart é adepto da filosofia da *linguagem ordinária*. Para essa corrente, a linguagem que usamos para nos comunicar no cotidiano é marcada pela vagueza e pela ambiguidade. Diz-se que um termo é vago nos casos em que não existe uma resposta definitiva quanto à aplicação desse termo. Um termo é ambíguo quando abriga sentidos diferentes em contextos diversos.

Hart reconhece que, quando se forma uma categoria, só se tem em mente uma série de situações específicas. Por isso, não há como prever de antemão as situações que entrarão ou não sob o espectro da categoria. Reconhecendo

70. Aporia não é dilema sem saída, mas uma contradição a que se chega pelo desdobramento das premissas de uma teoria. Há que levar a sério a filosofia.

que certos domínios do jurídico não pode em seus aspectos mais individuais ser de forma antecipada submetido a regras uniforme, admite que, em certas matérias, o legislador traça padrões vagos. Aqui, emerge a *textura (ou trama) aberta* do direito.

> A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.[71]

Dentro desse contexto, surgem sempre três situações diante das normas jurídicas :1) as que, claramente, caem sob seu âmbito; 2) as que, claramente, ficam de foram do seu âmbito; 3) as que ensejam dúvidas se caem ou não sob seu alcance, constituindo a denominada *zona de penumbra.*

A estratégia de Hart foi superar tanto o *formalismo* quanto o *ceticismo* sobre regras. Invectivou contra a visão idealista do formalismo consoante a qual a atividade do direito consiste sempre na aplicação de regras claras, uniformes e coerentes aos fatos. Também, reagiu à concepção cética dos realista que reduz o direito à *dicção dos tribunais* (direito é o que os tribunais dizem que é).

Apesar de admitir que a prática do direito consiste, na maioria das vezes, na aplicação segura e invariável de padrões previamente estabelecidos, sustenta que, diante da

71. HART, Herbert L.A. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 137.

contingência da vida social, surgirão situações que ensejam dúvidas se tombam ou não sob o espectro de um padrão prévio.

No casos de textura aberta, Hart defende que o juiz é discricionário, isto é, decide livremente sem vinculação a um padrão normativo estabelecido.

É contra a discricionariedade que Dworkin reage. A expressão Poder Discricionário, desvela Dworkin, pode ser empregada em sentido fraco e em sentido forte. No sentido fraco, significa: a) que os padrões aos quais uma autoridade pública está adstrito não podem ser aplicados de maneira automática; b) que um funcionário tem a autoridade de decidir em última instância sem que haja possibilidade revisão ou cancelamento da decisão. No sentido forte, usa-se o termo para afirmar que, no que concerne a certos temas, o funcionário não está limitado pelos padrões da autoridade.[72]

O direito como *integridade* parte da premissa de que os direitos foram criados por um único autor- a comunidade política – conforme um conjunto coerente de *princípios*. Define princípio como *exigência da moralidade*. Dessa forma, o direito expressa a união moral e política de um povo.

Para confrontar a discricionariedade, Dworkin, entendendo o direito como integridade, lança mão da distinção entre *conceito* e *concepção*. Para ele, diante de um caso, por mais singular que seja, não haveria dúvida acerca da aplicação de um padrão (no caso princípio). O conceito

72. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 51-53.

permitiria enfrentar a contingência, afastando a trama aberta. Explica Dworkin:[73]

> Todavia, a teoria do significado da qual este argumento depende é demasiado tosca: ela ignora uma distinção feita pelos filósofos, mas ainda não apreciada pelos juristas. Suponha que eu dissesse a meus filhos que esperava que eles não tratassem os outros injustamente. Sem dúvida, eu teria em mente exemplos da conduta que eu desejaria desencorajar, mas não aceitaria que meu 'significado' se limitasse a esses exemplos, por duas razões. Em primeiro lugar, eu esperaria que meus filhos aplicassem minhas instruções a situações nas quais eu não teria pensado nem poderia ter pensado. Em segundo lugar, eu estaria pronto a admitir que algum ato particular que eu considerara justo (fair) era de fato injusto, ou vice-versa, caso um de meus filhos conseguisse me convencer disso posteriormente. Nesse caso, eu gostaria de dizer que minhas instruções incluíam o caso por ele citado, e não que eu mudaria minhas instruções. Eu poderia dizer que minha intenção era a de que a família se guiasse pelo conceito de justiça (fairness) e não por alguma concepção particular de justiça (fairness) que eu tivesse tido em mente.

Depreende-se que, munido do *conceito* e não da concepção, não haveria qualquer situação que, mesmo não tendo sido antevista, pudesse ensejar dúvida acerca da aplicação do padrão estabelecido.

Aqui está a grande aporia de Dworkin. De um lado, insurgiu-se de forma contundente contra a concepção

73. Ob. Cit. p. 211.

do direito como fato, liberando a ideia fecunda de que o direito é *conceito interpretativo*. De outro, para atacar a discricionariedade, tentou *domar a contingência* com o resgate do conceito enquanto universalidade a priori.

Dworkin que, em alguns momentos, mostra-se crítico à ideia de que o direito comporte uma *universalidade a priori*, ao defender o conceito contra a concepção, não acaba recaindo na *substantivação do universal* e na metafísica da presença?

Derrida aponta:

> Há portanto duas interpretações da interpretação, da estruturada, do signo e do jogo. Uma procura decifrar, sonhar uma verdade ou uma origem que escapem ao jogo e à ordem do signo, e sente como um exílio da interpretação. A outra, que já não está voltada para a origem, afirma o jogo e procura superar o homem e o humanismo, sendo o nome do homem o nome desse ser que, através da história da Metafísica ou da onto-teologia, isto é, da totalidade de sua história, sonhou a presença plena, o fundamento tranquilizador, a origem e o fim do jogo.[74]

Dworkin, ao recair na substantivação do universal, sonhou o *fundamento tranquilizador*, que pudesse domar a contingência.

A tese de Dworkin reverbera na tese de Lenio Streck expressa na fórmula "decidir não é escolher':[75]

74. DERRIDA, Jacques. A escritura e a diferença. São Paulo: Perspectiva, 1971, P. 249
75. STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - decido conforme minha consciência, 4ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Avogados, 2013, p. 112.

> Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito.

Presume-se, incorretamente, que a tradição é unívoca, isto é, repassada por uma só compreensão política, fundada numa unidade previamente estabelecida. A tradição na medida em que se antecipa, impondo-se ao intérprete, é como que ontologizada, como se o consenso fosse algo dado para todo e sempre.[76]

A tradição não é um bloco monolítico cuja legibilidade fosse translúcida e transparente. Ao defender uma tradição enquanto univocidade ocorre, ainda de forma inconsciente, uma recaída na metafísica da presença que privilegia o estado de coisas como um dado inerte, imutável e a-histórico.

A tradição é desajuntada, por isso, exige interpretação. Derrida, na obra magistral Espectros de Marx[77], de forma definitiva afirma:

> Uma herança não se junta nunca, ela não é jamais uma consigo mesma. Sua unidade presumida, se existe, não pode consistir senão na injunção de reafirmar escolhendo. É preciso quer é preciso filtrar, peneirar, criticar, é preciso escolher entre vários possíveis que habitam a mesma injunção. E habitam-

76. RICOEUR, Paul. Du texte à l'action: essais d'herméneitique II. Paris: Seuil, 1986, p. 398.
77. DERRIDA, Jacques. Espectros de Marx: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova internacional. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994, p. 33.

> se de como contraditório, em torno de um segredo. Se a legibilidade de um legado fosse dada, natural, transparente, unívoca, se ela não pedisse e não desafiasse ao mesmo tempo a interpretação, não se teria nunca o que herdar.

A tradição é contraditória. Ao invés da transparência, depara-se com o obstáculo, o distante, ou, para usar Ricoeur, *a prova do estrangeiro*. Parece ser a grande tentação da hermenêutica recolher-se ao abrigo de um fundamento absoluto. É curioso que Scheilermacher, um dos pais da hermenêutica moderna, mesmo tendo entrevisto que, no cerne da hermenêutica, está o *problema do estranho* tenha sucumbido ao mito da *autotransparência* do sujeito invocando a empatia como comunhão de almas.

Para não sucumbir ao fantasma do fundamento absoluto, o enfrentamento da obra de Derrida é axial e inevitável. Para Derrida, toda decisão se vê a braços com a assombração do indecidível. *Indecidível*, diz esse gigante do pensamento, não é a tensão entre duas decisões, mas a experiência daquilo que é *heterogêneo* à ordem do calculável e da regra e que, mesmo assim, deve entregar-se à decisão impossível, levando em conta o direito e a regra[78]. Uma decisão só é decisão quando não for o mero desdobramento de um plano calculado. Só há decisão se houver um campo, ainda que limitado, em que se possa decidir.

78. DERRIDA, Jacques. Força de lei: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 46. Eros Grau e Marcelo Neves são os únicos no Brasil que, de alguma forma, já arrostam a desafiante obra de Derrida.

A teoria do direito, comprimida entre o ceticismo e o cognitivismo, precisa encontrar uma diagonal: a aposta é na hermenêutica analógica cujas bases, de forma pioneira no Brasil, lancei[79]. E não se infira que se defende a discricionariedade, a analogia permite criar um campo controlado pelo uso público da razão sem sucumbir na universalidade *ante rem* em que submergem, misteriosamente, os hermeneutas. Outrossim, não se coloca indecidíveis em tudo, inviabilizando a produção de sentidos partilháveis[80].

79. Ver Capítulo 3 - Prolegômenos Para Uma Hermenêutica Jurídica Analógica.

80. Na canção Genipapo Absoluto, Caetano mostra que quem acredita *na mera rememoração ignora o signo*. O signo se produz analogicamente nos meandros da difícil relação universalidade e particularidade.

Parte 3

SEMIOLOGIA, DIREITO E PSICANALISE

Capítulo 6:

EM NOME DA LEI, QUEM SE VINGA?

No episódio "Não Matarás', do decálogo do genial diretor polonês Krzysztof Kieslowski, o jovem estudante recém-formado, enquanto aguarda sua chamada para o exame oral de admissão para o exercício da advocacia, pergunta a si mesmo: mas *em nome de quem* a lei se vinga?

A pergunta, ao usar a inquietante expressão "em nome de quem'', remete ao espinhoso problema da *representação*. Os processos decisórios não acontecem num espontaneísmo, necessitando-se, portanto, da *mediação institucional*. A mediação social dos processos decisórios, por meio de instituições, não ancora em si mesma, mas emana do poder comunitário. Como a sociedade não tem uma essência pré-estabelecida, isto é, não é fundada num dado natural imutável, *a questão da representação suscita grandes problemas.*

Que imagem do social-histórico guardamos? Devemos afastar a imagem ingênua e profundamente arraigada de que o social-histórico se ancora num fundamento natural ou teológico, constituindo uma *conta-por-um* equilibrada. Quando Marx usa a categoria de *lutas de classe* já revela que existe *uma impossibilidade de a sociedade se representar como totalidade perfeita* sem qualquer contradição. A ficção de uma unidade harmônica surge da necessidade ideológica de afastar as

contradições e os excessos irracionais da própria sociedade.

A sociedade como *presença plena* só existe, portanto, sob a forma de uma *hegemonia mítica.* A ideia de vontade divina bem como a de contrato social[81] são formas míticas cujo fim é ocultar a *absoluta contingência* de toda formação social. A política, o Estado e o direito existem porque a sociedade não é uma unidade estável e sacrossanta, mas é marcada por um vazio constitutivo.

O valor da democracia emana de que é o *único regime que se autoinstitui explicitamente de maneira permanente*[82]. Toda vez que a sociedade se esclerosa numa imagem perfeita e orgânica, a democracia está ameaçada. Aqui tangenciamos o nó decorrente da expressão "em nome de quem". Se a sociedade é marcada por um vazio constitutivo, como ela então se representa como totalidade? Como a lacuna é preenchida? Que mecanismo é usado para ofertar tal imagem unitária?

Faz-se necessário erigir um significante-mestre que, superando *de forma provisória o impasse* fundamental do social-histórico, preenche a lacuna. Slavoz Zizek explica, de forma arguta, a emergência de um significante-mestre:

> Então, o que é o Significante-Mestre? Vamos imaginar uma situação confusa de desintegração social em que o poder de coesão da ideologia perde a sua eficácia: numa situação assim, o Mestre é aquele que inventa um significante novo, o famoso 'ponto de basta' [point de capiton], que estabiliza novamente a situação e a torna legível;[83]

81. A constituição, nesse sentido, está mais para armistício do que para pacto social.
82. CASTORIADIS, Cornelius. Figuras do pensável: as encruzilhadas do labirinto, volume VI, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 207.
83. ZIZEK, Slavoj. A visão em paralaxe. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 56-7.

Daí que a pergunta inicial pode ser assim respondida: é sempre *em nome de outro nome*. Um nome que, por ostentar um algo grau de generalidade, pode servir de chave-mestra de um determinado sistema social. Por exemplo, com a ruína da teoria do direito divino, surge a necessidade de um novo significante-Mestre capaz de soldar as fissuras. A própria transição de uma soberania divina para a popular se explica a partir dessa mirada. Tais significantes tem o condão de *sair de uma situação particular para ascender à condição de representar o todo*. É sempre um 'significante' que colmata a lacuna constitutiva do social-histórico, garantindo a *ilusória* e, portanto, sempre provisória *unidade.*

Por isso, em torno de tais significantes se articula uma luta renhida que ultrapassa o mero nominalismo, revelando uma encarniçada materialidade. Como diz Rancière, se as palavras servem para confundir as coisas, é porque a batalha acerca das palavras, sobremodo dos significantes vazios, é uma batalha sobre as coisas[84]. Por isso, o jurista exemplar que é Friedrich Müller, num livro essencial, arranca o *significante povo* de seu uso prostituído, deixando bem claro que "sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, o 'povo' permanece uma metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade"[85].

84. RANCIÈRE, Jacques. O ódio à democracia. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 117.
85. MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? a questão fundamental da democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 52. Müller afirma que o Brasil deve ser um grande laboratório de novas formas de pensar, fazer e ser e que a Europa, lição que deveríamos assimilar, não é exemplo para nada. Além do mais, Müller acerta ao dizer que o Brasil é um país de modernidade periférica e não tardia. A modernidade guarda um mito racista, não tendo, portanto, nada de exemplar. Sua suposta universalidade exclui as mulheres, negros, índios; enfim, é uma falsa universalidade. É por isso que Enrique Dussel criou o conceito de *transmodernidade como crítica não europeia da modernidade*.

A pergunta é provocativa. Primeiro, porque associa lei e vingança. Na tradicional ocidental, a lei é expressão da razão, do comedimento e da temperança. Já Aristóteles dizia que "a lei é a razão desprovida de emoção", inaugurando uma tradição que persiste ainda hoje. Norberto Bobbio, ao dissecar o positivismo jurídico, assinala que o positivismo ético moderado sustenta que a lei seja a forma mais perfeita de direito.[86]

Segundo, porque deixa entrever que, por trás da lei, encontramos obscuras relações de poder e não a manifestação de um poder anônimo, impessoal e alheio aos embates e aos conflitos sociais. Rompe-se com a imagem da sociedade como um todo orgânico e unificado, da lei como expressão da vontade geral, e do *corpo social* como formado pela universalidade das vontades.

Tal imagem confortável serve justamente para conjurar os sintomas que indicam as fissuras, as falhas que demonstram a impossibilidade de se construir uma sociedade não antagônica. É uma verdadeira operação ideológica. No livro Fahrenheit 451, temos um exemplo típico deste mecanismo. No primeiro encontro casual entre Montag e Clarice, esta pergunta:

> "-É verdade que antigamente os bombeiros apagavam os incêndios em lugar de começá-los?
> _ Não. As casas sempre foram à prova de fogo, pode acreditar no que eu digo.
> _ Estranho. Uma vez me disseram que, muito tempo

86. BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia de direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 231.BRADBURY, Ray. Fahrenheit 451. São Paulo: Globo, 2009, p 21.

> atrás, as casas pegavam fogo por acidente e as pessoas precisam dos bombeiros para deter as chamas"[87]

A passagem confirma a tese de Althusser de que o papel da ideologia *é impor as evidências como evidências*, de modo a impossibilitar a diferenciação do aparecer da sociedade com o ser da sociedade[88]. Para Montag, era evidente que os bombeiros sempre queimavam livros. Ao naturalizar uma dada ordem social, obliterou o seu caráter contingente, ignorando que toda sociedade é fruto de uma eleição, de um projeto jogado e não algo enraizado e fundado na ordem natural. Nisso achava natural que a repressão instituída perdurasse.

Marx, citado por Bensaid, assinala:

> Uma sociedade onde um só órgão se crê detentor único e exclusivo da razão do Estado e da moral concreta do Estado, onde um governo se opõe por princípio ao povo é uma sociedade onde a *má consciência* inventa *leis de vingança*.[89]

Aqui já se antecipa o tema da fetichização da esfera pública. O fetichismo político se consolida quando o ator ou órgão político, olvidando a base comunitária de todo poder (potentia), posta-se como instância autorreferente, isto é, como causa de si mesmo (potesta), arrogantemente envergado contra o povo e vergado de forma complacente aos interesses privados.

O poder fetichizado só sobrevive à custa da aniquilação do poder comunitário, investindo sempre na constrição dos

87. BRADBURY, Ray. Fahrenheit 451. São Paulo: Globo, 2009, p 21.
88. ALTHUSSER, Louis. Posições (1964-1975): Lisboa, Livros horizonte, 1977, p.116.
89. BENSAID, Daniel. Les dépossédés: Karl Marx, les vouleurs de bois et le droit des pauvres. Paris: La Fabrique, 2007.

espaços de liberdade, na castração do pensamento crítico, na propagação do interesse contra a virtude. Daí que o jovem Marx aponta para leis de vingança, voltadas para repressão de todas as formas de contestação do poder corrompido.

Vislumbra-se uma homologia assustadora entre a assertiva de Marx com a compreensão lacaniana da lei como superego, como instância que emite um comando absurdo e que, por trazer implícita a mensagem obscena de domínio absoluto, provoca adesão às suas injunções. As leis de vingança são experimentadas como traumáticas, desprovidas de sentido, não podendo ser integradas no universo simbólico do sujeito.[90]

No Dezoito Brumário, livro que destrincha o Brasil atual, Marx revela que todo direito fundamental entra numa lógica estranha em que é afirmado e negado ao mesmo tempo. À afirmação aparentemente ilimitada de um direito, sucedem limitações que aniquilam o núcleo do próprio direito. Já antecipa a semiologia política ao dizer:

> Assim, desde que o *nome* liberdade seja respeitado e impedida a sua aplicação efetiva – de acordo com a lei, naturalmente- a existência constitucional da liberdade permanece íntegra, inviolada, por mais mortais que sejam os golpes assestados contra sua existência comum.[91]

No nosso cenário, devemos perguntar: *quem, em nome da lei, se vinga*?

À liberdade de reunião sucedem ações truculentas das

90. ZIZEK, Slavoj. The sublime object of ideology. London: Verso, 2008, p. 36.
91. MARX, Karl. O Dezoito Brumário de Louis Bonaparte: São Paulo: Centauro, 2006, p. 32.

polícias; o direito de greve foi tão constringido a ponto de perder seu núcleo essencial; o devido processo legal convertido em mero simulacro para perseguir o inimigo, sempre erigido ideologicamente; denúncias, que são hipóteses, apresentadas pela tela em tom infalível, ainda que a metodologia científica demonstre que toda hipótese é falseável[92]: (lembre-se que convicções, diz Hume, tem conotação psicológica mas de nada servem do ponto de vista da lógica); a liberdade de expressão para os que detêm os meios de comunicação; mandado de busca e apreensão genérico nas favelas em que cidadãos são transformados em vidas desnudas; Unidades de Polícia Pacificadora que fazem da favela um lugar da exceção; reintegração de posse de imóvel público pelo exercício da autoexecutoriedade. E o pior: impeachment sem crime de responsabilidade. Enfim, o movimento pendular, nesse momento, é para negação dos direitos fundamentais.

Muitas tarefas se impõem à dogmática crítica: a) a construção de uma hermenêutica para além das ilusões do universalismo ante rem de Dworkin[93]; b) a construção de uma epistemologia da prova; c) a criação de mecanismos de proteção dos direitos sociais; d) o desvelamento dos mecanismos sutis de exceção que, sub-repticiamente, insinuam-se na prática do direito e etc. Tudo isso à luz da premente necessidade de pensar desde baixo, ou seja, desde a América Latina.[94]

Colaborou decisivamente para ruína da tessitura constitucional a forma como se deu uma *apropriação privada da*

92. Devo essa ideia ao meu amigo processualista Diogo Fernandes.
93. Ver capítulo 5 - A Aporia de Dworkin e a Recaída na Metafísica da Presença.
94. É incrível como não estudamos autores latino-americanos de estatura universal como Enrique Mari, Enrique Dussel, Franz *Hinkelammert* e outros.

linguagem[95] sob o influxo de uma mídia que transforma em ouro puro o mais vil dos interesses. Mas o momento é de confissão. Em nome da lei, quem se vinga? Os mesmos de sempre que, nutrindo ódio à igualdade, só aceitam um simulacro de democracia e fazem da esfera pública um balcão onde o povo brasileiro é imolado. São as 'hereditárias' classes dominantes.

Nesses tempos turvos, os poetas da resistência nos alertam para a decisão de continuar:

> "O JUIZ
>
> Quem ousará contestar o que eu tenha decidido?
>
> VITÓRIA
>
> Não podeis decidir tudo. A dor tem, também, os seus direitos".[96]

95. Ver Capítulo 1: A Lição Político-Hermenêutica de Espinosa: A Potência de Ler de Qualquer Um
96. CAMUS, Albert. Estado de sítio. São Paulo: Abril Cultural, p. 87.

Capítulo 7:

PRAGMÁTICA PSICANALÍTICA DA NORMA JURÍDICA EM TEMPOS DE EXCEÇÃO

> "Mas se a aparência do direito é querida como tal contra o direito-em-si pela vontade particular, que por isso se torna má, o reconhecimento exterior do direito é separado do seu valor; e só aquele é respeitado, enquanto este direito é lesado. Isso dá o não-direito da impostura; – [que é] o juízo infinito enquanto idêntico (§ 173) – a relação formal conservadora como abandono do conteúdo". (Hegel)

A semiologia, enquanto ciência dos signos, compreende hoje três disciplinas, quais sejam : a) a *sintaxe*, voltado para estudo da *relações formais* que os signos entretém em si; b) a *semântica*, centrado no estudo das relações de significação, isto é, na relação entre o signo e o referente; c) a *pragmática*, enucleado no estudo das relação dos signos com seus usuários, isto é, pelos significados produzidos pelo uso efetivo do signo.[97]

A pragmática foi relegada a segundo plano, representando uma espécie de mero estudo residual. No avanço da semiologia, não obstante, a pragmática,

97. PIGNATARI, Décio. Informação. Linguagem. Comunicação. São Paulo: Editora Perspectiva, 1968, p. 29.

justamente por lidar com o aspecto contextual do processo sígnico, transmonta sua situação subalterna quando não meramente ancilar, para constituir-se no epicentro do estudo da semiologia.

A pragmática não tem um objeto tão claro assim. É identificada com o estudo do ato do discurso dirigido a produzir certos efeitos[98]. É possível, não obstante, entrever três perspectivas: a) como doutrina do *uso dos signos*; b) como *linguística do diálogo*; c) como teoria da *ação linguística*.

Não é nosso intento enfrentar agora essa temática. Recortamos que, a despeito das divergências, existe um punctum analógico: a compreensão de que, na pragmática, a linguagem não se encerra num mero aspecto informativo ou comunicacional. Mais do que transmitir informações ou comunicar, a linguagem emite comandos. Deleuze e Guattari chegam a afirmar que a *unidade elementar da linguagem- o enunciado- é a palavra de ordem.*[99]

Tercio Sampaio, no sugestivo livro Teoria da Norma, ensaia uma *pragmática da comunicação normativa,* inovando de forma definitiva a semiologia da norma jurídica. Partindo da relação entre emissor-receptor como mediada pela comunicação, *a norma* é vista como um sinal que ata duas posições, como uma *expressão abreviada de uma forma particular de relação*.[100]

98. ROSS, Alf. logica de las normas. Madrid: Editorial Tecnos, 1971, p. 15.
99. Deleuze, Gilles; GUATTARI, Félix. Mil Platôs: Capitalismo e esquizofrenia. Vol. 2. São Paulo: Ed. 34, 1995, p. 12.
100. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica. 4ª ed. São Paulo: Forense, 2005, p. 38.

A norma como uma situação de comunicação constitui um *sistema interacional* em que a ação de quem fala (emissor) quer ou deve provocar uma resposta por parte de quem ouve (receptor). Na comunicação, portanto, vislumbram-se dois aspectos: a) *o relato*, a informação transmitida, e o b) *cometimento*, a informação sobre a informação, o tipo de relação subjacente ao conteúdo da mensagem.

Enuncia o mestre:

> Na terminologia pragmática, o comunicador não apenas diz qual a decisão a ser tomada – pré-decisão – mas também como essa pré-decisão deve ser entendida pelo endereçado – informação sobre a informação.[101]

Por isso, além da mensagem que é transmitida, identificada como conteúdo, exsurge outro aspecto que se refere à *espécie* de mensagem e como ela deve ser considerada. Nesse aspecto, manifesta-se *que tipo de relações* se dá entre os comunicantes.

No caso da norma jurídica, instaura-se uma relação de subordinação entre o Legislador-emissor e o cidadão-receptor, promovendo transformações incorporais[102] de tal forma que se coloca o receptor diante de uma situação até então inexistente: obedecer ou desobedecer ao comando.

101. Ob. cit, p. 50.
102. Expressão de Deleuze. Aqui a linguagem se aproxima da magia.

O receptor pode reagir de três maneiras: a) a confirmação pela qual concorda com a definição; b) a rejeição pela qual nega a definição; c) a desconfirmação pela qual o ouvinte desqualifica a definição. Na rejeição, o ouvinte reconhece a autoridade, mas depois recusa a definição. Já na desconfirmação, o ouvinte ignora o orador, rejeitando-o como autoridade. Portanto, no nível do cometimento, só se admite a confirmação e a rejeição, excluindo-se a desconfirmação por implicar a recusa da autoridade.

Não obstante, além do relato – informação – e do cometimento – informação da informação, entremostra-se outro nível da relação de comunicação normativa cuja figura ganha assoma de forma vertiginosa em tempos de exceção. Emerge a figura feroz da lei como o reino da não lei.

A teoria dos atos de linguagem de Austin pode ajudar na elucidação do problema desse aspecto oculto. Para Austin, os filósofos apenas vislumbram a existência de enunciados constativos, os quais descrevem um estado de coisas ou enunciam algum fato com o valor de verdade ou falsidade. Não obstante, verifica que existe outra espécie de enunciado em que não há uma descrição de um estado de coisas, mas que o simples emitir de uma expressão já constitui, por si só, uma ação.

Tais enunciados são chamados de performativos ou realizativos. Cita alguns exemplos: a) Sim, juro

desempenhar o cargo com lealdade; b) Batizo esse barco de Queen Elizabeth; c) lego meu relógio a meu irmão. Nessas situações, dizer já é fazer.

A diferença entre os enunciado constativos e performativos pode ser vista num exemplo bem simples. Quando se diz "eu juro'', trata-se de uma ação. Quando se diz "ele jura'', trata-se de uma informação.

O ato do discurso envolve três níveis:

a) O nível do ato *locucionário* ou proposicional, em que dizer algo é fazer algo (dizer é fazer algo);

b) O nível do ato (ou da força) *ilocucionário*, em que *ao dizer algo* fazemos algo (*ao dizer* algo fazemos algo);

c) O nível do ato *perlocucionário*, em que *porque* ao dizer algo fazemos algo (*porque dizemos* algo fazemos algo).[103]

Depreende-se que a teoria da norma como relação de comunicação de Tércio Sampaio compreende apenas o nível locucionário e o ilocucionário, olvidando o nível perlocucionário. Este nível consiste no *efeito provocado* no receptor ao qual determinada sentença é endereçada.

O jovem Marx, ainda sob a influência completa de Hegel, ao tratar da censura prussiana, declina:

103. AUSTIN, John L. Cómo hacer cosas con palavras. Buenos Aires: Paidós, 2014.

> Leis tendenciosas, leis que não estabelecem regras objetivas, são leis do terrorismo, tais como as imaginadas na angústia do estado sob Robespierre e a corrupção do estado sob os imperadores romanos. Leis que tomam como critérios não os atos eles mesmos, não são senão sanções da anarquia.[104]

Hoje, diante do resultado das interações estruturais da luta de classes, as leis não apresentam mais esse evidente caráter tendencioso. Mas subsiste um mecanismo sutil: a edição de leis que comportem uma intensa rarefação discursiva, permitindo, por meio da interpretação, a apropriação privada da linguagem, com a reprodução das mensagens hegemônicas –redundância- quando uma nova significação exsurgia, e a criação de ruídos – equivocidade- nas mensagens que sustém um trabalho coletivo e comum mediante a sobrecodificação das representações – subjetivas- do intérprete sobre o conceito emergente do texto normativo.[105]

O filósofo Mauricio Blanchot explica como a obstinação em manter-se fechado nas próprias representações é um dos maiores *obstáculos hermenêuticos*:

> O que mais ameaça a leitura: a realidade do leitor, sua personagem, sua imodéstia, a obstinação em querer manter-se em face do que lê, em querer ser um homem que sabe ler em geral.[106]

104. MARX, Karl. Ouevres philosohiques, tome I. Paris: Alfred Costes, 1946, p. 140.
105. No plano do processo penal, ocorre a reificação do acusado que perde a condição de sujeito de direito e torna-se mero objeto da decisão já previamente determinada pelo ego conquistador do juiz- o Colombo em nós.
106. BLANCHOT, Maurice. O espaço literário. São Paulo: Rocco, 2011, p. 215. Desenvolvi a categoria de obstáculos hermenêuticos com vistas a superar o mito religioso da leitura espontânea.

A hipernomia vigente fomenta a inserção da exceção por meio da apropriação privada da linguagem. O jurista Pedro Serrano chama de hirpernomia a proliferação de normas sancionadoras e vê nisso um mecanismo sutil de exceção por meio do qual o sistema jurídico pode, uma vez eleito o objeto de perseguição, cunhá-lo como culpado sem qualquer obediência a um padrão racional:

> O âmbito de abrangência da legislação sancionatória é tão extenso que retira do poder legislativo a prerrogativa de discriminar quem é potencialmente culpado perante o sistema, incumbindo tal decisão ao arbítrio seletivo do aplicador do sistema normativo.[107]

O que escapou a Tércio Sampaio foi justamente o nível perlocucionário da norma, aspecto traumático cuja figura assoma de forma vertiginosa em tempos de exceção. Na medida em que o sentido da lei será determinado por um agente não submetido ao uso público da razão, admite-se a apropriação privada da linguagem, ouve-se o eco absurdo e traumático de um poder absoluto e incondicional. A lei, ou a sua interpretação, como superego. O superego, na psicanálise, está associado a uma injunção que é experimentada sem sentido, absurda e por isso mesmo insuscetível de ser simbolizada, despertando no indivíduo seus medos primitivos, matando seu potencial político.

107. https://www.cartacapital.com.br/sociedade/excesso-de-leis-e-imprecisao-normativa-como-mecanismos-de-exceção.

Lacan, no Seminário I, percebeu bem tal dinâmica:

> O supereu é, a um só tempo, a lei e a sua destruição. Nisso, ela é a palavra mesma, o comando da lei, na medida em que dela não resta mais do que raiz. A lei se reduz inteiramente a alguma coisa que não se pode nem mesmo exprimir, como o Tu deves, que é uma palavra privada de todos os seus sentidos. É nesse sentido que o supereu acaba por se identificar àquilo que há somente de mais devastador, de mais fascinante, nas experiências primitivas do sujeito. Acaba por se identificar ao que chamo figura feroz, às figuras que podemos ligar aos traumatismos primitivos, sejam eles quais forem, que a criança sofreu.[108]

A solução para a angústia que o dois, enquanto figura da contradição, provoca, pois, não existe nada mais traumático para uma formação social do que ver a lacuna que lhe é constitutiva, é a exceção. Não é à toa que a exceção é invocada como mecanismo para reagir à presença obsedante dos conflitos por meio do binômio amigo/inimigo.

Carl Schmitt assinala que uma coletividade quando renuncia a necessidade de instaurar uma unidade deixa de ser uma coletividade política, pois, renuncia ao *poder de designar* por uma decisão aquele que considera e trata como *inimigo*.[109] A única política admitida é a despolitização social por meio da marginalização daqueles que enunciam os sintomas.

108. LACAN, Jacques. O seminário, livro 1: os escritos técnicos de Freud. Rio de Janeiro: Zahar, 1979, p. 125.
109. SCHMITT, Carl. La notion politique. Paris: Flammarion, 1992, p. 84.

É preciso defender veementemente limites à intervenção penal ideologicamente voltada à criminalização de agentes e das ações que não têm nada a haver com crime, mas que tangenciam os sintomas (fragilidades e incoerências) de uma determinada forma de organização societária para abrir horizontes políticos aqueles que são "parte de parte alguma''.[110]

110. Ver nosso: http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/05/pobres-sao-como-podres/

Parte 4

DIREITOS HUMANOS E MODERNIDADE PERIFÉRICA

Capítulo 8:

DIREITO E COLONIALIDADE DO PODER

Foi Hegel que, nas lições sobre a filosofia da história, cunhou a expressão época moderna. Para ele, nessa época de transformações, o espírito rompeu com seu ser-aí imediato, dando nascimento a uma nova época:

> Aliás, não é difícil ver que nosso tempo é um tempo de nascimento e trânsito para uma nova época. O espírito rompeu com o mundo de seu ser-aí e de seu representar, que até hoje durou; está a ponto de submergi-lo no passado, e se entrega à tarefa de sua transformação. Certamente, o espírito nunca está em repouso, mas sempre tomado por um movimento para a frente.[111]

A Reforma Protestante, o Iluminismo e a Revolução Francesa constituem os acontecimentos chaves da modernidade que, entendida como metanarrativa da emancipação, representou a esperança de superação do peso opressor da autoridade e da tradição e a construção de um mundo de liberdade e progresso.

A escola de Frankfurt criticou a apropriação do projeto da modernidade pela razão instrumental que,

111. HEGEL, G.W. F. Fenomenologia do espírito. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 26.

imantada pelas injunções da quantificação, fomenta o domínio sobre a natureza, base para o domínio sobre os homens. A razão, ao se instrumentalizar, passa a ser signo de opressão e não de liberdade. Habermas, apesar de concordar com a crítica, vislumbra na modernidade um projeto inacabado ainda capaz de se encaminhar para a emancipação humana. O que escapa a essa crítica é que no seio da modernidade se encontra um mito que sustenta uma grande violência. Se Adorno mostra que no seio do iluminismo se abriga o mito não avança para desvelar que, no cerne, o mito consiste numa *práxis irracional de violência* que, partindo da superioridade da civilização europeia, justifica o direito de conquista sobre os povos da América Latina, África e Ásia.

A modernidade, ainda que acicate o sonho de emancipação humana, se constitui a partir da justificação do direito de conquista traduzido na ideia de guerra justa. Wallerstein, dissecando a justificação de Juan Gines Sepulveda da conquista espanhola, encontra quatro argumentos que embasam toda forma de intervenção: a) a barbárie dos outros; b) o fim de práticas que violam valores universais; c) a defesa de inocentes vítimas da barbárie; d) a possibilidade de disseminar esses valores universais[112]. O mito da modernidade, então, consiste, de um lado, em vitimar o inocente declarando-o culpável da própria vitimização e, de outro, em inocentar o civilizado

112. WALLERSTEIN, Immanuel. O universalismo europeu: a retórica do poder. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 35.

do ato de extermínio[113].

No plano jurídico, o questionamento de um direito fundando na ordem natural implicou a abertura para o problema da contingência e, portanto, da legitimidade e do fundamento do direito. Pascal tangenciou o nó da questão quando vislumbrou a delgada e tênue relação entre justiça e força:

> É justo que o que é justo seja seguido, é necessário que aquilo que é mais forte seja seguido. A justiça sem a força é impotente: a força sem a justiça é tirânica. A justiça sem força é contraditória porque sempre há homens maus; a força sem justiça é acusada. É preciso pois colocar juntas a justiça e a força; e, para fazê-lo, que aquilo é justo seja forte, ou que aquilo que é forte seja justo.[114]

O problema da legitimidade, isto é, a questão da *probabilidade* de uma determinada ordem encontrar *reconhecimento* exsurge sempre mais claramente em períodos de crise, mostrando que a positividade sempre se ancora em certo grau de *fé performática*.

Na teoria do direito moderna, o problema, que é atribuído ao eterno retorno do direito natural, nada mais é do que a recorrente questão espinhosa da legitimidade do direito. Todas as grandes correntes se veem a braços com a questão: 1) Hart, definindo o direito como união

113. DUSSEL, Enrique. 1492: el encubrimiento del outro: hacia el origen del mito de la modernidade. La paz: Facultad de Humanidades y ciências de la Educación, 1994, p. 74.
114. PASCAL, Blaise. Pensées. Paris: Garnier, 1925, p. 135.

de normas primárias e secundárias, vislumbra uma regra de reconhecimento que consubstancia a aceitação do direito; 2) Dworkin, entendendo o direito como conceito interpretativo de forma que a mera fatualidade do reconhecimento não é capaz de conferir-lhe legitimação, vislumbra o direito como união moral e política de um povo expressa num conjunto coerente de princípios; com base na ideia de identidade, ajuste e solidez, Dworkin concebe a interpretação como capaz de fazer do direito a melhor obra possível, num sentido de integração comunitária; 3) Habermas, mostrando que o direito não se legitima pela forma nem por um conteúdo material a priori, encontra, nos meandros da facticidade e validade, a legitimidade do direito na formação discursiva da opinião e a vontade, institucionalizada de tal forma que se presume sua aceitação por parte de todos. Uma espécie de kantismo discursivo; 4) Kelsen remete a autoprodução do direito à norma hipotética fundamental erigida como chave mestra da unidade do sistema, ambiguamente situada transcendente e vinculada ao fechamento do sistema normativo.

A despeito das diferenças, como decorrência da racionalização baseada na possibilidade de cálculo, o direito, nas formações modernas, é *estruturado* por quatro critérios específicos: a) a *abstração*, pelo qual um conceito ou uma noção é considerado à margem dos dados reais em que emergem; b) *generalidade*, pelo qual as disposições

não concernem a uma pessoa determinada, mas ostentam uma aplicação indefinida; c) *formalismo*, pelo qual uma regra se apresenta como desprovida de um conteúdo; d) *regulamentaridade*, pelo qual se buscar cristalizar no tempo certos valores jurídicos, estabelecendo sua duração.[115]

Instaurada a ordem social que lhe convém, as classes dominantes ocultam a contingência inerente ao social-histórico de tal forma que o direito, subsumido na ordem do calculável, é instituído como causa de si, como autorreferência, isto é, como algo que põe retroativamente seus próprios termos.

São reconhecidas três tradições jurídicas ocidentais: o direito romano-germânico (*civil law*), direito comum (*common law*) e o direito socialista. John Henry Merryman entende a tradição não apenas com um conjunto de regras jurídicas, mas como um conjunto de atitudes arraigadas historicamente que traduzem uma concepção acerca da natureza do direito, do papel do direito na sociedade e do entrelaçamento entre direito e política. Inclui Brasil, Argentina e Chile na categoria do civil law[116]. Não obstante, os países de modernidade periférica não se enquadram naquelas categorias, demandando um novo paradigma terceiro-mundista capaz de assinalar as venturas e desventuras do dever ser na modernidade periférica.

Não é esse o desafio proposto por Sérgio Buarque

115. POULANTZAS, Nicos. Natures des choses et droit: essa sur la dialectique du fait et de valeur. Paris: LGDJ, 1965, p. 263-4.
116. MERRYMAN, John Henry. La tradición jurídica romano-canónica. México, FCE, 1989, p. 16-7.

ao iniciar Raízes do Brasil, assinalando que a tentativa de implantação da cultura europeia desde as origens da sociedade brasileira constitui o fato dominante de nossa formação?[117]

Luigi Ferrajoli entrevê parte do problema ao afirmar a necessidade de a cultura jurídica superar a *antinomia* entre os direitos do *homem* e os direitos do *cidadão*[118]. De que marco teórico surge a dicotomia entre o homem e o cidadão? Não é difícil vislumbrar que decorre do opúsculo A questão Judaica de Marx. Nessa obra, Marx assinala:

> Onde o Estado Político atingiu sua forma definitiva, o homem leva uma vida dupla não só mentalmente, na consciência, mas também na realidade, na vida concreta; ele leva uma vida celestial e um vida terrena, a vida na comunidade política, na qual ele considera um ente comunitário, e a vida na sociedade burguesa, na qual ele atua como pessoa particular, encara as demais pessoas como meios, degrada a si próprio à condição de meio e se torna um joquete na mão de poderes estranhos a ele. A relação entre o Estado Político e a sociedade burguesa é tão espiritualista quanto a relação entre o céu e a terra. A antítese dos dois é a mesma, e o Estado político a supera da mesma maneira que a religião supera a limitação do mundo profano, isto é, sendo igualmente forçado a reconhecê-lo, produzi-la e deixar-se dominar por ela.[119]

117. HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.31. O direito, como ciência social, deve ser estruturado a partir de uma *interdisciplinaridade controlada* evitando o maniqueísmo simplista que imanta certas teorias.

118. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantias: la ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 31.

119. MARX, Karl. Sobre a questão judaica. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 40.

Quando Habermas afirma que a positivação de direitos subjetivos não é o egoísmo estabelecido contra os outros e que uma suposta cooriginariedade entre autonomia privada e pública inviabilizaria a imposição de valores não universalizáveis, devemos limitar o alcance de tais assertivas, mostrando que, nos países de modernidade periférica, são idealistas e devem ser rechaçadas.

Em países de modernidade periférica, o problema da legitimação requer outra estratégia teórica que passa pela compreensão realista da particularidade do direito e do estado nas sociedades marcadas pela colonialidade do poder.

Victor Nunes Leal, ao fazer a genealogia do nosso atraso político, vislumbra o coronelismo como incursão do poder privado no domínio público. Mesmo apontando alguns avanços que pudessem por fim a esse nefasto fenômeno político, reconhece que, somente com a transformação da obsoleta estrutura agrária brasileiro, a superação do coronelismo seria possível. Por isso, conclui:

> Assim como a estrutura agrária ainda vigente contribui para a subsistência do 'coronelismo', também o 'coronelismo' concorre para a conservação dessa mesma estrutura. Os governos brasileiros têm saído, até hoje, das classes dominantes e com imprescindível concurso do 'coronelismo'.[120]

120. LEAL, Victor Nunes. Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 275 e ss.

Nessa senda, exsurgem algumas notas a realçar. Primeiro, o Estado se confunde com o interesse das classes dominantes, inviabilizando a produção da universalidade concreta como sua tarefa primeva e fundante. Segundo, a marginalização dos grupos que nos formam (especialmente negros, índios) só se efetua com a constrição do processo político, isto é, as desigualdades só se reproduzem na medida em que a exclusão sócio-econômica encontra anteparo no plano político. Noutras palavras, é preciso reprimir todas as formas de organização ou movimento político capaz de questionar a forma colonial de distribuição do poder e dos bens. A exclusão social depende da fetichização da política. Terceiro, as teorias volvem-se para um universalismo abstrato que ignora as particularidades concretas, particularidades essas que levariam ao contato com a realidade do poder colonial e, por corolário, a devida crítica.

A colonialidade do poder marca-se pela imposição da ideia de raça como mecanismo de dominação. Achile Mbembe com argúcia mostra como a ideologia de raça funciona como mecanismo de perverso de poder:

> Nesse contexto, os novos processos de racialização visam a marcar grupos de populações, a fixar o mais precisamente possível os limites no seio das quais elas podem circular, a determinar o mais exatamente possível a colocação que podem ocupar, enfim, assegurar as circulações no sentido que permite afastar as ameaças e assegurar a segurança geral. Trata-se de

> selecionar esses grupos de populações, de marcá-los a sua vez como espécies, séries e como casos, no seio de um cálculo generalizado de risco, de acaso e de probabilidades, de maneira a poder prevenir os perigos inerentes a sua circulação e, se possível, a neutralizar seu avanço tanto pelo encarceramento quanto pela deportação. A raça, desse ponto de vista, funciona ao mesmo tempo como ideologia, dispositivo de segurança e tecnologia do governo das multiplicidades. Ela é o meio mais eficaz de abolir os direitos no ato mesmo pelo qual se pretende erigir a lei. [121]

A noção da raça funciona, pois, como o grande expediente ideológico para a instauração da exceção. Carl Schmitt define o poder soberano não somente como aquele que decide sobre o estado de exceção, mas o que tem o poder de nomear o inimigo para instaurar a exceção. Não se caracteriza, então, o estado por meio do monopólio da violência legítima, mas pela detenção do jus belli, ou seja, o direito do soberano de nomear o inimigo e de combatê-lo. A função do Estado é subordinar todas as formas de conflitos ao imperativo da *unidade nacional* de tal forma a ativar um *estado de exceção* capaz de identificar, marcar e aniquilar os inimigos[122].

O que a colonialidade do poder faz é coarctar as possibilidades do falar comum que estrutura o direito. Por isso, na realidade dos países de modernidade periférica, é mais adequado falar em *suspensão colonial do direito* e não suspensão teleológica ou consequencialista.

121. MBEMBE, A. Prefácio. FANON, Franz. Oeuvres. Paris: La découverte, 2011, p. 20.
122. BALIBAR, Étienne. Ciudadanía. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2013, p. 160.

Capítulo 9:

O DIREITO A TER DIREITO: O DIREITO DE NÃO DE SER EXCLUÍDO/A POR LUTAR POR SEUS DIREITOS

No contexto do declínio do Estado-Nação e da primeira guerra mundial, a emergência de minorias desprovidas de qualquer proteção jurídica levantou a suspeita de que os direitos humanos eram apenas álibis formais.

Arendt retrata bem a situação: "Uma vez fora do país de origem, permaneciam sem lar; quando deixavam o seu Estado, tornavam-se apátridas; quando perdiam todos os direitos: eram o refugo da terra".[123]

Milhões de apátridas e refugiados errantes forçados a viver debaixo de leis de exceções ou da ausência de qualquer lei revelavam que o conceito de cidadania, enquanto vínculo jurídico-político com o Estado, se esfumava. A privação dos direitos humanos, consoante Arendt, manifesta-se na privação de um lugar no mundo que torne a opinião significativa e ação eficaz.

A privação mostrava-se mais trágica quando somente com o cometimento de um crime é que o indivíduo

123. ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia de Letras, 2012, p. 369.

alcançava certa proteção estatal: estaria sob a custódia do estado, teria direito a um procedimento conforme à lei, direito a ter advogado, enfim, uma situação menos perversa do que a de viver sob leis de exceção, sujeito a toda sorte de violências.

Nesse cenário angustiante, Arendt entrevê que o direito mais primário é o *direito a ter direito*. Não obstante, Arendt parece não entrever que a categoria resta mais sólida quando apreendida dentro da dimensão da economia política. A situação dos refugiados não é análoga a dos pobres, dos negros e das mulheres excluídas? Não são os pobres, dentro mesmo das fronteiras de qualquer estado, aqueles que, com sua presença, revelam os direitos fundamentais como álibis perversos e o ideal da boa vida como a consolação espiritual no vale de lágrimas? A palavra imigrante não serve para esconder o proletário?

Por que Arendt não enxerga o problema das massas excluídas como tão similar e tão angustiante quanto o dos refugiados? Não são os pobres excluídos da opinião e da ação? Talvez porque não reconheça a cientificidade da economia política e tenha por modelo a ação, enquanto ação em pé de igualdade no espaço público, nos moldes da antiguidade.

Justamente por desconhecer a relação de espiral, e não mecânica, entre economia e política que o direito a ter direito em Arendt é limitado.

É possível dar uma configuração dialética à categoria

do direito a ter direito. Como desvela Etienne Balibar:[124]

> Nesse sentido que podemos propor uma ampliação da noção arendtiana do 'direito a ter direito': com a condição de superar os limites que de maneira arbitrária lhe havia imposto. Desde há muito tempo, o uso político dessa fórmula de fato ultrapassa sua definição meramente normativa, passando do poder constituído (o direito aos direitos resulta do pertencimento a uma comunidade política existente, em particular a um Estado-nação) ao poder constituinte: trata-se da capacidade ativa de reivindicar direito em um espaço público, ou, melhor ainda, dialeticamente, da possibilidade *de não ser excluído/a do direito de lutar por seus direitos.*

Agora que se regressa ao Estado Mínimo, é o direito a não ser excluído/a do direito de lutar por seus direitos que está ameaçado. Não nos enganemos, o Estado mínimo é o que se agiganta no seu aspecto mais repressivo, constituindo uma pesada maquinaria voltada a desativar a política, a alimentar a engrenagem policialesca. Essa engrenagem policialesca significa alimentar a paixão pela desigualdade, significa subsumir todas as práticas insurgentes na criminalidade. Como alerta Negri, *fora da lei da sociedade pacificada, há apenas patologia e terror.*[125]

Por isso, a dialética persiste como modelo de inteligibilidade do real mais atual do que nunca. Ao invés

124. BALIBAR, Étienne. Ciudadanía. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2013, p. 109.
125. NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. O trabalho de dionísio: para a crítica ao Estado pós-moderno. Juiz de Fora: Editora UFJF, Pazulin, 2004.

do Um enquanto conta perfeita que afasta os sintomas, as contradições, as lacunas constitutivas da sociedade, deve-se *reativar o Dois.*

Como ensina, com fino rigor lógico, o matemático e filósofo Alain Badiou:[126]

> Um se divide em dois não é um princípio do engendramento do dois a partir do um. Um se divide em dois significa: não há identidade senão dividida. Não somente a realidade é processo, mais processo em divisão. O real não é que junta, mas o que separa. O que vem disjunta

Por isso, a noção arendtiana, ao ser mirada à luz da dialética, precisa ser vista em dois aspectos vinculados: a) negativo, como privação dos direitos em um espaço público; b) positivo, como *força criativa* dos novos direitos.

Roberto Lyra afirma que a *positividade* do direito não conduz fatalmente ao positivismo[127]. O problema é que a positividade é subsumida pelo positivismo e sua noção limitada de ciência. Como entender a positividade? Já no jovem Hegel positividade é o estado de uma obra ou de instituição abandonadas pelas causas ativas que lhe tinham dado nascimento[128]. É nesse sentido que o positivismo, ao reduzir o direito a um estado de coisas desvinculado de suas causas ativas, oculta a força ativa dos oprimidos na criação dos direitos. O sentido criativo do direito a ter

126. BADIOU, Alain. Théorie de la contradiction. Paris: François Maspero, 1976, p. 62.
127. LYRA FILHO, Roberto. O que é direito. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 26-7.
128. D'HONDT. Jacques. Hegel. Lisboa: Edições 70, 1984, p.30.

direito é normalizado quando é o direito reduzido a uma objetividade morta sem conexão com a totalidade em que está mergulhado.

Devemos evitar debater num terreno em que os termos são dados por uma problemática equivocada.

O direito a ter direito, nessa concepção dialética, constitui a universalidade concreta como bem capta Slavoj Zizek:[129]

> Em suma, uma universalidade surge 'para si' somente por meio ou no lugar de uma particularidade tolhida. A universalidade inscreve-se em uma identidade particular enquanto incapacidade de tornar-se plenamente si mesma: eu sou um objeto universal na medida em que não posso me realizar na minha identidade particular – por essa razão, o sujeito universal moderno é, por definição, 'desconjuntado', carente de seu lugar apropriado no edifício social. Essa tese tem que ser tomada ao pé da letra: não é apenas que a universalidade se inscreve na minha identidade particular como ruptura, desconjuntura: a universalidade 'em si' é, em sua efetividade, nada mais que esse corte que impede de dentro toda e qualquer identidade particular. Em uma dada ordem social, uma alegação universal somente pode ser feita por um grupo que foi impedido de realizar sua identidade particular- mulheres tolhidas em seu esforço de realizar sua identidade feminina, um grupo étnico de afirmar sua identidade e assim por diante.

129. ZIZEK, Slavoj. Menos que nada: Hegel e a sombra do materialismo dialético. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 210.

O direito a ter direitos, na mirada dialética, ganha um *caráter prospectivo,* indicando a democracia por vir. Como Milton enuncia na canção "clube da esquina II":

> E sonhos não envelhecem,
> Em meio a tantos gases lacrimogênios
> Ficam calmos, calmos
> Calmos, calmos, calmos

De nada adianta os gases lacrimogênios, lembrando Dussel, *como pode o pobre não esperar comer amanhã*?

www.sabeh.org.br

ENTRE EM CONTATO COM O AUTOR:
eduardoadvnascimento@yahoo.com