

Hermenêutica Constitucional, Intersubjetividade e Direitos Humanos

Constitutional Hermeneutics, Intersubjectivity, and Human Rights

Adahilton Dourado Júnior¹

Melissa Andrea Lins Peliz²

Resumo: O artigo, em diálogo com Michel Rosenfeld, Jürgen Habermas, Hannah Arendt, Giorgio Agamben e Miroslav Milovic, tem por objetivo, com base na subjetividade dos modernos, discutir por que ainda não somos capazes de garantir direitos humanos a todos os sujeitos constitucionais. Partindo de uma crítica à centralidade da subjetividade moderna e às limitações da racionalidade jurídico-política contemporânea, analisa-se a dificuldade de inclusão efetiva das diferenças no interior das democracias constitucionais. O trabalho problematiza os limites da hermenêutica constitucional, da racionalidade comunicativa e das estruturas institucionais modernas diante da persistência de sujeitos politicamente excluídos ou reduzidos à condição de vida nua. Sustenta-se, ao final, que a efetivação dos direitos humanos depende não apenas do Direito, mas sobretudo de uma radicalização democrática da Política, capaz de reconhecer a dignidade política e o pertencimento de todos os sujeitos à comunidade.

Palavras-chave: Dignidade. Distinção. Pertencimento. Direitos Humanos.

Abstract: The article, in dialogue with Michel Rosenfeld, Jürgen Habermas, Hannah Arendt, Giorgio Agamben, and Miroslav Milovic, aims, based on modern subjectivity, to discuss why we are still unable to guarantee human rights to all constitutional subjects. Starting from a critique of the centrality of modern subjectivity and of the limits of contemporary legal and political rationality, the paper analyzes the difficulties surrounding the effective inclusion of differences within constitutional democracies. The study problematizes the limits of constitutional hermeneutics, communicative rationality, and modern institutional structures in light of the persistence of politically excluded subjects or subjects reduced to the condition of bare life. It ultimately argues that the realization of human rights depends not only on Law, but above all on a radical

¹ Advogado da União. Doutor em Direito pela UnB, mestre em Filosofia pela UnB e bacharel em Direito pela PUC-GO. ORCID: 0009000703834624. Email: adahilton.dourado@gmail.com.

² Procuradora do Estado de Goiás. Doutora em Direito pela UnB, mestra em Metafísica pela UnB e bacharela em Direito pela PUC-GO. ORCID: 0000-0002-7281-9547. Email: melpeliz@yahoo.com.br.

democratization of Politics capable of recognizing the political dignity and belonging of all subjects within the political community.

Keywords: Dignity. Distinction. Belonging. Human rights.

Introdução

Hannah Arendt faz uma importante crítica para uma urgente ressignificação dos direitos humanos. Não deve ser nem ‘para’ nem ‘contra’ os direitos humanos como convencionalmente entendido. É necessário reconceituá-los para torná-los novamente significativos em face de eventos contemporâneos. Sua formulação em termos convencionais, como direitos naturais dados por nascimento, podem invocar uma ideia equivocada: “a crença inquestionável neles como necessariamente ‘garantias’ ou ‘trunfos’, subestimando a ação humana que é necessária para atualizá-los e reinventá-los continuamente” (GÜNDOĞDU, 2006, p. 16).

Mas esse papel – de garantir direitos humanos – é do Direito ou da Política?

Nesta linha, pretende-se articular, no presente artigo, o argumento de que, antes do Direito, é imprescindível à realização do projeto dos direitos humanos, a garantia de dignidade a cada um de nós, na Política e pela Política. Porque, para tanto, a democracia exige, de um lado, o Estado de direito, mas, de outro, antes e especialmente, a participação ativa de cidadãos nas suas decisões. A dignidade política humana é a razão de existir do Estado de Direito, e não o contrário. Não é porque há Estado de Direito que a dignidade política humana pode existir. É porque somos dignos da Política que o Estado de Direito existe.

O que estamos fazendo, então? Por que ainda não somos capazes de garantir, de fato, direitos humanos a todos os membros da comunidade política?

Não obstante o valor, a importância e o progresso civilizacional representado pela ideia de democracia, há, ainda, muitos obstáculos, contendas e encruzilhadas que desafiam a dignidade política humana no mundo contemporâneo. O principal deles é a inclusão de *todos* nesse processo civilizatório. Não a inclusão retórica, mas aquela capaz da *distinção* de todas as diferenças para fazê-las não só representadas, mas efetivamente “presentadas” na institucionalidade estatal. Para fazê-las *humanas*.

A Filosofia reflete sobre como fazer essa inclusão incondicional; mas como não acontece na Política, o Direito tenta fazê-lo por meio da subjetividade de hermeneutas. É a subjetividade de uns em face de muitos que parece determinar o que somos e o que estamos fazendo tanto na Política quanto no Direito. O presente artigo pretende dialogar sobre essa *subjetividade* moderna para criticá-la a partir dos pensamentos de Michel Rosenfeld, Jürgen Habermas, Hannah Arendt e Giorgio Agamben. Para perscrutar porque na busca do “Outro” temos encontrado apenas o “Mesmo”.

A Hermenêutica e o Hermeneuta

No constitucionalismo, quando se empreende busca a subjetividades esquecidas ou negligenciadas – ainda que tenham contribuído para a constituição do Estado – ou novas subjetividades estranhas ao sujeito constitucional típico que baliza, nessa busca, o encontro com vários *sujeitos* deliberadamente *esquecidos* se revela como algo de extrema dificuldade de realização. Esta dificuldade diz respeito à impossibilidade de o Direito encontrá-los no texto constitucional que reflete a falta desses esquecidos desde o debate constituinte, e que elimina qualquer ponderação de seus interesses.

Ou seja, além de terem sido vencidos ou evitados no debate político, cada um *desses sujeitos* (desconhecidos, esquecidos ou ignorados) deve agora superar as consequências de sua derrota (ou exclusão) na medida de um crescente recrudescimento de seu *esquecimento* (DOURADO JÚNIOR, 2017, p. 157). Nesse sentido “cabe ao sujeito moderno, por meio das técnicas de si (aspecto ético-moral), da organização social e da resistência às prescrições institucionais que reproduzem a desigualdade (aspecto político)” ... “e da insurreição dos saberes sujeitados contra os saberes hegemônicos excludentes (aspecto do saber), produzir um contrapoder que afirme o sentido edificante da subjetividade” (ARCELO, 2008, p. 11).

“A ciência do direito contemporânea respalda essa proposta ao tematizar, por exemplo, a identidade do sujeito constitucional” (*Ibidem*), como faz Michel Rosenfeld, por exemplo. É, contudo, como se tivesse o hermeneuta do Direito que pesquisar, em sua própria mente, a existência dos autores desconhecidos do escrito que lê. Mas que, por uma questão técnica, e mesmo lógica, só consegue chegar a alguns deles: exatamente aos que regressaram da guerra por estes vencida e que querem fazer, depois disso, permanente o espaço da ação que surgiu de seus feitos (DOURADO JÚNIOR, 2021, p. 57), como diz Arendt.

Para o constitucionalismo ao modo preconizado por Rosenfeld, a possibilidade da busca será, por um lado encorajador, porque sempre haverá espaço para maior “aprimoramento” e para “aperfeiçoamentos”, mas, por outro, preocupante, porque, aberto a fins e incompleto, pode resultar em retrocessos. Preocupante, também, porque, muito embora a lógica dialética Hegeliana se volte ao exame de vicissitudes da dinâmica constitucional reconstrutiva, a sua confiança na necessidade do progresso não mais soa verdadeira (ROSENFELD, 2003, p. 89).

Mesmo para Rosenfeld, tal qual ele indica na discussão que promove sobre direitos à igualdade, a pretensão de progressão da igualdade-como-identidade do segundo estágio para a igualdade-como-diferença do terceiro, são marcadas pelo perigo de se recair na diferença-como-desigualdade do primeiro estágio, o que Rosenfeld pondera

em face dos três estágios do esforço lógico do desenvolvimento do sujeito constitucional que descreve (ROSENFELD, 2003, p. 89).

É a lógica hegeliana que, para Rosenfeld, o constitucionalismo deve usar para buscar a identidade do sujeito constitucional por meio de uma hermenêutica que funde negação, metáfora e metonímia³. Nesse processo de estabelecimento da identidade constitucional, a negação (de um *sujeito esquecido*) tem uma missão multifacetada, intrincada e complexa, na medida em que envolve, dentre outras coisas, “a rejeição, o repúdio, a exclusão e a renúncia. Essas funções podem se entrelaçar de vários modos e operar simultaneamente em diferentes níveis de realidade” (ROSENFELD, 2003, p. 51).

Trata-se de um desenvolvimento lógico que se assenta na “invenção e na reinvenção da tradição”. Justifica-se com a *diferença* que deve ser afirmada pelo Direito. No entanto, é uma busca que se dá dentro da tensão existente entre Constituição (enquanto texto) e o direito constitucional (valores político-morais a serem implementados), obedecendo aos parâmetros técnico-jurídicos do constitucionalismo, não sendo possível com ela, por isso, a inúmeros sujeitos, espelharem sua subjetividade na institucionalidade.

Porque, mesmo partindo da consideração de que a Constituição é um texto necessariamente incompleto, para completá-lo, os esforços técnico-jurídicos empreendidos chegarão não a infinitas *diferenças*, mas a *Uma só Identidade*; a de um sujeito constitucional *medium*⁴ que, a propósito, já existe, mas que ressurgue como construto ideal da e na subjetividade do

³ Negação, metáfora e metonímia, considerando as maneiras pelas quais operam, fundem-se na hermenêutica constitucional na medida em que se interagem para suprimimento da falta. Interação que não se limita a modificar ou delimitar o modo em que se combinam enquanto aparatos discursivos para projetar imagens da identidade constitucional; “também conformam os elementos duramente criticados para se tornarem tijolos na (re)construção da identidade constitucional” (ROSENFELD, 2003, p. 81).

⁴ Trata-se de um silogismo que se dá de modo dedutivo a partir do Texto Constitucional, para que o geral (universal) se imponha em face de particulares. Particulares que, por conta disso, permanecerão sufocados, mantidos na obscuridade, por razões de natureza lógica, técnica e ou política. Esse sujeito *medium*, dado o modo de sua criação, será, então, não o *sujeito esquecido* buscado inicialmente, mas um *mix* da subjetividade do observador com a da subjetividade do *Mesmo* já constitucionalizado (DOURADO JÚNIOR, 2017, p. 168).

hermeneuta e que se revela mais identificado com este de que com o *sujeito esquecido* por ele buscado⁵.

Filosofia: o caminho da intersubjetividade

Na modernidade, a ética e a política já não estão mais fundidas na articulação do público e, agora, estamos presos a uma nova metafísica. Não olhamos para o mundo, olhamos apenas para nós mesmos. Tendo Descartes como marco inicial da filosofia moderna no qual se afirma a autoridade de nosso próprio pensamento em face do mundo, abriu-se uma nova perspectiva na modernidade: a da *subjetividade*. Sendo realista, porque acredita no mundo objetivo, Descartes chega à ciência que representa o mundo, mas circunscrito à relação sujeito objeto que posteriormente Kant irá criticar (MILOVIC, 2004, pp. 11-12).

Do movimento de Kant a Hegel reaparece a metafísica. Quando Marx fala em revolução, volta-se para eles e não para a ciência. O mundo do social existe e tem uma estrutura⁶. Importa, pois, discutir a subjetividade para dar transparência à política. Kant vai dizer na Crítica da Razão Pura sobre a confrontação da subjetividade com a teoria cartesiana, como Descartes se

⁵ É como se a operação descrita tivesse contabilizado “todos” sujeitos constitucionais na ideia de um sujeito médio M $[(A + B + C + D + E)/5 = M]$ para dessa média extrair as seguintes conclusões: se M representa o total da soma de todos os sujeitos constitucionais dividido pelo número de sujeitos existentes, será possível dizer que há, no sujeito M, um pouco de cada sujeito considerado na contabilidade que o determinou. Com isso, ainda que A tenha sido esquecido, será possível ao constitucionalismo reencontrar-se com A, primeiro negando que A seja M, pela via de sua negação e depois com a negação de sua negação; segundo, comparando A com M para dessa comparação extrair a similaridade entre um e outro pela via da metáfora (o que em A se assemelha a M); terceiro, comparando A com M para extrair disso suas diferenças pela via da metonímia (o que em A difere de M), a fim de se chegar, não a A, mas à *Uma outra Identidade M'* (*Ibidem*).

⁶ Kant acredita que Descartes, ao afirmar o sujeito, não está afirmando o sujeito constitutivo precisamente porque o sujeito cartesiano não precisa constituir nada, a não ser colocar as condições do verdadeiro conhecimento (MILOVIC, 2004, p. 12). É Kant, que depois, afirma o sujeito constitutivo, mas – alega Hegel – permanecendo dentro da relação cartesiana entre sujeito e objeto que criticava porque, assim como Descartes, permanecera fora do objeto para dele falar, inviabilizando, desta forma, a possibilidade do aparecimento da verdadeira perspectiva do sujeito, impedindo-o de revelar-se no mundo (*Ibidem*).

relaciona com o empirismo. Mas, para falar da estrutura do mundo, Descartes não fala do “eu”⁷.

É Kant, então, quem sugere como chegar a um conhecimento objetivo como uma moralidade universal para organizar o pensamento sobre a natureza sem ficar preso a ela. Assim é que, tratando da subjetividade constitutiva transcendental, Kant parece ter nos levado à modernidade quando vê o que acontece na ciência: fala do mundo de dentro de um laboratório, o lugar da subjetividade constitutiva.

Há aqui uma nova perspectiva a ser considerada, de grande relevância para a filosofia: a inclusão da *subjetividade*.

O sujeito não tinha importância antes, no analítico *a priori*. Para pensar o mundo precisamos novamente de um fundamento, algo além da física – mas não mais como faziam os gregos –, fazendo aparecer uma metafísica reconstruída considerando a subjetividade, sem apoio da religião. O sujeito tem aparelho categorial para predicar o objeto: algo vem do mundo, algo vem do sujeito. A política moderna irá aparecer deste modo, já que pela primeira vez se separa natureza (objeto) de liberdade (sujeito). A liberdade finalmente deixa de ter uma referência científica. A liberdade não é algo para ser pensado, para Kant, abrindo caminho para o prático. A liberdade é uma experiência prática, mas que não é natural, extraído-se dela a ética.

Há uma normatividade do mundo prático que incidindo sobre a vontade determina a ação. A liberdade é um fato que se reconhece em nossa moralidade – a liberdade se mostra na moralidade –. Hegel, então, criticando, mas desenvolvendo Kant, pergunta sobre como idealizar algo sem reproduzir as ideias vigentes sem fundamentalismo e nem positivismo. Não se separa liberdade de autoconsciência e a liberdade é um fato. Mas a pergunta sobre o “eu” talvez não esteja ligada ao teórico e sim ao prático. A revolução mostra a razão para o mundo: temos que mostrar que a liberdade existe.

Se há autoconsciência não podemos aceitar os fatos acriticamente. Hegel já não é um interlocutor nem da ciência e nem da religião. A liberdade humana se difere da dos animais integrados à natureza, e ser livre

⁷ Anotações de sala de aula do curso Ética e Direito ministrada pelo professor Miroslav Milovic, no curso de doutorado em Direito, na Universidade de Brasília – Unb, 2015.

será para o homem superar a natureza. Superar a natureza será criar o seu próprio mundo. Se o homem é capaz de criar outro mundo então o homem é livre. O homem não está limitado ao mundo dos objetos, como quer fazer crer o capitalismo. Há nisso uma ideia de intersubjetividade correspondente a de democracia. O que temos a fazer então não é mais relacionar sujeitos a objetos, mas sujeitos a sujeitos.

Hegel – para quem há várias subjetividades na relação senhores e escravos⁸ – quer explicar a presença do espírito no mundo. Algo no mundo mostra o espiritual, mas sem força para ocupar seu lugar. Tudo o que acontece no mundo são apenas significantes fracos de um único significado dominante – Deus, para os cristãos; o espírito para Hegel – (MILOVIC, 2004, p. 19). Contudo, tanto o cristianismo quanto a filosofia hegeliana falam da falta, no mundo, do individual (ou carência do particular) que deve se realizar na estrutura espiritual, o que teria ocorrido na Revolução Francesa, com o reconhecimento do particular como geral. Por isso a história teria terminado, para Hegel, com a Revolução Francesa, porque, a partir de então, o papel do futuro, será repetir o passado. Trata-se da famosa astúcia da razão que se realiza na história. História que será, portanto, a cena da dominação (MILOVIC, 2004, p. 20).

Marx quer seguir a ideia hegeliana, mas liberando-a da metafísica do espírito de Hegel. O fetichismo de pensar o mundo como fato sem refletir sobre os pressupostos de sua constituição será o signo da ideologia para Marx. Pensar assim será a estática do mundo; será não pensar o novo de que fala Arendt. Marx segue o caminho da metafísica então, mas, para tornar transparentes os pressupostos do mundo burguês e da economia, para que o mundo não permaneça baseado na ideologia. Porque, se a ideologia explica apenas a aparência do mundo – não a sua essência – descobrir seus pressupostos seria um trabalho emancipatório. O mundo é constituído, não é dado. A pergunta de Marx, então, será sobre as condições da constituição (MILOVIC, 2004, p. 28). Seguindo o idealismo alemão, Marx pensa a classe operária como sujeito constitutivo.

⁸ O escravo é escravo porque tem medo da morte; e senhores são senhores porque arriscam a vida desafiando a natureza.

E, quando Marx fala sobre a estrutura da economia, faz uma distinção importante entre forças produtivas e relações de produção. Importa a referência na medida em que, naquela, representam a relação entre o ser humano e a natureza; e, nesta, as relações entre homens. Sendo o capitalismo gradativamente mais mediado pela técnica e tecnologia modernas, cada vez mais a ciência se coloca entre o homem e a natureza, tornando-se, neste sentido, uma força produtiva. Por outro lado, cada vez mais, a relação entre o ser humano e a natureza é mediada pelas condições de produção, ou seja, pela relação sujeito-sujeito. Há nisso um novo paradigma filosófico inaugurado por Marx, na medida em que pensa um novo modelo, já que, nele, pensa a relação sujeito-sujeito na forma das relações da produção (MILOVIC, 2004, p. 30).

A Intersubjetividade de Marx a Habermas

Essa relação sujeito-sujeito tornou-se, no entanto, ideológica. Sem refletir sobre as condições de sua própria constituição, sem tampouco tentar muda-las, o capitalismo reifica a relação entre os sujeitos sociais, transformando-se numa relação entre coisas. Como se fosse a última forma da história, o capitalismo será, neste contexto, a nova forma da presença, no âmbito de uma nova metafísica chamada economia. Nesse sentido, a economia será a nova forma de reificação da história que aparece como reificação social subsequente à reificação epistemológica iniciada com Descartes. “A grandeza de Marx é exatamente o diagnóstico dessa reificação, na medida em que consiste numa filosofia das condições de constituição da sociedade civil” (MILOVIC, 2004, p. 31).

A verdade está fora da consciência moderna. É a ideologia⁹ que está em todos os aspectos do pensamento. O fetichismo de Hegel, então, precisa ser repensado. O capitalismo elimina o sujeito. Mas como ser hoje marxista sem o apoio da classe operária que se integrou ao social – pergunta Habermas – no mundo em que se processa o fim das diferenças. Como pensar uma política de afirmação das diferenças? A autogestão não se realizou (num mundo de sujeitos), por isso o projeto marxista fracassou. O homem é capaz de criar as condições de sua própria existência, mas até agora só criou alienação. O homem tem condições de atacar as bases da economia; não o faz porque é alienado pelo capitalismo. A revolução seria, assim, para marxistas, superar a propriedade privada – a propriedade burguesa –, a fim de levá-la para o social.

Noutro caminho, para chegar à sua política, Arendt parte da fenomenologia de Husserl e da hermenêutica de Heidegger. À fenomenologia de Husserl pergunta sobre os outros, já que a sua razão os exclui; a Heidegger o que significa pensar. Sai então da identidade para a *diferença*, palavra que define Heidegger, que não concebe a filosofia sem a fenomenologia, indispensável para pensar o *ser*. A filosofia, desde o início, teria abandonado o *ser* vendo-o como algo dado.

Descartes pensa o mundo; Husserl o contexto; e da fenomenologia, pensa-se a hermenêutica, com o olhar voltado para o “ser autêntico” – não há sujeito em Heidegger, mas o “ser aí” –. Aqui surge a *diferença* como dimensão nova da autenticidade sem incluir-se a noção política de social. Arendt inaugura, então, o pensamento político a partir da *diferença* heideggeriana. A *distinção*¹⁰. Das razões estabelecidas por Kant e

⁹ “Destruição da metafísica econômica poderia ser o título do projeto marxista” (MILOVIC, 2004, p. 34). “Contudo, ao invés de repensar as condições da teoria e da prática, Marx encerra sua crítica à ideologia numa específica redução materialista reduzindo a história à produção. Hegel, pensando a história, permanece no interior do paradigma do pensamento, e Marx, dentro do paradigma do trabalho. Assim, por ter incidido na mesma falha – falta de reflexão – Marx permanece no meio do caminho” (MILOVIC, 2004, p. 34-35). Nesse sentido é que novos trabalhos são levados a efeito na tentativa de ver até onde pode chegar, ainda, a crítica marxista. E, neste contexto, é que aparece Habermas dentro do paradigma da linguagem.

¹⁰ “*Distinção* que não se confunde com a alteridade (...). Por meio do discurso e da ação o homem revela essa distinção única que distingue a si próprio, aparecendo um para o outro, não como objetos, mas *qua* homens, que dependem dessa iniciativa em face da mera circunstância de ser humano (...).” (DOURADO JÚNIOR, 2013, p. 52).

aprofundadas por Nietzsche teria surgido uma fissura entre *ser* e *pensar* que não pode ser fechada pelo pensamento, mas pela *ação* política como criação de começos sem explicações causais ou teleológicas. A emancipação do homem em relação ao capital não é, pois, um processo objetivo, mas subjetivo.

O que importa é a transformação do mundo. Mudar os seus paradigmas. Mas como institucionalizar a intersubjetividade por meio da política? Para Habermas, procurando inspiração em uma nova linguagem, a resposta está na argumentação. Reconstruir a subjetividade também no mundo prático. Rever a questão da razão. Radicalizar a ideia de razão. Fazer a relação da razão com o social. Uma razão argumentativa em que o social deva aparecer cada vez mais na própria razão. Perguntar, com Arendt, “em razão de quê” estamos juntos no Planeta Terra.

“Marx rejeita uma discussão sobre a linguagem, pois na ‘Ideologia alemã’ Marx e Engels afirmam que a consciência e a linguagem são produtos sociais” (MILOVIC, 2004, p. 37)¹¹. Buscando superar o idealismo alemão perguntando sobre as condições materiais da produção, há um reducionismo em Marx na medida em que deixa de refletir sobre as condições dessa constituição. Falando da relação entre a base e a superestrutura, limita-se à produção material. De seu lado, Hegel questiona a metafísica da subjetividade de Kant, mas não questiona a própria metafísica. Seu reducionismo encontrar-se-ia – diz Milovic – na perspectiva da falta de reflexão sobre as condições dessa metafísica. O pensamento reflexivo então será a base para criticar tanto Hegel quanto Marx, e a linguagem surge, com Habermas, como uma possibilidade para pensar o novo paradigma da filosofia e do social (MILOVIC, 2004, p. 38).

Para Habermas, todos os atos de fala possuem uma dupla estrutura. “Por um lado, possuem uma parte proposicional e, por outro, possuem as condições de afirmação da proposição. Essas condições estão ligadas, por sua vez, à existência de uma comunidade de comunicação real e ideal” (MILOVIC, 2004, p. 59). Se até mesmo os céticos precisam articular

¹¹ “Já para Hegel a discussão sobre a linguagem ainda fazia sentido. Ele fala sobre a certeza sensual na qual, dependendo da posição do observador, podem desaparecer os objetos, mas não desaparece o próprio geral, que se guarda na linguagem, como a verdade da certeza sensual” (MILOVIC, 2004, p. 37).

argumentos para fundamentarem suas dúvidas – e as condições da argumentação não podem ser superadas –, tratar-se-á de uma linha promissora de investigação. “Essa é a tentativa moderna em torno da questão da razão. (...) A certeza não é mais semântica e subjetiva, mas pragmática e intersubjetiva. A dimensão pragmática revela a presença da comunidade, da intersubjetividade”. Ou seja, no lugar da subjetividade coloca-se a intersubjetividade; e, para além da relação sujeito-objeto, uma relação intersubjetiva como base da racionalidade (*Ibidem*).

Mas essa intersubjetividade pode acontecer mesmo? As condições ideais de fala pensada por Habermas para que o *agir comunicativo* ocorra, não existem. Os *sujeitos esquecidos* inerentes às condições *reais* de fala continuam fora do debate político – eles não fazem parte, portanto, da intersubjetividade possível. Suas questões, por isso, continuarão sem ser problematizadas até que as condições reais de fala permitam a intersubjetividade plena entre todos os sujeitos constitucionais. E assim é porque a existência de uma comunidade de comunicação real ou ideal depende da forma em que o próprio Estado se estrutura.

Porque é ela – a estrutura estatal – que determina as condições de afirmação das próprias proposições.

Da Ação Comunicativa de Habermas: quem define as regras próprias de sua linguagem?

Habermas constrói uma teoria do social se opondo à racionalidade instrumental-teleológica. Para tanto, ele ergue a racionalidade do agir comunicativo. Então, talvez a pergunta sobre a inclusão deva se voltar à própria racionalidade. Habermas compreende a constituição do social a partir dos atos de fala sob uma dimensão social, confiado em sua performatividade. A natureza reflexiva dos atos de fala permitiria reconstruir a dimensão social por meio do paradigma da intersubjetividade. É dizer, os sujeitos se constituem reciprocamente e, por meio da ética discursiva, concebem normas que regulam

a ordem social. Na teoria do agir comunicativo, a linguagem tem um papel central como promessa comunicativa que enseja uma racionalização inclusiva na modernidade.

Contudo, essa abordagem parece desconsiderar o papel exercido pela linguagem também como instrumento de dominação. Habermas pressupõe uma comunidade de sujeitos falantes, cujos atos de fala desejam comunicar algo sobre um mundo da vida compartilhado de modo a que seja alcançado o consenso (COOLE, 1997, pp. 224-225). O mundo da vida compartilhado é resultado de um processo de racionalização, ainda que comunicativa, não havendo espaço para o sagrado e o intuitivo que não pertencem à modernidade pensada por Habermas. “Nada no mundo da vida ou psíquico é em princípio imune à recuperação discursiva e assim resistente ao projeto da modernidade” (COOLE, 1997, p. 232).

O mundo da vida, para Habermas, permanece como repositório de temas, e seus limites indefinidos vão recuando na medida em que referidos temas vão sendo problematizados através de pretensões de validade expressadas em atos de fala. Mas daí não se extrai que ele deixe de ter uma força que precisa ser levada em consideração. Habermas parece ter ignorado a força desse mundo da vida não racionalizado, que continua circulando na modernidade. O Outro de Habermas é o parceiro do discurso, que apenas tem o direito de questionar a validade das pretensões externadas. Presume-se que ele não possa transgredir ou perturbar o processo de racionalização (COOLE, 1997, p. 226). Mas discussões sobre o diferente não tem a força de irromper no mundo da vida racionalizado por meio de pretensões de validade. A alteridade, no modelo de Habermas, não encontra tradução no mundo da vida racionalizado.

A situação de igualdade entre falantes na condição pré-teórica, falantes que poderiam alcançar consenso com base na força do melhor argumento, é uma pressuposição frágil. Quando os falantes ingressam na rede de comunicação mediada pela razão, supostamente em condições de igualdade, eles deixam do lado de fora as relações de poder, sacrifício,

exclusão e repressão que operam no mundo da vida não racionalizado e que nunca são tematizadas.¹² Ou, dito de outro modo, “solidariedade e significado são reivindicações do mundo da vida, reivindicações que precedem quaisquer mecanismos desenvolvidos para reconhecer essas reivindicações” (BERSTEIN, 1997, p. 265).¹³

Apel já havia criticado o projeto de Habermas em sentido semelhante: segundo ele, o princípio do discurso parte de uma situação de igualdade em que se encontrariam os sujeitos capazes de fala. Um princípio moralmente neutro conceberia justiça (liberdade subjetiva de indivíduos inalienáveis) e solidariedade (bem-estar das partes irmanadas em uma forma de vida partilhada intersubjetivamente) como se decorressem do princípio da ética discursiva. Mas tratam-se, na verdade, de ideais¹⁴ da sociedade moderna, cujo conteúdo ainda deve ser preenchido. Habermas atribui uma concepção de justiça, que se enredaria ao de solidariedade, à ética discursiva, sem apelar para o transcendental, o que para Apel não é concebível.¹⁵

A teoria da ação comunicativa é construída, então, sobre uma compreensão da linguagem que despreza sua relação com o poder. A linguagem, dirão alguns de seus críticos, tem regras próprias, que a teoria do

¹² “(...) o mundo de vida, que é sempre apenas ‘dado-em-conjunto’, tem de evitar a tematização. Enquanto totalidade que possibilita as identidades e os esboços biográficos de grupos e indivíduos está apenas presente de modo pré-reflexivo” (HABERMAS, 1998, p. 279).

¹³ Tradução livre do seguinte trecho: “*Solidarity and meaning are the claims of the lifeworld, claims which precede whatever mechanisms are developed in order to acknowledge those claims*” (BERSTEIN, 1997, p. 265).

¹⁴ Held, por exemplo, fala dos ideais da sociedade moderna a partir do modelo ateniense: “O desenvolvimento da democracia em Atenas formou uma fonte central de inspiração para o pensamento político moderno. Seus ideais políticos – igualdade entre os cidadãos, liberdade, respeito pela lei ou pela justiça – moldaram o pensamento político no Ocidente durante eras, embora existam algumas ideias centrais como, por exemplo, a noção liberal moderna de que os seres humanos são ‘indivíduos’ com ‘direitos’ que, notavelmente, não pode ser traçada diretamente a Atenas” (HELD, 1987, p. 15).

¹⁵ Sobre a crítica de Apel a Habermas no ponto: “(...) Ele abandona aquilo que eu ainda continuo a considerar, como sempre fiz, a *verdadeira fundamentação da ética do discurso*, isto é, o reconhecimento de que, simultaneamente com a superação do *solipsismo metódico* da tradicional filosofia do sujeito (a superação do ponto de partida de um *ego cogito* pré-comunicativo autárquico), torna-se possível a *fundamentação transcendental*, já tentada por Kant, do dever moral da “autoconcordância” da razão, porque a *razão* se comprova como *comunicativa a priori*” (APEL, 2004, p. 212).

agir comunicativo não indica quem define¹⁶, apelando para suas funções de entendimento e coordenação de ações e esquecendo de que a dominação pode ser por ela veiculada.

Habermas criticava Arendt porque ela admitia a força do poder comunicativo, mas supunha que o poder estratégico seria uma ação apolítica, apenas perpetuada por especialistas, fora dos muros da cidade (HABERMAS, 1993, p. 111). A dominação que decorre do uso do poder estratégico deve ser reconhecida (e não ficar fora dos muros da cidade), mas ela não se identifica com um poder legítimo na análise habermasiana (HABERMAS, 1993, p. 113). A violência estrutural não bloqueia o poder, mas induz a uma comunicação distorcida (HABERMAS, p. 115).

Habermas também se confronta com a vontade de saber de Foucault, apontando na obra do filósofo francês uma relação interna entre verdade e poder (HABERMAS, 1998, p. 246). A vontade de saber em Foucault, segundo Habermas, determina as regras que permitem discernir o falso do verdadeiro e a este se associam efeitos específicos do poder (HABERMAS, 1998, p. 254). Para Foucault, então, é impossível qualquer fundamentação do verdadeiro (HABERMAS, 1998, p. 262). Nenhum conhecimento deixa de se assentar na injustiça (HABERMAS, 1998, p. 262). E isso, para Habermas, é um projeto que se preocupa muito mais com a fundamentação do poder nas mãos do soberano, com a submissão do corpo e da vida dos súditos a esse poder, do que com a fundamentação dos direitos humanos (HABERMAS 1998, p. 255).

Tornando mais claro, Habermas acredita que Foucault não teria percebido a força dos jogos normativos da linguagem, que podem, inclusive, romper com as sujeições estabelecidas por um poder disciplinar ou pela biopolítica. A sociedade da normalização seria infensa ao direito, que subjaz colonizado porque Foucault, segundo Habermas ignora as “estruturas

¹⁶ “*This willfull blindness to the element of decision, sublimated into a neutralizing ethics of discourse, has always been one of the weaker points of Habermas’ theoretical construct, to the point of arousing the criticism of careful (and unbiased) observers, who have an easy time identifying the specifically deficient aspect of this theory of communicative action in the fact that ‘it ignore the problem of the relationship between language and power, the problem who decides on the rules of language and the modes of formation of interpersonal and social communication’*” (CASTRUCCI, 2015, p. 286).

normativas na relação com a formação moderna do poder” (HABERMAS 1998, p. 271).

No projeto de Habermas, a verdade (ou seus conceitos equivalentes) tem um papel regulativo. O sujeito comunicativo habermasiano não age voltado para o próprio sucesso de modo a refrear o comportamento alheio para alcançar estrategicamente seu objetivo, mas profere atos ilocucionários que permitem o convencimento de seus pares de modo a que todos alcancem o consenso. Essa é a forma de integração social que permanece ativa no mundo da vida habermasiano. Mas é de se inquirir se a intersubjetividade alcançada pela aplicação da teoria da ação comunicativa para fundamentar a ordem normativa e constituir o social não está sendo dirigida a “domesticar” o poder e com isso diluir o político que é a esfera das relações de dominação e submissão.

Parece que Habermas, preocupado em legitimar o direito e o próprio Estado, esquece-se da força contingente da democracia e que nenhuma racionalidade pode prever seus movimentos. Na análise de Held, Habermas teria subestimado “...a força contingente, fragmentada e ‘sem direção’ de grande parte dos protestos contemporâneos, quando tomados como um todo” (HELD, 1987, p. 219).

Transportada para o direito, a teoria habermasiana pretende resolver a relação entre moral e direito, ambos pertencendo a uma mesma forma de racionalidade, a moral-prática. Habermas pretendia, com esse modelo, fugir de leituras positivistas do direito, mas respeitando a forma legal de sua instituição, concebendo, pela via da legalidade, a legitimidade. Mas a impressão que se tem é que a normatividade do direito acaba sendo fornecida pela própria moral ou, ainda que não seja apenas pela moral, esta prevalece sobre os discursos éticos e pragmáticos. Isso fica especialmente claro quando Habermas tenta se confrontar com a crítica de Schmitt à fundamentação dos direitos fundamentais na forma do Estado de direito.

Os direitos humanos, para Habermas, gozam de validação universal, porque têm fundamentação racional apenas moral, diferentemente dos outros direitos, que também têm fundamentação ético-política e pragmática

(HABERMAS, 2007, p. 223), além da moral. Mas como todo direito positivo, devem ingressar em uma ordem jurídico-democrática, gozando do poder de sanção do Estado. Prova disso é que estariam presentes desde a Declaração de Independência norte-americana de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 (HABERMAS, 2007, p. 221). Seriam, segundo Habermas, e na concepção moderna de sua política, a forma acabada do relacionamento entre direito e moral.

A leitura dessa fundamentação moral dos direitos humanos traz consequências dramáticas tanto no plano do direito interno quanto internacional, sobretudo e especialmente, em um modelo em que a soberania encontra-se diluída. E, ainda, considerando que Habermas parece acreditar em um direito cada vez mais institucionalizado.

No plano interno, diante de um modelo de poder em que o Estado não é mais o centro, tendências conflitantes pretendem legitimar o direito e sua prática, supostamente calcados em argumentos morais e de forma a poder incluir o vulnerável. Um exemplo disso seria o ativismo judicial baseado na superioridade moral dos direitos humanos. Reconhecendo à Constituição o papel de abrigo dos direitos humanos como princípios superiores, que comportam uma interpretação holística, os juízes passam a se arrogar o papel de proteção de toda espécie de direito que possa ser justificado sob essa designação o que, se a primeira vista poderia ser um ponto positivo, também encobre ideologias políticas invocadas na aplicação desses direitos. E o que é pior, manejados por juízes não eleitos que também fogem aos meios efetivos de controle pela esfera pública.

No plano externo, a leitura dos direitos humanos com assento constitucional, mas também com uma validação sobrepositiva, fundaria a possibilidade de uma ordem internacional que supera os limites da soberania tradicional já abalada em um mundo altamente globalizado. Habermas tenta contornar o problema da soberania procedimental, que é amplificado na esfera internacional, diante de atores dotados de grande poder econômico, e infensos às ordens jurídicas nacionais, por meio de uma esfera pública robustecida aliada aos direitos humanos. Mas esses direitos humanos diluídos em moral

servem, no mais das vezes, para justificar imposições de força no contexto internacional. Como afirma Castrucci, citando Schmitt, os direitos humanos não são o objetivo da política real, mas na melhor das hipóteses, uma referência moral ideal (CASTRUCCI, 2015, p. 289).

Habermas não nos convence quando tenta contornar a crítica de Schmitt à forma dos direitos humanos no Estado de direito, como direitos subjetivos, mas dotados de validade universal. Validade universal que viria da moral, mas que, na verdade, depende das possibilidades do Estado. Mas, e quando o mundo da vida não alcança a racionalidade estatal institucionalizada e as instituições apenas expressam a vontade de soberanos?

A Estrutura (Platônica) de *Bando* (ou Abandono)

Voltando-se para o mundo da vida; exortando a liberação do mundo da vida da colonização sistêmica; liberando a comunicação e o olhar crítico; abrindo possibilidades para novas alternativas, Habermas desenvolve Arendt, para falar de comunicabilidade social, mas, ao falar de uma racionalidade sistêmica em que essa comunicação se transforma, acaba por abordar a transmutação do mundo da vida em um mundo institucionalizado. O Estado como o conhecemos. Esse mundo institucionalizado é a estrutura de *bando* de que fala Agamben no qual sujeitos constitucionais continuarão esquecidos vivendo como *homines sacri*. Os *seres* que habitam o mundo da vida não problematizado.

O *homo sacer* de que fala Agamben é aquele que, dentre os Romanos, por ter cometido um crime bárbaro, tornava-se “matável”, entre os homens, e “insacrificável”, no âmbito do divino. Assim é que essa estrutura “resulta, tanto nas fontes como segundo o parecer unânime dos estudiosos, da conjugação de dois aspectos: a impunidade da matança e a exclusão do sacrifício” (AGAMBEN, 2010, p. 83). A *sacratio* será, portanto, uma dupla exceção – tanto do *ius humanum* quanto do *ius divinum*, tanto do âmbito

religioso quanto do profano (AGAMBEN, 2010, p. 84) – que desenha uma estrutura topológica de uma dúplice exclusão e de uma dúplice captura: a estrutura da exceção soberana¹⁷.

Assim como, na exceção soberana, a lei se aplica de fato ao caso excepcional desaplicando-se, retirando-se deste, do mesmo modo o *homo sacer* pertence a Deus na forma da insacrificabilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade (AGAMBEN, 2010, p. 85). Assim é que, nesse contexto, trata-se, o *homo sacer*, da vida insacrificável, mas, também matável. A vida sacra. Politicamente indigna. A racionalidade comunicativa de Habermas parece, de fato, inverossímil para muitos sujeitos esquecidos. Agamben é que, para estes, fala de seu mundo, o mundo da vida não problematizado.

Daí voltarmos à Hannah Arendt – para quem a democracia deve se impor pela *ação* distintiva do *ser* a despeito da estrutura platônica de *bando* dos Estados modernos – a fim de perscrutar o que deva significar legitimidade, democracia e dignidade política humana.

Desde a Revolução Francesa, o Estado constitucional, pelo contrário do ideário grego, tem sido um símbolo da melhor representação política da soberania popular, sem sê-lo, verdadeiramente. Absolutizando normas constitucionais para manter um Poder Constituído à forma de “quem” o instituiu, permanentemente. Assim o fazem – repita-se – como se os que regressaram da guerra de Tróia quisessem fazer permanente “o espaço da ação que havia surgido de seus feitos e sofrimento e impedir que este espaço desaparecesse com a dispersão deles e o regresso de cada um a seus domicílios isolados” (ARENDT, 2010, p. 247).

Deste modo é que, do ponto de vista teórico, “O Político” de Platão seria “a versão mais sintética e fundamental da fuga da ação para o governo”, na medida em que se instaura um abismo entre os dois modos de ação, *archein* e *prattein* (ARENDT, 2010, p. 278). *Archein* no sentido de “começar” e *prattein* no sentido de “realizar”, noções que possuem sentidos

¹⁷ Daí a pertinência – diz Agamben – da tese daqueles estudiosos que, como Crifò, interpretam a *sacratio* em substancial continuidade com a exclusão da comunidade: Crifò, 1984, p. 460-465 (*Ibidem*).

interconectados para os gregos. O problema, segundo Platão, era garantir que o iniciador permanecesse como senhor absoluto daquilo que começou prescindindo do auxílio de outros para levá-lo a cabo (ARENDT, 2010, p. 278).

Isto porque, começar (*archein*) e agir (*prattein*) constituem atividades muito diferentes. A ideia essencial que Hannah Arendt quer referir aqui é a de que o iniciador, porque iniciou, passe a ser o governante. Ou seja, se o que caracteriza essa evasão é o conceito de governo, isto é, “a noção de que os homens só podem viver juntos, de maneira legítima e política, quando alguns têm o direito de comandar e os demais são forçados a obedecer” (ARENDT, 2010a, p. 277) em modelos de corpos políticos que se estruturam de modo a evitar a “fragilidade” ou a “acidentalidade” dos assuntos humanos, seríamos mesmo, então, capazes dos direitos humanos?

Considerações Finais

O objetivo de regimes democráticos é a garantia das liberdades civis e políticas, de um lado, e de outro, a promoção da justiça social igualmente realizada entre todos os que a constituem. Os diversos tipos de expressão da liberdade revelam as diversas maneiras de os indivíduos, igualmente considerados, exercerem sua cidadania. Poder *agir* significará, sobretudo para *homines sacri*, dignidade política humana.

Para que, então, se ofereça ao *sujeito constitucional esquecido* o *pertencimento* a ele devido – e, por conseguinte, a *distinção* de cada um que se pretende *presentado* –, será preciso radicalizar a hermenêutica constitucional para que ela possa considerar tantos quantos sujeitos possam ser identificados no mundo da vida para depois serem considerados nos cálculos do Direito.

Aplicá-la na interpretação jurídica (tão somente) não nos levará muito longe. Se a resposta a ser dada para a exclusão de alguns sujeitos do debate público acerca do interesse comum é a capacitação humana de cada membro da coletividade para a Política, é pela Política e nela que essa

habilitação se dará. Essa *hermenêutica distintiva* deverá operar, por isso, primeiro e a propósito, a própria Política. O processo legislativo deve ser por ela presidida. Será por meio dela que será possível promover a integração entre as ações legiferantes, jurisdicionais e administrativas.

Porque, se muitos ainda são inconscientemente assemelhados a *homines sacri* na modernidade, assim o são porque incapazes da Política. Por isso nela devem se lançar porque, a despeito da *insacrificabilidade* e da *matabilidade* de sua *vida nua* são também, por outro lado, a possibilidade do *novo*. Nesse contexto, a “política que vem” de que fala Agamben, será o meio que nega *finalidades*. O meio através do qual possamos promover a desconstrução do poder violento do Estado. Uma Política que se associa a um “Direito novo” que nega a expropriação da potência dos seres humanos como forma de legitimar-se.

Referências Bibliográficas

- AGAMBEN, G. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua* I. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.
- APEL, K.O. Dissolução da ética do discurso? In: MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*; tradução dos ensaios de Karl-Otto Apel Cláudio Molz; revisão de tradução Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 201-315.
- ARCELO, A.B. A história dos sistemas de pensamento e as condições de possibilidade do discurso dos direitos humanos no Brasil hoje. *Rev. da Fac. Min. de Direito*, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 7-17, 2º sem. 2008.
- ARENDT, H. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- BERSTEIN, J. The causality of fate: modernity and modernism. In: M. e BENHABIB, S. *Habermas and the unfinished project of modernity: critical essays on the philosophical discourse of modernity*. Cambridge: The MIT Press, 1997, pp. 245-268.

CASTRUCCI, E. Jürgen Habermas and the political realism: a critique. In: *Sociology and Anthropology* 3(6): 285-294, 2015.

COOLE, D. Habermas and the question of alterity. In: D'ENTREVES, M. e BENHABIB, S. *Habermas and the unfinished project of modernity: critical essays on the philosophical discourse of modernity*. Cambridge: The MIT Press, 1997, pp. 221-244.

DOURADO JÚNIOR, Adahilton. *Direito distintivo e dignidade relacional: a dimensão política da dignidade humana*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

_____. *A vitória da vida sobre a política: a relação entre necessidade, trabalho e totalitarismo no pensamento de Hannah Arendt*. Brasília: Dialética, 2021.

HABERMAS, J. O conceito de poder em Hannah Arendt. In: *Habermas: sociologia*. Tradução de Freitag, B. e Rouanet, S.P. São Paulo: Ática, 1993, pp. 100-118.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução de Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Dom Quixote, 1998.

LINS PELIZ, M. A. *Entre direito e democracia: os limites da racionalidade para um projeto de direito inclusivo em Habermas*. Dissertação de Mestrado em Metafísica – Universidade de Brasília, 2018.

MILOVIC, M. *Comunidade da diferença*. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Ijuí: Unijuí, 2004.

NEVES, M. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Tradução do autor. 3.ed. São Paulo: WMF M. Fontes, 2012.

ROSENFELD, M. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.