

Além da Justiça: Entre a dignidade da Pessoa humana e a “vida nua”

Beyond Justice: Between Human Being Dignity and "Bare Life"

Érico Marques de Mello*

RESUMO

Pesquisa sobre a noção de justiça, tendo em vista aspectos decorrentes da concepção de dignidade da pessoa humana. A noção de justiça clássica influenciou de forma significativa a concepção de justiça atual, mas tal concepção é analisada e observada como critério limitado, a partir do momento que não atende a expectativas coletivas, ou seja, em que pese interessante fundamento teórico, a justiça clássica é orientada na expectativa de potencial do indivíduo. Com a evolução de justiça social, observou-se, na qualidade do objeto de justiça, a dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana exerce fundamental influência. Alguns autores abordam-na como pressuposto para a construção de uma ética universal. A dignidade da pessoa humana, entretanto, não resolve o problema da biopolítica. A “vida nua” retira a dignidade da “pessoa humana”. Nesse contexto, por um lado, divulga-se a ideia de uma ética universal, baseada em uma vocação internacional de proteção à dignidade da pessoa humana; por outro lado, observa-se, na relação social concreta, uma estrutura social peculiar de exclusão. Na concepção de democracia, a exclusão da “pessoa humana” é observada como forma legítima de proteção social. Nessa contradição, há a dignidade da pessoa humana, como hipótese teórica, em que na vida concreta se realiza a “vida nua”.

Palavras-chave: justiça, dignidade, pessoa humana, ética, “vida nua”.

ABSTRACT

Research on the notion of justice, in view of aspects arising from the conception of human being dignity. The notion of classical justice significantly influenced the current conception of justice, but this conception is analyzed and observed as a limited criterion, since it does not meet collective expectations, that is, despite the interesting theoretical basis, classical justice is driven by the expectation of an individual's potential. Upon the evolution of social justice, the dignity of the human being was noted as a quality of justice. The dignity of the human being exerts crucial influence. Some authors deal with it as an assumption for the construction of a universal ethics. However, the dignity of the human being does not solve the problem of the biopolitics. The "bare life" takes the dignity of the "human being". In this context, on the one hand, the idea of a universal ethics is disclosed based on an international vocation for protecting the dignity of the human being; on the other hand, a peculiar social exclusion structure is observed in concrete social relations. In the conception of democracy, the exclusion of the "human being" is seen as a legitimate form of social protection. In this contradiction lies the dignity of the human being, as a theoretical hypothesis in which the concrete life is concluded in the "bare life".

Keywords: justice, dignity, human being, ethics, "bare life".

* Advogado em Brasília. Mestre pela FADISP. Vinculado ao programa de pós-graduação internacional da Universidade Nacional de Buenos Aires (UBA).

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de analisar a justiça a partir da ideia de dignidade da pessoa humana, tendo em vista a ideia de biopolítica.

Dessa forma, pretende-se responder ao seguinte questionamento: se é possível vislumbrar na dignidade da pessoa humana, justificativa para se afirmar a realização da Justiça por meio do Direito.

Como metodologia adotada, o presente trabalho é dividido em três tópicos. No primeiro será discorrida a ideia de justiça, bem como apresentado seu conceito. No segundo, será apresentada a relação entre justiça e dignidade da pessoa humana. Por fim, será apresentada a relação entre justiça e biopolítica, a partir do conceito de justiça.

1 JUSTIÇA

1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DE JUSTIÇA

No período pré-socrático, a ideia de justiça era associada ao divino, segundo a mitologia grega, para a qual a deusa *Têmis* era considerada conselheira de Zeus, enquanto *diké* era deusa do “juízo”. Justiça vem de *jus* (latim), que traduz a expressão *diké* do grego. *Diké* tem origem em *dikaiosyne* e *dicere*, ou seja, *Diké* era a Deusa ligada a *jurisdictio*.¹

A noção de justiça como “dar a cada um o que é seu” surge da concepção justiça com *Têmis* e *diké*. Trata-se de concepção metafísica de justiça. Posteriormente, com os pitagóricos a justiça passa a ser concretizada, tendo como pressuposto conceito concreto, não da metafísica. Com os pitagóricos, então, a ideia de justiça passa a ser relacionada com igualdade, quanto ao outro, seja decorrente de tratamento direto, seja relativo à ideia de reparação de danos (justiça corretiva).²

¹ Flamarion Tavares LEITE. *Manual de Filosofia Geral e Jurídica: Das Origens a Kant*. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 17.

² *Ibidem*. p. 18-19: “(...) Da *diké* derivou imediatamente *dikaios* e desta *dikaiosyne*, a nova virtude que dá a cada um o seu. (...)”

Os pitagóricos, com suas fórmulas e simbolismos matemáticos, queriam dizer que a justiça consistia na igualdade, na contraprestação, ou seja, cada um deve sofrer ou experimentar em si o mesmo que há infligido a outro.”

A concepção de justiça, apresentada por Plantão, estaria em dar a cada um o que é devido. Tratava-se da ideia de justiça como virtude e virtude na qualidade da distribuição ou vantagens individuais. A concepção original de justiça, como distribuição justa, encontra respaldo na perspectiva de justiça social, a partir do momento que garantiria equilíbrio nas relações sociais concretas.³

A noção de justiça, com Aristóteles, é apresentada também como proporção. A proporção assume a forma de relação histórica com a ideia de justo, que respeita a proporção enquanto o injusto ofende a proporção, seja na justiça horizontal (distribuição proporcional) seja vertical (reparação de danos). Via de regra, a justiça do ponto de vista vertical está relacionada à proporção entre conduta e resultado, bem como entre dano e reparação.⁴

A inicial de justiça diz respeito à proporção. Importa saber de que forma a dignidade da pessoa humana passa a afirmar a justiça. O afastamento da perspectiva de proporção da noção de justiça surge com a influência cristã. O amor divino estava relacionado à concepção de misericórdia e amor, cujo conceito se afastava de qualquer proporção. O amor e o perdão, intrínsecos à concepção de amor cristão, afastaram a justiça da proporção. Há, então, a justiça a partir da ideia de dignidade da pessoa humana.⁵

Como consequência, foram definidos outros valores, que originaram uma noção de justiça absoluta desproporcional, atinente ao que hoje se entende por dignidade da pessoa humana. Assim, a noção cristã de justiça é representada na relação proporcional, assim como amor de Deus, ou a própria noção de misericórdia.⁶

³ André Franco MONTORO. *Introdução à Ciência do Direito*. 21 ed. São Paulo: RT. 1993. p. 128: “(...) Justiça, no sentido subjetivo, é a virtude pela qual damos a cada um o que lhe é devido. No sentido objetivo, justiça aplica-se à ordem social que garante a cada um o que lhe é devido.”

⁴ Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 226: “(...) o sentido primeiro da justiça ou a sensibilidade humana para o justo e o injusto conduzem a pensar logo em equilíbrio, em igualdade, em reciprocidade, em proporcionalidade, conforme o modelo horizontal, e por que, até mesmo no modelo vertical, a busca das harmonias e das proporções, embora encubra a emotividade das hierarquias e das retribuições emocionais para o restabelecimento de um status, de uma ordem etc., não obstante revela essa forte conotação entre justiça e igualdade, balança, equilíbrio.”

⁵ Luc FERRY. *Aprender a Viver: Filosofia para os Novos Tempos*. Tradução: Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: objetiva. 2007. p. 96: “Com o cristianismo, porém, a ideia de humanidade adquire uma dimensão nova. Fundada na igual dignidade de todos os seres humanos, ela vai assumir uma conotação ética que não possuía antes. E isso pela razão profunda que acabamos de ver juntos: uma vez que o livre-arbítrio é posto como fundamento da ação moral, uma vez que a virtude reside não nos talentos naturais que são distribuídos desigualmente, mas no uso que se decide fazer deles, numa liberdade em face da qual estamos todos em igualdade, então, é óbvio que todos os homens se equivalem. Pelo menos, é certo que de um ponto de vista moral – pois é evidente que os dons naturais continuam tão desigualmente distribuídos quanto antes. Mas, no plano ético, isso não tem nenhuma importância.”

⁶ Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 225: “A justiça como amor pede, assim, uma retribuição horizontal descompensada. Não se trata nem de justiça

Com a modernidade, a influência racional determina outra alteração da concepção de justiça. A concepção de justiça passa a ser determinada pela consciência humana. Segundo a influência racional moderna, a definição do justo teria relação com a própria intenção do agente. A questão da justiça é questão racional, mas não apenas racional, é íntima ao ser humano, pois a justiça, ou a injustiça, está fundada na intenção, tendo em vista o caso concreto⁷. A razão não concreta passa a ser o principal parâmetro de conceituação do justo. Importa observar que, ainda que se considere a justiça da perspectiva racional, a dignidade da pessoa humana permanece como critério basilar.⁸

Para o presente trabalho é observada a justiça com fundamento na dignidade da pessoa humana. A discussão atual versa sobre a realização da justiça, por meio da valorização da dignidade da pessoa humana. Discute-se se a justiça é possível a partir da valorização da dignidade da pessoa humana.

1.2 COMO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA JUSTIFICA A JUSTIÇA?

Destaca-se que a justiça é caracterizada em contexto social, por um lado. Por outro, é apresentada como virtude universal. Como princípio, a justiça aparece como fundamento social, relação com o outro, justiça como proporção, mas a compreensão filosófica, a partir das expectativas sociais, determina a definição de conceito absolutamente amplo, o que qualifica a justiça como “virtude universal”.⁹

retificadora nem de distributiva (...) tem no perdão o cerne da comutatividade, encontre na justiça divina sua retribuição exemplar (...) a justiça retributiva de Deus tem uma dimensão em que o modelo horizontal se reduz a um modelo vertical: o amor de Deus é infinito, sem medida, por isso perdoa tudo.”

A relação entre justiça e dignidade da pessoa humana decorreu de influência da ética cristã. Com a relação entre justiça e dignidade da pessoa humana, há a ideia de resgate da humanidade simplesmente em razão da condição de pessoas humanas. A cada indivíduo é atribuído direito decorrente da condição de pessoa humana. Vide: Luís Fernando BARZOTTO. *Justiça Social – Gênese, estrutura e aplicação de um conceito*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/Artigos/ART_LUIS.htm. Acesso em 13/04/2008. p. 4: “(...) a justiça social exige de cada um aquilo que é necessário para a efetivação da dignidade da pessoa humana dos outros membros da comunidade, ao mesmo tempo em que atribui a cada um os direitos correspondentes a esta dignidade. A justiça social considera o ser humano simplesmente na sua condição de pessoa humana, nos seus direitos e deveres humanos.”

⁷ A. BERTEN. *Filosofia Política*. Tradução: Márcio Anatole de Souza Romeiro. São Paulo: Paulos. 2004. p. 105: “(...) Para passar de máximas universais de ação ao julgamento da situação, é preciso retornar ao saber concreto inerente à intenção da verdadeira vida. Também não se trata de uma retração da moral da obrigação, que nos faria cair da arbitrariedade de um ‘situcionismo’.”

⁸ Ingo Wolfgang SARLET. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 89: “(...) aos direitos de personalidade consagrados no novo Código Civil, visto que estes direitos já poderiam também ser deduzidos de uma cláusula geral de tutela da personalidade ancorada no direito geral de liberdade e no princípio da dignidade da pessoa humana, como, de resto, ocorre com o direito ao nome, já consagrado pelo próprio Supremo Tribunal Federal. (...)”

⁹ Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 149: “É importante observar o caráter social que resulta da noção pitagórica de justiça, fato que, embora já mencionado

Em outras palavras, em um primeiro momento, a justiça assume caráter relativizado, observado na proporção. Nessa concepção, há a impossibilidade de uma determinação concreta de um conceito universalmente aceito, pois a justiça estaria fundada em um referencial. Assim, a determinação do justo decorreria de orientação e referencial, como ideal, mas sem aspecto de concretude. Haveria o justo a partir de valores aceitos e relativizados, sem concretude.¹⁰

A relação de proporção tem tanta relação com a concepção de justiça, que o próprio conceito de inveja é influenciado pela perspectiva desigual. A inveja, então, representa sentimento de aproximação com a justiça, a partir da percepção do diferente, ou seja, a partir da inveja há a perspectiva do invejoso de restabelecer a igualdade. Talvez, o primeiro sentimento que origine a justiça seja a inveja, de forma que a inveja tem relação direta com a noção de justiça.¹¹

Entretanto, a justiça como proporção representa apenas parte do conceito. No segundo momento é evidenciada a justiça em um caráter alheio a qualquer proporção, justiça como dignidade. Isso porque, a justiça está próxima de forma de comunicação, meio, que implica mudança e equilíbrio entre igualdade e prática absoluta (dignidade da pessoa humana). Como pode ser absoluta? Como comunicação, a justiça é meio que adapta os dois conceitos e ora privilegia critério absoluto “dignidade da pessoa humana” e ora é critério relativo à “igualdade”. Como funciona na prática? Constante alternância em que se torna simétrico o que é assimétrico e assimétrico o que é simétrico. 1º assimétrico, 2º simétrico (“amor”, “poder”, “direito”). A justiça possibilita o funcionamento da assimetria social. Sem a justiça não funciona a comunicação humana.

Em suma: o que se percebe não é a justiça, mas a injustiça. A justiça é a finalidade

implicitamente a epopeia homérica (Homero nos apresenta os Ciclopes como seres solitários e autocráticos e por isso mesmo sem assembleias deliberativas e preceitos emanados de autoridade superior), recebe aqui uma configuração veemente e fundamental que absorve as demais. A partir disto, pode-se traçar uma linha no desenvolvimento da filosofia que nos leva a compreender a justiça como princípio de sentido quase exclusivamente social, ao lado de outra que, paralelamente, irá ressaltar preponderantemente o caráter da justiça como ‘virtude universal’ (Del vecchio, 1960, p. 22)”

¹⁰ Eduardo C. B. BITTAR e Guilherme Assim de ALMEIDA. *Curso de Filosofia do Direito*. 5 ed. São Paulo: Atlas. 2007. p. 465: “(...) sendo um valor relativo, a justiça é passível de várias acepções, variáveis ao sabor das preferências, tendências, bem como das culturas, das ideologias, das políticas, devendo ser admitido que o valor absoluto de justiça não é palpável para o homem. Aliás, Platão mesmo, em suas investigações, torna clara a verdadeira natureza da justiça, que é transcendente e inacessível para os homens.”

¹¹ Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 226: “(...) o invejoso manifesta uma expectativa contra a desigualdade. Isso tem uma importante consequência para o equilíbrio social e sua manutenção: quanto mais uma norma, uma regra social incomoda, tanto maior é a vigilância de uns sobre outros para que ninguém dela escape.”

depois de constatada a injustiça, a partir da relação de proporcionalidade, como critério de justiça relativo, e dignidade da pessoa humana, como critério de justiça absoluto. Dessa forma, a justiça está entre o proporcional e o absoluto, com alternância de acordo com os parâmetros determinados alternadamente, ora condizentes com o aspecto proporcional, ora com a dignidade da pessoa humana.

É importante observar que este conceito é apresentado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior e não é isolado. Derrida, por exemplo, em outras palavras, apresenta conceito semelhante. Como primeiro pressuposto conceitual, observado em Derrida, a justiça se realiza em decisão transformadora. Justiça, para Derrida, não está em uma avaliação, mas na própria transformação imediata do estado de injustiça. A justiça é determinada pela constatação da injustiça, observada assim como na ideia de comunicação. A justiça não “espera”, uma vez que a realização só é justa se imediata.¹²

Para Derrida, a justiça não está no presente, ou em uma avaliação aplicada a determinado momento, e sim na atividade de desconstrução do direito, no aspecto performativo – diz Derrida – ou melhor, no “por vir”. A justiça seria fundamento de transformação do Estado de injustiça e não há como se estabelecer outro conceito.¹³

Observa-se que a necessidade de transformação não se perfaz apenas na promessa performativa. A justiça está consubstanciada em decisão.¹⁴ Cabe ao juiz, ao aplicar a lei, interpretá-la de forma a participar da realização da justiça. Uma interpretação restauradora de reinvenção do direito, a partir de uma lei pré-existente. Dessa forma, a justiça decorreria de uma realização estatal, no sentido de restabelecer um conteúdo normativo justo, na aplicação concreta da norma.¹⁵

¹² Jacques DERRIDA. *Força da Lei: O “fundamento místico da autoridade”*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 51: “(...) Ora, a justiça, por mais inapresentável que permaneça, não espera. (...) Para ser direito, simples e breve, digamos isto: uma decisão justa é sempre requerida imediatamente, do pronto, o mais rápido possível.”

¹³ Idem. *Ibidem*. p. 54: “Este perde a abertura, a vinda do outro (que vem) sem o qual o presente, anunciar-se ou apresentar-se como um presente futuro na forma modificada do presente. A justiça permanece *porvir*, ela tem porvir, ela é por-vir, ela abre a própria dimensão de acontecimentos irredutivelmente porvir. (...) Talvez seja por isso que a justiça, na medida em que ela não é somente um conceito jurídico ou político, abre ao porvir a transformação, a refundição ou a refundação do direito e da política.”

¹⁴ Miroslav MILOVIC. *Política do Messianismo: Algumas Reflexões sobre Agamben e Derrida*. Texto disponibilizado pelo Autor. 2009. p. 7: “(...) A norma não resolve o caos político. Precisamos a decisão soberana para estabelecer a ordem e para que a própria ordem jurídica tivesse sentido.”

¹⁵ Jacques DERRIDA. *Força de Lei: O “Fundamento místico da autoridade”*. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 44: “(...) assumi-la, aprová-la, confirmar seu valor, por um ato de interpretação reinstaurador, como se a lei não existisse anteriormente, como se o juiz a inventasse ele mesmo em cada caso. (...) o caráter inicial desse julgamento inaugural pode repedir algo, ou melhor, deve ser conforme uma lei preexistente, mas a interpretação reinstauradora, reinventiva e livremente decisória do juiz responsável requer que sua ‘justiça’ não consista apenas na conformidade, na atividade conservadora e reprodutora do julgamento.”

Essa ideia se aproxima da nova hermenêutica, afinal, se a função da nova hermenêutica é a reinterpretação do direito diante do pressuposto de dignidade da pessoa humana como princípio estruturante, pode-se afirmar que o discurso de Derrida se aproxima com o discurso que será apresentado da Nova Hermenêutica. Todavia, o presente trabalho é no sentido de que esta é uma ideia equivocada, uma vez que o caminho para justiça como decisão é o caminho do controle normativo.

Tanto que esse discurso é observado até mesmo no campo de concentração Nazista, como necessidade de transformação. Agamben, ao comentar a fragilidade do testemunho em Auschwitz, afirma a preservação do discurso do justo. Agamben reconhece a limitação dos testemunhos em Auschwitz, enquanto não há interlocutores presenciais. A história não foi contada por quem enfrentou Auschwitz, mas foi reconstruída, mas mesmo reconstruída permanece a relação entre justiça e transformação do estado de injustiça.¹⁶

Por mais que a Justiça esteja na decisão, esta está acima da compreensão humana. A permanente questão que deve ser respondida: a quem cabe a decisão? Ao Legislador ou ao Magistrado? Por mais que a justiça implique uma decisão, estatal decisão não pode ser fundamento de uma ponderação axiológica de um agente público no exercício de suas funções.

1.3 O PERMANENTE DEBATE ENTRE KELSEN E SCHMITT

A grande questão que envolveu a decisão para construção da Justiça permeou os debates entre Kelsen e Schmitt dizia respeito à função da lei. Segundo Schmitt, a legitimidade somente seria possível em um sistema jurídico baseado na decisão. A lei não poderia ter uma importância similar à decisão. A função do julgador seria função de realizar a justiça por meio da decisão.¹⁷

A norma fundamental não tem qualquer relação com a Justiça. Antes, ela é resultado

¹⁶ Giorgio AGAMBEN. *O Que Resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*. Tradução: Selvino J. Assman. São Paulo: Boitempo, 2008. (Estado de Sítio). p. 16: “(...) o testemunho do sobrevivente somente repousa sobre essa impossibilidade de autenticidade e sobre o reconhecimento dessa impossibilidade, sobre a consciência aguda de que aquilo que pode – e deve – ser narrado não é essencial, pois o essencial não pode ser dito.(...)” Vide ainda Miroslav MILOVIC. *Política do Messianismo: Algumas Reflexões sobre Agamben e Derrida*. Texto disponibilizado pelo Autor. 2009. p. 11: “(...) É um argumento que Agamben articula contra os pensadores decerto *a priori* da comunicação o que podemos encontrar em Apel e Habermas. Quem fala é quem sobreviveu. Mas quem sabe o que aconteceu, o Muçulmano, não pode falar. Quem é a verdadeira e única testemunha não pode testemunhar.”

¹⁷ Carl SCHMITT. *Teologia Política*. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 22: “(...) Não o Estado, mas o Direito deve ter o poder. (...)”

das expectativas sociais definidas pelo aspecto consuetudinário. Diferente do direito natural, que representa a pretensão do direito de “ser” justo. Segundo Kelsen a teoria pura do direito admite como princípio do direito o afastamento do direito natural. Para Kelsen, o que deve ser privilegiado é o valor consuetudinário, definido em caráter ontológico. Não há correspondência entre os valores ontológicos do direito consuetudinário e a ideia de direito natural.¹⁸

A questão do aspecto racional da norma associado à ideia original de justiça, é considerada momento crítico da limitação racional, no sentido de que a relação entre direito e justiça estabeleça parâmetro de aferição da lei. Kelsen afirma que não há nenhuma regra de direito positivo válida e considerada injusta, pois a justiça como fundamento social estabelece que o direito seja válido e justo.¹⁹

Entretanto, a justiça não era um problema do direito. A validade da norma positiva poderia ser elidida em privilégio da própria justiça, mas esta seria observada como fundamento moral de efetividade da norma, de forma que o direito, por si, não tem validade própria. Segundo Kelsen, a ideia de direito seria a justiça como objeto essencial, mas nem sempre a norma atingiria tal objetivo.²⁰

Para Schmitt seria irrelevante a funcionalidade da norma, pois por mais que a lei seja importante, no fundo o ordenamento jurídico na se realiza nela enquanto dogma. A norma está além dos aspectos formais descritos. A questão que envolve o direito não é de legalidade e sim de decisão.

A afirmação de direito por parte de Kelsen sem fundamento da teoria pura, seria o

¹⁸ Hans KELSEN. O Problema da Justiça. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 117: “A norma fundamental de uma ordem jurídica positiva não é de forma alguma uma norma de justiça. Por isso, o direito positivo, isto é, uma ordem coativa criada pela via legislativa ou consuetudinária e globalmente eficaz, nunca pode estar em contradição com a sua norma fundamental, ao passo que esta mesma ordem pode muito bem estar em contradição com o direito natural, que se apresenta com a pretensão de ser o direito justo.” Vale observar posição oposta indica o direito natural como origem da norma fundamental, vide BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: UnB. 1999. p. 64: “(...) Para dar uma justificação do direito positivo, as teorias jusnaturalistas descobrem um outro direito, superior ao direito positivo, que deriva não da vontade deste ou daquele homem, mas da própria razão comum a todos os homens. (...) a norma fundamental de um ordenamento jurídico é fundada sobre uma lei natural que manda obedecer à razão, a qual por sua vez manda obedecer aos governantes.”

¹⁹ Hans KELSEN. O Problema da Justiça. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 10: “(..) não pode existir nenhuma norma do direito positivo considera como válida que possa ser julgada como injusta do ponto de vista de uma norma de justiça tida simultaneamente como válida. (..)”

²⁰ Ibidem. p. 10: “(...) uma ordem jurídica positiva vale apenas porque a sua estatuição corresponde a essa norma de justiça. (...) a validade da ordem jurídica positiva apenas é (..) a validade da norma de justiça; o direito positivo como tal não tem validade própria.”

direito enquanto afirmação da justiça, como ideal. O fundamento da teoria de direito é a norma positivada, mas a norma positivada fundamentada na expectativa de justiça. Não se trata de perspectiva positivista em caráter absoluta, diferente do observado na teoria pura do direito.²¹

Em suma, a lei é uma necessidade instrumental. Diferente de uma concepção geral do direito, a noção de teoria pura do direito, tem fundamento diverso da noção de direito em geral. A questão da norma positiva é a instrumentalidade do direito enquanto ciência e não como fundamento da norma, ou seja, a teoria pura de direito é fundamento do direito enquanto ciência instrumental.²²

Já Schmitt afirma que o julgador é chamado para decisão. Ele exerce uma função ativa de construção do direito.²³ A importância de tal decisão é superior, em um dado momento que os instrumentos legais estão presentes.

A questão presente é a mesma questão atual. Na atualidade o ordenamento jurídico se volta para negação da norma, tendo como escopo a realização da dignidade da pessoa humana. Na discussão entre Kelsen e Schmitt a questão se voltava para a decidibilidade como um bem maior que a lei.

A discussão observada decorre da ideia de que a decisão seja necessária como fundamento de concretização da justiça, a partir da dignidade da pessoa humana. Segundo

²¹ Hans KELSEN. *O Problema da Justiça*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 68: "(...) A justiça não pode, portanto, ser identificada com o direito.

Para a questão da validade do direito, isto é, para a questão de saber se as suas normas devem ser aplicadas e acatadas, é decisiva a relação que se pressupõe entre justiça e direito. (...) um direito positivo apenas pode ser considerado como válido na medida em que a sua prescrição corresponda às exigências da justiça. Direito válido é direito justo: uma regulamentação injusta da conduta humana não tem nenhuma validade e não é, portanto, direito, na medida em que se deva entender por direito apenas uma ordem válida. (...) a validade da norma de justiça é o fundamento da validade do direito positivo. Segundo a outra concepção, a validade do direito positivo é independente da validade da norma de justiça. (...)”

²² Idem. *Ibidem*. p. 69: "(...) a existência de um absoluto em geral e de valores absolutos em particular, e apenas reconhecendo a validade de valores relativos, a validade do direito positivo não pode, do ponto de vista de uma teoria científica do direito, ser posta na dependência de sua relação com a justiça. Pois essa dependência só pode subsistir sendo a justiça um valor absoluto, pressupondo-se como válida uma norma de justiça que exclua a possibilidade de tomar como válida qualquer outra norma que a contrarie (...) não poderá haver nenhuma ordem jurídica positiva que deva ser considerada como não válida por estar em contradição com qualquer uma destas normas de justiça. (...)”

²³ Carl SCHMITT. *Teologia Política*. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 54: "(...) a burguesia liberal que um Deus, mas ele não pode tornar-se ativo; ela quer um monarca, mas ele deve ser impotente; ela exige liberdade e igualdade e, apesar disso, limitação do direito eleitoral às classes possuidoras para que educação e posse garantam a necessária influência sobre a legislação, como se educação e posse dessem o direito de oprimir pessoas pobres e incultas; ela extingue a aristocracia de sangue e da família, mas permite o desavergonhado domínio aristocrático do dinheiro, a mais ignorante e ordinária forma de aristocracia; ela não quer nem a soberania do rei nem a do povo. (...)”

Schmitt, a construção da justiça não estaria na valorização da lei, e sim da decisão. O órgão público é chamado para decisão, como agente de realização da justiça.

O contraponto da afirmação observada acima está relacionado ao que se denomina estado de exceção. É importante indicar o fundamento teórico para a perda da dignidade, em que há uma orientação de natureza ética de exclusão do indivíduo. A perda da dignidade é resultado da própria ação excepcional do Estado, que não está prevista em lei, por se tratar de decisão necessária. O Estado de Exceção, que está latente, e dentro do próprio ordenamento jurídico e se justifica na prerrogativa do soberano, que é responsável pelo bem-estar de todos. Em outras palavras, o Estado de Exceção suspende a aplicação do direito posto e explica o próprio direito posto, que não é esclarecido pelos limites objetivos, mas pelo poder do soberano de superação da estrutura normativa presente.²⁴

O que se pretende demonstrar, por meio deste trabalho, é que a valorização da dignidade da pessoa humana determina a própria exclusão do indivíduo. A ideia de outorga de poder a agente responsável pela realização da justiça, por meio da dignidade da pessoa humana, tem os mesmos pressupostos da construção do estado fascista. Não é possível esta outorga de poder, sob o prejuízo de se afirmar um poder soberano não inserido na estrutura do Estado. É bom ressaltar que não há controle da atividade do Supremo Tribunal Federal, o que determina um risco para a sociedade.

2. ASPECTO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1 ÉTICA UNIVERSAL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A ideia de ética universal, com fundamento na dignidade da pessoa humana foi apresentada por Fábio Konder Comparato. A dignidade da pessoa humana apresenta-se não apenas como fundamento de cada ordenamento jurídico, enquanto razão de ser; mas prevalece o entendimento de que se trata de princípio estruturante.²⁵

²⁴ Giorgio AGAMBEN. *O Que Resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*. Tradução: Selvino J. Assman. São Paulo: Boitempo, 2008. (Estado de Sítio).. p. 70: “O muçulmano penetrou em uma região do humano – pois, negar-lhe simplesmente a humanidade significaria aceitar o veredicto das SS, repetindo o seu gesto – onde, dignidade e respeito de si não são de nenhuma utilidade, como também não são uma ajuda exterior. Se existe, porém uma região do humano em que tais conceitos não têm sentido, não se trata de conceitos éticos genuínos, porque nenhuma ética pode ter a pretensão de excluir do seu âmbito uma parte do humano, por mais desagradável, por mais difícil que seja de ser contemplada.”

²⁵ Fábio Konder COMPARATO. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2 ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 61: “Sem entrar na tradicional querela doutrinária entre monistas e dualistas, a esse respeito, convém deixar aqui assentado que a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias Constituições posteriores à 2ª Guerra Mundial, aliás,

Segundo Miguel Reale, o Direito é uma ciência. Este ponto não é objeto de discussão. A justificativa apresentada por Reale considera dois aspectos: em primeiro lugar, o direito é uma ciência por dispor de um conjunto sistematizado pelo conhecimento orientado, com definição de princípios; em segundo lugar, fundamentado de forma objetiva, em que se verifica aplicação de método científico. Os princípios determinam identidade com os ideais do sistema, relativos a valores. Quanto ao fundamento objetivo, em sede de ciência do direito, observa-se o próprio ordenamento jurídico.²⁶

Mesmo inseridos em estrutura atípica, toda ciência tem por fundamento princípios, que estabelecem relação entre fatores reais e a estrutura racional procedimental. A finalidade do princípio é legitimar a estrutura científica, na qualidade de pressuposto ou fundamento e, ao mesmo tempo, estabelecer nexo de relação entre estrutura científica e valores ontológicos.²⁷

Partindo do pressuposto de que o Direito é uma ciência e que, nela, a dignidade da pessoa humana é um princípio estruturante, a principal questão que deve ser respondida é: a razão de ser do direito é a qualificação do ordenamento jurídico como instrumento de preservação da vida digna? Nesse contexto, o direito exerceria a função de justiça – nos termos definidos no tópico anterior – de transformação da realidade social, tendo como meta primordial a dignidade da pessoa humana? Veremos, neste trabalho, que a resposta para os dois questionamentos é a mesma: não. Cabe a análise da ideia de dignidade da pessoa humana, tendo como enfoque a questão dos princípios.

Alexy apresenta a relação entre regras e princípios, na teoria discursiva, no sentido de que a validade seria qualidade da regra, não do princípio. A partir da estrutura apresentada, a ideia de princípio e regra seria de relação correspondente, em que o princípio poderia afastar a viabilidade da regra, enquanto um princípio não afastaria outro, mas apenas haveria a

já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional. Seja como for, vai-se firmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico.”

²⁶ Miguel REALE. *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 73: “(...) o termo ‘ciência’ pode ser tomado em duas acepções fundamentais distintas:

a) – como ‘todo conjunto de conhecimento ordenado coerentemente segundo princípios’;
b) – como ‘todo conjunto de conhecimento dotado de certeza por se fundar em relações objetivas confirmadas por métodos de verificação definida, suscetível de levar quantos os cultivam a conclusão ou resultados concordantes.’”

²⁷ Idem. *Ibidem*. p. 61: “Assim sendo, toda e qualquer ciência implica a existência de princípios, uns universais ou omnivalentes (...); outros regionais ou plurivalentes (...) e outros, ainda, monovalentes, por só servirem de fundamento a um único campo de enunciados.”

supressão em razão de dado momento e finalidade.²⁸

Dentro dos parâmetros apresentados, a dignidade da pessoa humana é inserida no ordenamento jurídico como princípio fundamental, que determinaria a existência de direitos fundamentais, bem como a orientação interna no sentido de privilegiar os direitos humanos.

Conforme observado no tópico anterior, a dignidade da pessoa humana também é observada a partir dos pressupostos de justiça social. Segundo tal concepção nada poderia ser tão próximo do bem comum como a dignidade da pessoa humana, que é a primeira característica do bem comum, como fundamento de justiça social. A essência do bem comum tem relação direta com a dignidade humana. A justiça social está fundamentada no bem comum, que corresponde à realização da justiça, como vida humana digna.²⁹

A concepção indicada no parágrafo anterior fica mais clara quando se observa o aspecto constitucional. A dignidade da pessoa humana é considerada valor supremo do ordenamento jurídico. Segundo José Afonso da Silva a própria ordem econômica estaria fundamentada na dignidade da pessoa humana que constitui valor fundamental para realização de qualquer direito.³⁰

²⁸ Klaus GÜNTHER. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy. 2004. “O efeito dessa distinção se evidencia no caso de colisão de normas. Se a aplicação de duas normas levar a juízos coercitivos mutuamente contraditórios, o fato terá consequências que serão distintas, respectivamente, para regras e princípios: ou apenas uma das duas regras será válida ou um das duas regras deverá ser marcada com uma cláusula de exceção. Isso resultará de sua estrutura, na qualidade de ordem definitiva. Em contraposição a isso, princípios incluem a possibilidade de colisões, de acordo com a sua estrutura aberta. Por isso, ambos os princípios permanecem válidos, mesmo se um dos dois tiver de ceder às circunstâncias concretas, determinadas pelas respectivas possibilidades efetivas e jurídicas. ‘Isso, no entanto, não significa que o princípio, agora em segundo plano, terá de ser declarado não-válido, tampouco que se deve constituir uma cláusula de exceção e inseri-la no princípio cedente. Ao contrário, sob determinadas circunstâncias, um dos princípios precederá o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência poderá ser resolvida de modo inverso.’ Alexy conclui, desse comportamento diversificado de colisão, que, para princípios, só será decisiva a dimensão do peso, e isso segundo as respectivas circunstâncias especiais de cada caso. Regras, contrariamente, colidem na dimensão da validade, com a consequência de que, afinal, somente uma das duas poderá ser válida.”

²⁹ Idem. Ibidem. p. 220-221: “(...) o bem comum é o bem de uma comunidade de homens. Ele consiste, fundamentalmente, na vida dignamente humana da população, ou, em outras palavras, na boa qualidade de vida da população.

(...)

A essência do bem comum consiste na ‘vida dignamente humana da população’.

(...)

Instrumentos do bem comum são os ‘bens materiais’, necessários à realização de uma vida humana digna (...). Certo mínimo de bens materiais é necessário ao exercício das virtudes humanas, diz S. Tomás, numa fórmula que se torna clássica.”

³⁰ José AFONSO DA SILVA. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 146-149: “(...) a dignidade da pessoa humana (...) valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

(...) Daí decorre a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará à realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., (...) (...) Não basta, porém, a liberdade formalmente reconhecida, pois

Quando analisamos a ideia de justiça em Derrida, o resultado não seria apenas um “por vir”, sob forma de acontecimento performativo, mas principalmente imposição de finalidade do direito. Essa finalidade seria de dignidade da pessoa humana como fundamento, ou ideia estruturante.³¹

Se por um lado a dignidade da pessoa humana é princípio estruturante do direito, enquanto ciência, que se realizaria no por vir, ou na realização concreta da justiça, enquanto função última do direito; por outro lado, na análise das relações sociais concretas observamos na dignidade da pessoa humana uma justificativa teórica, que é fundamento do Direito.

A questão humana é recorrente e permeia os fundamentos da justiça, mas não apenas pela correlação. A inter-relação entre justiça e dignidade da pessoa humana é uma pertinência teórica. Afinal, não há como se discutir o problema da justiça no que foge ao conceito de humano. Entretanto, esse conceito humano é totalmente indeterminado.³²

A construção de um conceito de humanidade tem influência na própria expectativa de globalização, no sentido de investir o homem de proteção incondicional, em determinadas circunstâncias. O direito humano encontra o fundamento original na perspectiva de proteção de uma condição humana independente de qualquer formalidade. Essas questões, porém, são absolutamente teóricas, com pouca relevância prática.³³

Nas Constituições, por exemplo, a justiça social estaria relacionada à ordem econômica. Para muitos autores, o surgimento do direito econômico representa a própria concretização da justiça social, pois ao se estabelecer meios de equilíbrio quanto às relações jurídicas, no que tange à participação comercial, ou quanto aos recursos para livre iniciativa,

a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência, existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica (...)

(...) Em conclusão, a dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do Homem, em todas as suas dimensões; e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o Homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que o dimensiona e humaniza.”

³¹ Jacques DERRIDA. *Papel-Máquina*. Tradução: Evandro Nascimento. São Paulo: Estação Liberdade, 2004. p. 197: “(...) palavras de justiça que façam lembrar o espírito do direito e da dignidade da pessoa humana na democracia. (...)”

³² Idem. Ibidem. p. 297: “(...) é preciso poder afirmar, sem contradição (ou aprendendo a maneira mais responsável de assumir a contradição), que o conceito de 'direito do homem' não cessou nem cessará jamais de ser determinado. Continua, portanto, amplamente, como conceito e como realidade, por vir. É o mesmo caso do conceito ainda mais obscuro de 'crime contra a humanidade' (...)”

³³ Idem. Ibidem. p. 299: “(...) A humanidade é o tema de uma reflexão crítica, mas não reativa, sobre o que se chama de 'globalização' (...) essas questões traçam algumas tarefas para uma desconstrução, a qual seria mais do que uma crítica.”

estabelece-se a proteção da própria condição humana. Mas afinal: de que condição humana se pode falar? Fala-se da condição do homem muçulmano nos Estados Unidos, após “11 de setembro”? Ou se fala do cidadão americano diante de atentados terroristas iminentes? Fala-se da condição humana de quem é tido como inimigo do Estado? Neste ponto somos obrigados a reconhecer que Jaques Rancière estava certo, quando fala da nossa ignorância.

Somos vítimas da nossa ignorância que nos faz enxergar a ilusão daquilo que se acredita buscar, como fundamento ideológico de uma realidade aparente, que não se justifica e nem se realiza nas bases evidenciadas pela aparência do que se quer ver.³⁴

E há quem acredite que a dignidade da pessoa humana seja um princípio estruturante. No fundo é um processo em que se observa não uma ignorância em razão da estrutura posta em suas articulações e relações de poder. É um processo em que se deseja ignorar, o excluído que está ao lado, e que é observado como incapacidade de conhecer, a partir do momento em que cada um reafirma a própria dignidade. A capacidade de conhecer, observada na própria afirmação de dignidade, mas ao mesmo tempo realizada no desejo de ignorar, revela-se como a condição em que o outro é submetido.³⁵

A questão da articulação entre dignidade da pessoa humana e justiça social não está resolvida. Muitas vozes ainda defendem a dignidade da pessoa humana. Muitos autores observam na ordem econômica a justiça social, por meio de política pública, cujo aspecto material repercute não na preservação de um modelo existente, mas na busca do ideal de justiça social, em uma perspectiva transformadora. Em outras palavras, a justiça social é disciplinada não apenas como norma de ordem pública, pois a norma de ordem pública tem relação com a preservação dos fundamentos do sistema. Nessa perspectiva, a ordem

³⁴ Jacques RANCIÈRE. *El espectador emancipado*. Traducción: Ariel Dilon. Buenos Aires: Manantial, 2011. p. 35: “Este análisis nos invita a liberarnos de las formas y del contenido de la tradición crítica. Pero no lo hace sino AL precio de reproducir sul lógica. Nos dice, una vez más, que somos víctimas de una estructura global de ilusión, víctimas de nuestra ignorancia y de nuestra resistencia frente a un proceso global irresistible de desarrollo de las fuerzas productivas: el proceso de desmaterialización de la riqueza cuya consecuencia es la pérdida de las creencias y de los ideales antiguos. (...)”

³⁵Idem. Ibidemp. 36: “(...) el mecanismo de inversión que transforma la realidad n ilusión o la ilusión en realidad, la pobreza en riqueza o la riqueza en pobreza. Continúan denunciando una incapacidad de conocer y un deseo de ignorar. (...)”

econômica³⁷ existe como transformação do Estado.³⁸

Apesar dos objetivos apresentados, é preciso reconhecer que o trabalho político é insuficiente. Existe uma pretensão de justiça social, bem como há relação entre a ideia de justiça social, com a ilusão de implementação como política pública.³⁹ Na prática, todavia, é necessário saber se há fundamentos para se afirmar a dignidade da pessoa humana como princípio existente, ou se a indicação de pressupostos para alteração da ordem econômica não se apresenta como instrumento suficiente para determinação de justiça social.

2.2 A NOVA HERMENÊUTICA COMO APLICAÇÃO PRÁTICA

Para abordagem adequada da matéria neste tópico é necessária abordagem do que se identifica hoje como dignidade da pessoa humana como princípio estruturante do Direito. Para isso será abordado o tema sob enfoque da nova hermenêutica.

A expansão da jurisdição constitucional é observada pela constitucionalização democrática do período pós-guerra e é caracterizada pela força normativa da Constituição, a partir do que se entende por norma hermenêutica. A subsunção entre fato e norma não é suficiente para o ordenamento jurídico. A releitura da Constituição estabelece novo paradigma de incidência normativa, em que a interpretação se torna elemento fundamental.⁴⁰

³⁷Incisos II e II, do art. 170, da Constituição Federal de 1988: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.”

³⁸ Eros Roberto GRAU. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10 ed. rev. at. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 63: “(...) as normas de ordem pública estão voltadas à preservação das condições que asseguram e sobre as quais repousa a estrutura orgânica da sociedade, ao passo que as normas de intervenção por direção instrumentam polícias públicas cuja dinamização envolve não meramente a preservação da paz social, mas a perseguição de determinados fins, nos mais variados setores da atividade econômica; as normas de ordem pública não apenas são compatíveis com ela, mas se compõem no núcleo da ordem jurídica do liberalismo, enquanto que as normas de intervenção por direção conduzem à transformação dessa ordem jurídica. (...)”

³⁹ Idem. Ibidem. p. 74-75: “Que essa transformação, no mundo do ser, é perseguida, isso é óbvio. Retorno à leitura do art. 170 da Constituição de 1988: a ordem econômica (mundo do ser) deverá estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa... A ordem econômica liberal é substituída pela ordem econômica intervencionista.

(...) A ordem econômica (mundo do dever ser) capitalista, ainda que se qualifique como intervencionista, está comprometida com a finalidade de preservação do capitalismo. Daí a feição social, que lhe é atribuída, a qual, longe de desnudar-se como mera concessão a um modismo, assume, nitidamente, conteúdo ideológico.”

⁴⁰ Luís Roberto BARROSO. *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 266-267: “(...) O termo identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcada pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica. (...) não é possível ignorar a revolução profunda e silenciosa ocorrida no direito contemporâneo, que já não se assenta apenas em um modelo de regras de subsunção, nem na tentativa de ocultar o papel de juízes e tribunais. (...)”

Como se dá essa nova hermenêutica, afinal? Segundo Günther, a dignidade da pessoa humana encontra respaldo em caráter universal, como fundamento de validade de toda e qualquer orientação normativa. O referido autor parte do pressuposto da existência de valores universalmente reconhecidos, relativos a direitos humanos iguais e a vida humana digna. A convicção particular acerca de tais valores determina o reconhecimento de uma ética universal, fundamentada na validade de orientação normativa determinada pela expectativa de vida humana digna.⁴¹

A nova hermenêutica tem relação com o atual momento constitucional, ou melhor, de constitucionalização do direito. A ideia de dignidade da pessoa humana impõe uma nova leitura do direito, que tem como pressuposto a realização dos direitos fundamentais. A nova hermenêutica tem fundamento nesta ideia identificada como pós-positivista, cujo objeto de estudo – neste caso – resulta de princípios constitucionais estabelecidos enquanto concretização dos valores da Constituição.⁴²

Essa nova hermenêutica tem fundamento inicial na função do interprete, a qual é apresentada por Luís Roberto Barroso a partir da interpretação construtiva e da interpretação evolutiva. A interpretação construtiva consiste na aplicação da Constituição em extensão, com alcance de casos não previstos, mas que deveriam receber tal tratamento. Já a interpretação evolutiva visa atingir determinada situação não observada no momento da promulgação, mas que se adéquam à mesma circunstância e necessidade legislativa.⁴³

⁴¹ Klaus GÜNTHER. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy. 2004. p. 195: “(...) Princípios morais universais. É considerada uma ação moralmente correta observar princípios autoimpostos, que proclamam um pleito universalista, como direitos humanos iguais e o respeito à dignidade humana. Razões para a ação moral são a convicção da validade de princípios universalistas e o compromisso pessoal de cada um observá-los. A perspectiva sócio-moral é o ‘ponto de vista moral’ (...) do qual depende a validade de todas as orientações normativas.”

⁴² Luís Roberto BARROSO. *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 87: “(...) supremacia material, axiológica (...) um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional (...) constitucionalização do direito (...). Essa constitucionalização do direito, potencializada por algumas características associadas ao contexto filosófico do pós-positivismo – centralidade da ideia de dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, desenvolvimento da nova hermenêutica (...) o papel do Estado e suas potencialidades como agente de transformação e de promoção dos direitos fundamentais; a legitimidade da jurisdição constitucional e da jurisdição do debate acerca de determinadas políticas públicas; a natureza substantiva ou procedimental da democracia e o conteúdo das normas constitucionais que a concretizam (...)”

⁴³ Idem. *Ibidem*. p. 130-131: “Essa função integrativa do sentido das normas pelo intérprete dá margem ao desempenho de uma atividade criativa, que se expressa em categorias como a interpretação construtiva e a interpretação evolutiva. A propósito, nenhuma delas se confunde com a mutação constitucional. A interpretação construtiva consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição – seus valores, seus princípios – para o fim de criar uma nova figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, ao menos não de maneira expressa. Já a interpretação evolutiva se traduz na aplicação da

A questão inicial observada tem relação com as cláusulas pétreas; afinal, como pensar na nova hermenêutica diante de disposições constitucionais intangíveis? O primeiro pressuposto que deve ser levado em consideração está relacionado ao princípio da unidade da Constituição, que orienta no sentido de que inexista hierarquia entre disposições constitucionais, ainda que em relação às cláusulas pétreas.⁴⁴

É por essa razão que a interpretação das cláusulas pétreas deve ser orientada no sentido de não se afastar as deliberações democráticas, cuja análise chega ao judiciário. A ideia é de que a nova hermenêutica seja aplicada também em relação às denominadas cláusulas pétreas, uma vez que não se poderia determinar o engessamento do texto constitucional.⁴⁵

Cabe observar que há entendimento pacificado no sentido de que o limite material não pressupõe intangibilidade literal do texto constitucional, mas apenas proteção do núcleo essencial. O que se protege com a cláusula pétrea não é a disposição literal do texto normativo, mas o núcleo essencial de direitos materialmente observados.⁴⁶

A nova hermenêutica, então, impõe o paradigma de atuação do poder judiciário, tendo em vista a não atuação política satisfatória de institutos políticos públicos. Isso porque – para alguns autores – afastar a ruptura eventual entre fato político e ordem jurídica é atribuição do poder judiciário.⁴⁷

Constituição a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração e promulgação, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional. (...) na interpretação construtiva a norma alcançará situação que poderia ter sido prevista, mas não foi; ao passo que na interpretação evolutiva, a situação em exame não poderia ter sido prevista, mas, se pudesse, deveria ter recebido o mesmo tratamento.”

⁴⁴ Luís Roberto Barroso. *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 168: “(...) Pelo princípio da unidade da Constituição, inexistem hierarquia entre normas constitucionais originárias, que jamais poderão ser declaradas inconstitucionais umas em face das outras. A proteção especial dada às normas amparadas por cláusulas pétreas atinentes sobrelevam seu status político ou sua caga valorativa, com importantes repercussões hermenêuticas, mas não lhes atribui superioridade jurídica. (...)”

⁴⁵ Idem. *Ibidem*. p. 170: “(...) Há duas razões relevantes e complementares pelas quais a interpretação das cláusulas pétreas deve ser feita sem alargamento do seu sentido e alcance: a) para não sufocar o espaço de conformação reservado à deliberação democrática, exacerbando a atuação contramajoritária do judiciário; e b) para não engessar o texto constitucional, o que obrigaria à convocação repetida e desestabilizadora do poder constituinte originário.”

⁴⁶ Idem. *Ibidem*. p. 172: “(...) Nelas o STF reafirmou que os limites materiais ao poder constituinte de reforma não significam a intangibilidade literal da disciplina dada ao tema pela Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos protegidos pelas cláusulas pétreas. (...)”

⁴⁷ Idem. *Ibidem*. p. 200: “(...) a dimensão política da Constituição não infirma seu caráter de norma jurídica, nem torna sua interpretação uma atividade menos técnica. Mas uma Constituição, rememore-se, faz a travessia entre o fato político e a ordem jurídica, entre o poder constituinte e o poder constituído, estando na interface entre dois mundos diversos, porém intercomunicantes (...). Um tribunal constitucional deverá agir com ousadia e ativismo, nos casos em que o processo político majoritário não tenha atuado satisfatoriamente, e com prudência e

As técnicas de interpretação – nessa nova hermenêutica – permitem que circunstâncias não previstas originalmente sejam atingidas pelo texto constitucional. Entretanto, é importante registrar que a norma de eficácia limitada é uma realidade que muitas vezes não pode ser superada pelo judiciário. Há a insuperável contradição: permanece a possibilidade de se outorgar ao legislador ordinário o trabalho de regulamentação, sem que se possa estabelecer orientação constitucional ativa, pelo poder judiciário.⁴⁸

Em outras palavras: quando o Judiciário considerar que é adequado não aplicar o texto da lei, ou da Constituição, por considerá-lo inapropriado ou inoportuno, por meio da interpretação Constitucional, indicará um sentido literal cabível. Ao mesmo tempo, quando evidenciada a não efetividade de direitos constitucionais, caso opte em preservar o sentido literal de não regulamentação, esta será preservada. Ou seja, é a decisão, que não está na lei. É a decisão de um poder soberano que preserva o que é melhor para a sociedade.

Com a adoção da nova hermenêutica, é possível que o trabalho de interpretação constitucional atinja resultado adequado, diante de mau-direcionamento orçamentário. Diferentemente do parágrafo anterior, optando o intérprete, não haverá limitação decorrente da separação dos poderes, pois a aplicação da norma constitucional não pode ser mitigada pela má-administração do Poder Público.⁴⁹

Cabe observar ainda que há um limite para interpretação que é o vínculo substantivo com o objeto interpretado. Poder de decisão, no caso concreto. Há uma única limitação. Com a interpretação, o resultado não pode estar em confronto com a Constituição, da mesma forma, há um vínculo entre a orientação normativa e o resultado observado com o trabalho de interpretação.⁵⁰

autocontenção em outras situações, para não exacerbar aspectos do caráter contramajoritário dos órgãos judiciais vulnerando o princípio democrático.”

⁴⁸ Luís Roberto BARROSO. *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 212: “(...) A abertura dos princípios constitucionais permite ao intérprete estendê-los a situações que não foram originariamente previstas, mas que se inserem logicamente no raio de alcance dos mandamentos constitucionais. Porém, onde o constituinte tenha reservado a atuação para o legislador ordinário não será legítimo pretender, por via de interpretação constitucional, subtrair do órgão de representação popular as decisões que irão realizar os fins constitucionais aniquilando o espaço de deliberação democrática. É preciso distinguir, portanto, o que seja abertura constitucional do que seja silencia eloquente.”

⁴⁹ Idem. Ibidem. p. 221: “(...) As ordens constitucionais devem ser cumpridas em toda extensão possível. Ocorrendo a impossibilidade fática ou jurídica, deve o intérprete declarar tal situação, deixando de aplicar a norma por esse fundamento e não por falta de normatividade. Aí estarão em cena conceitos como reserva do possível, princípios orçamentários, separação de Poderes, dentre outros. Como já assinalado, certas normas podem ter sua aplicabilidade mitigada por outras normas pela realidade subjacente.”

⁵⁰ Idem. Ibidem. p. 270: “(...) há um limite a partir do qual já não será possível dizer que o intérprete esteja executando obra alheia, senão que criando a sua própria. Vale dizer: a interpretação jamais poderá romper os vínculos substantivos com o objeto interpretado.”

Conforme observado, a nova hermenêutica tem relação com a expectativa de realização da justiça, com base na efetividade dos direitos fundamentais, a partir da análise concreta de princípios e regras, como fundamento de orientação da atividade de interpretação da Constituição.⁵¹

O que se observa é uma reação ao formalista, em que o direito é qualificado pela decisão, justificada em uma ideia de função social. O direito é afastado da subsunção ao texto da lei, com legitimação de atividade criativa do judiciário. E como não há nada de novo após Kelsen e Schmitt, a ideia é a mesma: o direito não pode estar na lei, pois apenas a decisão realiza a justiça. O direito deve ser aplicado de acordo com a evolução da sociedade para que a sua função social seja atingida.⁵²

Nessa nova hermenêutica a jurisprudência exerce função nessa ideia tida como fundamental do Direito Constitucional, com a possibilidade de interpretação criativa. Com a nova hermenêutica a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas das quais historicamente o judiciário estava afastado, em razão de uma nova função assumida pela Constituição Federal, o Judiciário assume a função de guardião da sociedade. Um poder que não se submete a controle, por estar acima dos demais.⁵³

3 A JUSTIÇA E O CONTROLE NORMATIVO

3.1 ASPECTO TEÓRICO QUE ENVOLVE O CONTROLE NORMATIVO

O poder disciplinar identifica uma realidade não sensível. A percepção do poder disciplinar se dá por meio de uma análise das estruturas de poder, a partir da verificação dos

⁵¹ Luís Roberto BARROSO. *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.. p. 242: “(...) O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica. (...)”

⁵² Idem. Ibidem. p. 276-277: “A reação antiformalista (...) defendeu que o Direito deve servir aos fins sociais, antes que aos conceitos e às formas. (...) Características (...) (i) a razão à crença de que o Direito poderia ser encontrado integralmente no texto da lei e nos precedentes judiciais; (ii) a rejeição da tese de que a função judicial seria meramente declaratória, para reconhecer, ao contrário, que em diversas situações o juiz desempenha um papel criativo; e (iii) a compreensão da importância dos fatos sociais, das ciências sociais da necessidade de interpretar o Direito de acordo com a evolução da sociedade e visando à realização de suas finalidades.”

⁵³ Idem. Ibidem. p. 245: “(...) A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo de atuação dos Poderes Públicos, e a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição.

(...) Neles estão contidas as ideias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral, especialmente nos países que seguem a tradição romano-germânica.”

acontecimentos práticos. Para Foucault, o poder disciplinar é observado no controle normativo em que o Estado passa a dispor de controle completo sobre a vida das pessoas.⁵⁴

Para Foucault, essa estrutura de poder resulta de uma evolução ocorrida após a idade média. A evolução do Estado laico, em meio à tradição religiosa anterior, permitiu isso. A questão observada no primeiro momento é a estrutura de controle na vida cotidiana, estrutura que foi inserida em um segundo momento, a partir da revolução burguesa.⁵⁵

Dentro dessa estrutura a pessoa é qualificada socialmente como cidadã, agente capaz de reivindicar direito e poder. O que se estuda exatamente é a forma como este agente de direito é despojado da condição humana e submetido ao controle normativo. No controle normativo o Estado se torna detentor de vida deste sujeito de direito, que antes era capaz de reivindicar sua condição perante as estruturas institucionais. Se há o espaço de reivindicação do indivíduo, este espaço é aparente, diante da relação de poder estabelecida.⁵⁶

A questão que se coloca pode ser analisada a partir da situação asilar similar à

⁵⁴ Michel FOUCAULT. *O Poder Psiquiátrico*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 50: “O que é esse poder? A hipótese que eu queria propor é que existe em nossa sociedade algo como um poder disciplinar. Com isso entendo nada mais que uma forma de certo modo terminal, capilar, do poder, uma última intermediação, certa modalidade pela qual o poder político, os poderes em geral veem, no último nível, tocar os corpos, agir sobre eles, levar em conta os gestos, os comportamentos, os hábitos, as palavras, a maneira como todos os poderes, concentrando-se para baixo até tocar os próprios corpos individuais, trabalham, modificam, dirigem o que Servan chamava de ‘fibras moles do cérebro’. Em outras palavras, creio que o poder disciplinar é certa modalidade, bem específica da nossa sociedade, do que poderíamos chamar de contato sináptico corpo-poder.”

⁵⁵ Idem. Ibidem. p. 51: A segunda hipótese é que esse poder disciplinar, no que tem específico, tem uma história, que esse poder não nasceu de repente, que também não existiu sempre, que se formou e seguiu uma trajetória de certo modo diagonal, através da sociedade ocidental. E, para tornar apenas, digamos, a história que vai da Idade Média aos nossos dias, creio que podemos dizer que esse poder, no que ele tem de específico, não se formou propriamente à margem da sociedade feudal, nem, certamente, tampouco em seu centro. Formou-se no interior das comunidades religiosas; dessas comunidades religiosas, ela se transportou, transformando-se, para comunidades laicas que se desenvolveram e se multiplicaram nesse Período da pré-Reforma, digamos, nos séculos XVI-XV. E podemos apreender perfeitamente essa translação em certos tipos de comunidades laicas não exatamente conventuais, como os Célebres ‘Irmãos da Vida Comum’ que, a partir de certo número de técnicas que tomavam em prestadas da vida conventual, a partir igualmente de certos número de exercícios ascéticos que tomavam emprestados de toda uma tradição do exercício religioso, definiram métodos disciplinares relativos à vida cotidiana, à pedagogia. Mas esse é apenas um exemplo de toda essa ramificação, anterior à Reforma, de disciplinas conventuais ou ascéticas. E, pouco a pouco, são essas técnicas que vemos então difundir-se em larga escala, penetrar a sociedade do século XVI e, sobretudo, dos séculos XVII e XVIII, e tornar-se no século XVI e, sobretudo, dos séculos XVII e XVIII, e tornar-se no século XIX a grande forma geral desse contato sináptico: poder político/corpo individual.”

⁵⁶ Idem. Ibidem. p. 72: “E o que se chama homem, nos séculos XIX e XX, nada mais é que a espécie de imagem remanescente dessa oscilação entre indivíduo jurídico, que foi o instrumento pelo qual em seu discurso a burguesia reivindicou o poder, e o indivíduo disciplinar, que é o resultado da tecnologia empregada por essa mesma burguesia para constituir o indivíduo no campo das forças produtivas e políticas. É dessa oscilação entre o indivíduo jurídico, instrumento ideológico da reivindicação do poder, e o indivíduo disciplinar, instrumento real do seu exercício físico, é dessa oscilação entre o poder que é reivindicado e o poder que é exercido que nasceram essa ilusão a essa realidade que chamamos o Homem.”

estrutura de tratamento ambulatorial psiquiátrica – nas palavras de Foucault – disponível para o Estado, situação que pode submeter os seus súditos. A questão é a submissão da pessoa à relação de poder. Tal submissão outorga ao Estado um controle, que não se localiza na relação direta, institucional. A questão é a prerrogativa de impor ao homem uma condição de submetê-lo ao total controle.⁵⁷

Então, é importante observar que esse controle decorre da mudança na estrutura de poder. Se antes havia um poder denominado soberano, de coleta, condicionado a uma relação assimétrica, como poder fiscal. Agora, há o poder disciplinar, sob aparente forma de estrutura de poder soberano. No poder soberano, havia estrutura assimétrica, em que o súdito era submetido à situação fiscal. Na estrutura atual, aparentemente há a relação de coleta, mas as prerrogativas do estado vão além, isso porque o Estado passa a dispor da vida do indivíduo.⁵⁸

Em suma, diferentemente do poder soberano, em que havia relação assimétrica, que se realizava na apropriação parcial do produto do trabalho, sob forma de coleta-despesa, no momento atual, sob aparente forma de relação assimétrica, há a apropriação total do indivíduo, não apenas do seu corpo.⁵⁹

A questão que se coloca, neste trabalho, diz respeito ao controle normativo, em que o Estado se apropria da vida do antigo sujeito de direito. Neste contexto, há a exclusão das prerrogativas do indivíduo. Trata-se da biopolítica, em que o antigo sujeito de direito, o homem capaz de existência política, tem a sua condição de homem colocada em dúvida.

3.2 O HOMEM ENQUANTO SER

⁵⁷ Michel FOUCAULT. *O Poder Psiquiátrico*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.. p. 52: “(...) esse enfrentamento entre a loucura do rei e a disciplina medica é um dos pontos históricos e simbólicos da emergência e da instalação definitiva do poder disciplinar na sociedade. E não creio que se possa analisar o funcionamento da psiquiatria limitando-se justamente ao funcionamento da instituição asilar. É claro que não se trata de analisar nem mesmo o funcionamento da psiquiatria a partir do discurso supostamente verdadeiro da psiquiatria; mas crio que não se pode fazê-lo nem mesmo a partir da análise da instituição: é a partir do funcionamento da psiquiatria a partir do funcionamento desse poder disciplinar que se deve compreender o mecanismo da psiquiatria.”

⁵⁸ Idem. Ibidem. p.53: “Bom, o que é o poder de soberania? Parece-me que é uma relação de poder que vincula soberano e súdito segundo um par de relações assimétricas: de um lado, a coleta, do outro a despesa. (...)”

⁵⁹ Idem. Ibidem. p. 57: “Pois bem, agora, o poder disciplinar, pois é principalmente disso que eu gostaria de falar.

Creio que podemos opô-lo quase termo a tempo ao poder de soberania. Em primeiro lugar, o poder disciplinar não põe em ação esse mecanismo, esse acoplamento assimétrico coleta-despesa. Num dispositivo disciplinar, não há dualismo, assimetria; não há essa espécie de apropriação parcial. Parece-me que o poder disciplinar pode se caracterizar em primeiro lugar pelo fato de implicar, não uma coleta com base no produto ou numa parte do tempo, ou em determinada categoria de serviço, mas por ser uma apropriação total, ou tender em todo caso, a ser uma apropriação exaustiva do corpo, dos gestos, do tempo, do comportamento do indivíduo. É uma apropriação do corpo, e não do produto; é uma apropriação do tempo em sua totalidade, e não do serviço.”

A condição homem merece maior análise, diante de inúmeros movimentos que afirmam a dignidade da pessoa humana. Se por um lado a realidade excluiu a condição humana da esfera de proteção do estado, esta não proteção é observada indiretamente na relação social concreta. Pois ao se observar os critérios teóricos, a proteção da dignidade humana é uma razão de ser do estado. Não há um valor mais importante na constituição que a proteção da dignidade. Esta proteção é meramente formal, o que se realiza é justamente o contrário, a biopolítica.

O problema da verdade é observado na ruptura entre “ente” e “ser”. A questão do ente se confunde com o problema da verdade, na medida em que o “ser” se confunde com o “ente”. Aquilo que é aceito como evidente e justifica ausência de discussão na essência do “ser” se torna uma forma de se afastar o “ente” do enfrentamento das bases reais da realidade concreta. O “ser” não apenas é privilegiado, mas afasta a possibilidade de compreensão adequada da realidade.⁶⁰

O homem no controle normativo não é visto em sua humanidade, nem caracterizado, por suas aptidões físicas. O homem registrado no controle normativo está entre a vida e a morte. Vida em seu aspecto físico, morte em sua condição política. Entretanto, a condição política do homem define o limite da sua existência, que é condição para a participação política, a qual, todavia, não decorre da sua existência.⁶¹

Foucault compara o poder disciplinar ao discurso de tratamento clínico, em que no

⁶⁰ Martin HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 145: “(...) Assim não é de admirar que uma questão como a que se refere aos modos de significação do ser não tenha progredido, enquanto se pretende discuti-la com base num sentido não esclarecido de ser que o significado ‘exprime’. O sentido permaneceu não esclarecido por que foi tomado por ‘eviente’.”

⁶¹ Giorgio AGAMBEN. *O Que Resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*. Tradução: Selvino J. Assman. São Paulo: Boitempo, 2008. (Estado de Sítio).p. 82: “(...) A razão pela Auschwitz esteja excluído da experiência da morte deve ser, portanto, outra, capaz de pôr em questão a própria possibilidade da decisão autêntica e de, assim, ameaçar a própria base da ética heideggeriana. O campo é, de fato, o lugar em que desaparece radicalmente toda distinção entre próprio e impróprio, entre Possível e impossível. Isso se deve ao fato de que, no caso, o princípio segundo o qual o único conteúdo do próprio é o impróprio se verifica exatamente pelo seu inverso, que afirma que o único conteúdo do impróprio é o próprio. E assim como, no ser-para-a-morte, o homem se apropria autenticamente do inautêntico, assim também, no campo os deportados existem cotidiana e anonimamente para a morte. A apropriação do impróprio já não é Possível, porque o impróprio apossou-se integralmente do próprio, e os homens vivem em cada instante, faticamente, para a sua morte. Isso significa que, em Auschwitz, não se pode distinguir entre a morte e o simples desaparecimento, entre o morrer e ‘o ser liquidado’. ‘Quando se é livre – exreveu Amery, pensando em Heidegger – é Possível pensar na morte sem forçosamente pensar no morrer. No campo, isso é impossível. E não é por estar angustiado pelo morrer. No campo, isso é impossível. E não é porque – como parece sugerir Amery – pensando sobre os modos de morrer (...) tornasse supérfluo o pensamento sobre a morte como tal. Mas sim porque onde o pensamento da morte foi materialmente realizado, onde a morte ‘era trivial, burocrática e cotidiana’, tanto a morte como o morrer, tanto o morrer como os seus modos, tanto a morte como a fabricação de cadáveres se tornam indiscerníveis.”

primeiro momento são apresentados argumentos válidos e certos. No primeiro momento, é legitimada a atuação estatal, em que as pessoas são submetidas ao controle normativo como fundamento não apenas no discurso originalmente apresentado, mas na adesão de um público muito maior, que concorda com a estrutura de poder diante da justificativa ideológica.⁶²

O controle normativo acontece, mas não é evidenciado na estrutura de poder aparente. O “ser” não se confunde com o “ente”. O “ser” é o “ente” observado como se apresenta em um determinado momento. Por isso heidegger afirma que o “ser” é analisado sem uma preocupação com o objeto. É necessária investigação para se determinar ontologicamente a verdade, segundo análise do ente. O ser é observado como sentido, em um tempo. A questão do tempo se torna essencial para reconhecimento das limitações do ser.⁶³

A justificativa da realização da justiça por meio da dignidade da pessoa humana enfrenta o mesmo problema. O fato de se valorizar a dignidade da pessoa humana em um determinado momento não pressupõe que a dignidade da pessoa humana seja assumida como paradigma do direito. O “ser” no tempo é o agora, e o agora tende a “não-ser”. Da mesma forma, é possível justificativa para a não aplicação da lei, com fundamento na realização da dignidade da pessoa humana, sem que haja valorização da dignidade da pessoa humana. Aquilo que se observa em um momento específico tem uma validade que é observada segundo a pré-compreensão para um determinado momento. O “ser” verificado é o “ser sendo”, que está distante do “ente” que é a essência do objeto que se busca realizar e conhecer.⁶⁴

⁶² Michel FOUCAULT. *O Poder Psiquiátrico*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 232: “Em primeiro lugar, o medico deve mostrar ao doente que tem à sua volta certo numero de pessoas (...) que estão dispostas a escutá-lo e, por conseguinte, essa palavra do médico que, eventualmente, pode ser recusada pelo doente, à qual o doente pode não prestar atenção, essa palavra o doente não pode no entanto deixar de contatar que é efetivamente ouvida, e ouvida com respeito por certo número de pessoas. O efeito de poder da sua palavra será portanto multiplicado pela presença dos ouvintes: ‘A presença de um público numeroso e anuente dá mais autoridade à sua palavra.’”

⁶³ Martin HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 301: “O ser – e não o ente – só ‘se dá’ porque a verdade é. Ela só é à medida e enquanto a presença é. Ser e verdade ‘são’, de modo igualmente originário. Só se pode questionar concretamente o que significa dizer o ser ‘é’ e de onde ele deve se distinguir de todos os entes, caso se esclareça o sentido de ser e a envergadura da compreensão de ser. Só então pode-se discutir originariamente o que pertence ao conceito de uma ciência do ser como tal, de suas possibilidades e derivações. E na delimitação dessa investigação e de sua verdade é que se pode determinar ontologicamente a investigação como descoberta dos entes e de sua verdade.”

⁶⁴ Idem. Ibidem. p. 528: “(...) o tempo se desvela como o ‘dever intuicionado’. (...) a passagem do ser para o nada e, respectivamente, do nada para o ser. Dever é tanto surgir como parecer. O ser, respectivamente o não-ser, ‘passa’. O que isso significa com referência ao tempo? O ser do tempo é o agora; na medida, porém, em que todo agora é agora-não-mais ou sempre agora-antes-ainda-não, ele também pode ser apreendido como não-ser. Tempo é o dever ‘intuicionado’, ou seja, a passagem que não é pensada, mas que simplesmente se oferece na sequência do agora. Ao se determinar a essência do tempo como ‘dever intuicionado’, revela-se que: o tempo é compreendido, primariamente, a partir do agora e de tal maneira como é suscetível de ser deparado pela intuição pura.”

Nesse contexto, há um sistema político de exclusão, que indica como pressuposto da existência a dignidade da pessoa humana. A biopolítica determinada pela "vida nua" indica um momento peculiar, em que o ser humano é colocado como animal, momento em que deixa de ser sujeito de direito. O afastamento do sujeito de direito elide a expectativa de justiça. A exclusão do indivíduo ocorre no mesmo momento em que o Estado define a dignidade da pessoa humana como princípio estruturante e fundamento para realização da justiça.⁶⁵

Em relação a um "animal" não é possível⁶⁶ qualquer menção acerca da perspectiva de justiça ou injustiça, em razão dos elementos determinantes da nossa cultura antropocêntrica. A justiça é algo imanente ao ser humano, que encontra no próprio indivíduo o ponto de partida e de chegada. A justiça não se realiza no outro, mas em cada um segundo o próprio olhar individual.⁶⁷

Conforme comentado por Derrida, não há que se falar de justiça, quando o objeto da constatação é um animal. Da mesma forma, Agamben registra a possibilidade de qualificação humana como animal. Auschwitz registra a nítida separação da dignidade do homem, a partir da exposição dele à "vida nua".⁶⁸

E a questão que se coloca tem uma conclusão simples: se no passado, segundo Aristóteles, o homem era um animal capaz de existência política, hoje o homem é um animal, em que por meio da política, a sua vida é colocada em dúvida. Se o homem antigo encontrava na humanidade a condição para participação política e realização da sua virtude, hoje a sua

⁶⁵ Jacques DERRIDA. *Força de Lei: O "Fundamento místico da autoridade"*. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 34: "(...) O que se chama confusamente de animal, portanto o ser vivo como tal e sem mais, não é um sujeito da lei e do direito."

⁶⁶ O posicionamento acima transcrito indica um posicionamento que não pode ser confundido com a posição de Derrida, vide Miroslav MILOVIC. *Política do Messianismo: Algumas Reflexões sobre Agamben e Derrida*. Texto disponibilizado pelo Autor. 2009. p. 26: "Desconstruir a identidade, devir outro, devir animal é o contexto que inclui nossa compaixão fundamenta. Pensar, falar Derrida, começa talvez diante do animal. É o 'sim' dessa abertura para o outro. (...)"

⁶⁷ Idem. Ibidem. p. 35: "Se quisermos falar de injustiça, de violência ou de desrespeito com relação ao que chamamos, ainda tão confusamente, de animal – a questão, é mais atual do que nunca (...) é preciso reconsiderar a totalidade da axiomática metafísica-antropocêntrica que domina, no Ocidente, o pensamento do justo e do injusto."

⁶⁸ Giorgio AGAMBEN. *O Que Resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*. Tradução: Selvino J. Assman. São Paulo: Boitempo, 2008. (Estado de Sítio). p. 56: "2.4. O paradigma da 'situação extrema' ou da 'situação-limite' foi frequentemente invocado no nosso tempo tanto pelos filósofos quanto pelos teólogos. Desempenha função semelhante àquela que, segundo alguns juristas, corresponde ao estado de exceção. Assim como o estado de exceção permite fundar e definir a validade do ordenamento jurídico normal, também é possível, à luz da situação extrema – que no fundo é uma espécie de exceção – julgar e decidir sobre a situação normal. (...) 'A exceção explica o geral e a si mesma. Quando se quer estudar corretamente o geral, importa ocupar-se de uma exceção real'. (...) o campo, como situação extrema por excelência, permite que se decida sobre o que é humano e o que não é, permite que se separe o muçulmano do homem."

condição de homem é colocada em dúvida.⁶⁹

3.3 A DECIDIBILIDADE

O fundamento da soberania,⁷⁰ associado à ideia de estado de exceção, qualifica o soberano como lei viva. Isso porque a justiça tida como legitimação qualifica o soberano como lei viva. Não se pode olvidar que há relação de soberania estabelecida como pressuposto da constituição de um poder legítimo. É justamente a legitimidade inicial que o qualifica como lei viva, em caráter superior ao aspecto formal da legislação existente.⁷¹

A identificação do soberano não indica apenas um poder latente do estado de exceção, mas determina os fundamentos do Direito. Neste contexto, a própria relação de poder estabelece a orientação de um sistema em que o soberano se sobrepõe à lei, por meio da decisão.⁷²

O estado de exceção é justificado pela necessidade interna, observada no próprio ordenamento jurídico, como algo superior ao regime posto. Dessa forma, o fundamento de estado de exceção é a justificativa de um ato, que não se ampara na lei, um ato que se justifica na aptidão e característica do soberano. Não há valoração da conduta do soberano como lícita ou ilícita, que perde espaço, em face da necessidade observada de preservação da estrutura estatal.⁷³

O estado de exceção é determinado por circunstância excepcional, em que há a

⁶⁹ Michel FOUCAULT. História da sexualidade. 1v. Vontade de Saber. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 19 ed. São Paulo: Graal, 2009. p. 156: “(...) O homem, durante milênios, permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão.”

⁷⁰ Miroslav MILOVIC. Política do Messianismo: Algumas Reflexões sobre Agamben e Derrida. Texto disponibilizado pelo Autor. 2009. p. 9: “(...) dentro dessa nova visão da soberania é exatamente essa competência do poder de decidir sobre a vida ou a morte.”

⁷¹ Giorgio AGAMBEN. Estado de Exceção. Tradução: Iraci D. Poleti. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004 (Estado de sítio). p. 106: “(...) Essa natureza intimamente anônima da nova figura do poder supremo aparece de modo claro na teoria do soberano como 'lei viva' (...), que é elaborada no meio neopitagórico durante os mesmos anos em que se afirma o principado. (...) A habitual miopia filológica impediu o editor moderno do tratado de perceber a evidente conexão lógica entre essa fórmula e o caráter anômico do soberano, embora tal conexão estivesse claramente afirmada no texto. A passagem em questão – em parte corrompida, mas perfeitamente coerente – articula-se em três pontos: 1) 'O rei é o mais justo (dikaiotatos) e o mais justo é o mais legal (nominotatos)'. 2) 'Sem justiça, ninguém pode ser rei, mas a justiça é sem lei (aneu nomou dikaiosyne: a inserção da negação antes de kikaiosyne, sugerida por Delatte, filologicamente não procede)', 3) 'O justo é legítimo e o soberano, que se tornou causa do justo, é uma lei viva' (...).”

⁷² Idem. Ibidem. p. 108: “(...) isso se expressa na distinção entre o soberano (...), que é a lei, e o magistrado (...), que se limita a respeitá-la. A identificação entre lei e soberano tem por consequência a cisão da lei em uma lei 'viva' (...), hierarquicamente superior, e uma lei escrita (...), e ela subordinada.”

⁷³ Idem. Ibidem. p. 40-41: “(...) Mais do que tornar lícito o ilícito, a necessidade age aqui como justificativa para uma transgressão em um caso específico por meio de uma exceção.”

necessidade de decidibilidade fora dos parâmetros legais, momento em que são concedidos poderes excepcionais ao aplicador da lei, tendo em vista as “razões de estado”. O Estado de Exceção é resultado da necessidade de atuação estatal excepcional, diante da eleita pelo soberano e considerada excepcional.⁷⁴

A questão que deve ser observada diz respeito à dignidade da pessoa humana inserida em uma função do poder judiciário. O que se pretende demonstrar e se afirma com o presente trabalho é que a realização da dignidade da pessoa humana deve ser verificada na própria atuação estatal e não como justificativa para não aplicação da lei. De fato, o Poder Judiciário assume uma função fora dos parâmetros definidos na Constituição e na lei e se torna um poder livre de qualquer controle.

Deve ser analisado o espaço político para atuação do soberano. O campo não é apenas um espaço físico, mas uma condição de existência política, que oferece as bases necessárias para o Estado de Exceção.

3.4 O CAMPO

O que justifica os fundamentos políticos de realização e existência do Direito é a exceção, mas isso ocorre dentro de um espaço político específico. Este espaço político se denomina campo, ou seja, com a exceção o campo se torna fundamento de compreensão da própria organização política. O campo é o espaço determinante da realização e realidade política.⁷⁵

O campo é justificado pela necessidade da exceção, em razão de fatores indicados como necessários para melhor preservação do sistema. Por meio do campo, em meio aos fatores determinantes da realização social, são adotadas medidas preventivas, em que a retirada da dignidade do indivíduo, torna-se uma possibilidade adequada e justificada

⁷⁴ Giorgio AGAMBEN. Estado de Exceção. Tradução: Iraci D. Poleti. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004 (Estado de sítio). p. 48: “(...) Segundo alguns autores, no estado de necessidade 'o juiz elabora um direito positivo de crise, assim como, em tempos normais, preenche as lacunas do direito' (...). Desse modo, o problema do estado de exceção é relacionado a um problema particularmente interessante na teoria jurídica, o das lacunas no direito. Pelo menos a partir do art. 4 do Código Napoleão ('O juiz que se recusar a julgar, sob pretexto de silêncio, sentido ou insuficiência da lei, poderá ser perseguido como culpado de denegação de justiça'), na maior parte dos sistemas jurídicos modernos o juiz tem obrigação de pronunciar um julgamento, mesmo diante de uma lacuna na lei. Em analogia ao princípio de que a lei pode ter lacunas, mas o direito não as admite, o estado de necessidade é então interpretado como uma lacuna no direito público, a qual o poder executivo é obrigado a remediar. Um princípio que diz respeito ao poder judiciário estende-se, assim, ao poder executivo.”

⁷⁵ Idem. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 173: “(...) Isto nos levará a olhar o campo não como um fato histórico e uma anomalia pertencente ao passado (...), mas, de algum modo, como a matriz oculta, o *nómos* do espaço político em que ainda vivemos.”

socialmente.⁷⁶

A questão que permanece é que retirar a dignidade do indivíduo é uma alternativa possível do estado de exceção, que se dá dentro do ordenamento jurídico, dentro do Direito. Em primeiro lugar, trata-se de violência ilegítima. Em segundo lugar, não há violência fora do direito, o estado de exceção está inserido no próprio Direito. Esta observação é direta e aplicável nos pressupostos de validade do ato do Estado.⁷⁷

O campo enquanto exteriorização possível do Estado de Exceção, aparentemente, localiza-se fora do ordenamento jurídico, afinal, em regra não haveria como justificar a exclusão da humanidade do indivíduo, se na teoria o Direito existe para preservar a pessoa humana. Na observação prática, há o campo, o estado de exceção e a exclusão. O fundamento do campo não surge como elemento fora da estrutura política. O campo é justificado pelo próprio ordenamento jurídico.⁷⁸

O resultado do campo é justamente a implantação de um estado de exceção, com a suspensão e a exclusão dos direitos (direitos fundamentais), mas mais que suspensão de direitos, o campo afasta os direitos fundamentais estabelecidos como fundamento interno de proteção humana. O campo é o instrumento pelo qual a própria dignidade da pessoa humana é afastada, por uma necessidade justificada tecnicamente. E fica a questão: sem dignidade, qual a função do Estado? Preservar as bases existentes, enquanto razão de ser, e afastar a realização da justiça, como consequência inevitável das bases existentes.⁷⁹

Com o campo, há a ruptura nos direitos fundamentais, com nítida desconsideração da humanidade. Observa-se de forma evidente a “vida nua”, como restrição da condição humana

⁷⁶ Giorgio AGAMBEN. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 174: “(...) É sabido que a base jurídica do internamente não era o direito comum, mas (...) um estatuto jurídico de derivação prussiana que os juristas nazistas classificam às vezes como uma medida policial preventiva, na medida em que permitia ‘tomar sob custódia’ certos indivíduos independentemente de qualquer conduta penalmente relevante, unicamente com o fim de evitar um perigo para a segurança do Estado. (...)”

⁷⁷ Idem. *Estado de Exceção*. Tradução: Iraci D. Poleti. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004 (Estado de sítio). p. 86: “(...) Segundo Schmitt, não seria possível existir uma violência pura, isto é, absolutamente fora do direito, porque, no estado de exceção, ela está incluída no direito por sua própria exclusão. O estado de exceção é, pois, o dispositivo por meio do qual Schmitt responde à afirmação bejaminiana de uma ação humana inteiramente anônima.”

⁷⁸ Idem. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 176: “(...) o estatuto paradoxal do campo enquanto espaço de exceção: ele é um pedaço de território que é colocado fora do ordenamento jurídico normal, mas não é, por causa disso, simplesmente um espaço externo. (...)”

⁷⁹ Idem. *Ibidem*. p. 174: “O fundamento jurídico (...) era a proclamação do estado de sítio ou do estado de exceção, com a correspondente suspensão dos artigos da constituição alemã que garantiam as liberdades pessoais. (...) Com este fim pode provisoriamente suspender (...) os direitos fundamentais (...)”

ao aspecto biológico do homem. O homem que deixa de ser humano e é analisado como animal, desprovido de qualquer relevância política.⁸⁰

3.5 O CONTROLE NORMATIVO E A DIGNIDADE

De fato há uma ruptura na ideia de dignidade, que aduz a uma questão: até que ponto o homem é humano? O homem é humano enquanto não lhe é retirada a dignidade.⁸¹ A ideia de dignidade não tem qualquer fundamento de justificação na justiça, uma vez que a “vida nua” estabelece a própria perda da dignidade. Em suma, a dignidade não é justificada pela justiça, mas a justiça é justificada pela dignidade.⁸²

O controle normativo indica a real extensão da dignidade da pessoa humana, na medida em que a vergonha e a decência são separadas de forma evidente entre o humano e o não humano, o homem que não é humano em razão da condição de vida imposta a ele. A distinção entre dignidade e qualificação, justifica a própria ruptura de preocupação estatal entre o homem animal, que apenas precisa ser mantido vivo, e o indivíduo inserido na sociedade com participação política.⁸³

Portanto, lamentavelmente, a dignidade não tem relação com a humanidade. A dignidade é definida pelo posicionamento social. Trata-se de termo com origem na idade média voltado para indicação de proteção de posição de Estado determinada. A questão da dignidade não envolve a humanidade, mas uma qualificação individual diante dos limites do

⁸⁰ Giorgio AGAMBEN. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 178: “(...) os habitantes foram despojados de todo estatuto político e reduzidos integralmente à vida nua, o campo é também o mais absoluto espaço biopolítico que jamais tenha sido realizado, no qual o poder não tem diante de si senão a pura vida sem qualquer mediação. Por isso o campo é o próprio paradigma do espaço político no ponto em que a política torna-se biopolítica e o homo sacer se confunde virtualmente com o cidadão. (...) mais honesto e sobretudo mais útil seria indagar atentamente quais procedimentos jurídicos e quais dispositivos políticos permitiram que seres humanos fossem tão integralmente privados de seus direitos e de suas prerrogativas, até o ponto em que cometer contra eles qualquer ato não mais se apresentasse como delito. (...)”

⁸¹ Miroslav MILOVIC. *Política do Messianismo: Algumas Reflexões sobre Agamben e Derrida*. Texto disponibilizado pelo Autor. 2009. p. 25: “(...) Nós somos reduzidos a vida nua, à vida dos animais. A diferença entre o animal e o humano, fala Agamben, se cancela.”

⁸² Giorgio AGAMBEN. *O Que Resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*. Tradução: Selvino J. Assman. São Paulo: Boitempo, 2008. (Estado de Sítio). p. 124-125: “Percebe-se assim a insuficiência das duas teses contrapostas, que dividem a opinião acerca de Auschwitz: a do discurso humanista, que afirma: 'todos os homens são humanos', e a anti-humanista, que pretende que 'só alguns homens são humanos'. O que o testemunho declara é algo totalmente diferente, e que se poderia formular com a seguinte tese: 'Os homens são homens enquanto não são humanos'; ou, mais precisamente: 'Os homens são homens enquanto dão testemunhos do não-homem.'”

⁸³ Idem. *Ibidem*. p. 67: “(...) Esse é precisamente a aporia ética específica de Auschwitz: é o lugar onde não é decente continuar sendo decente, onde os que ainda acreditam que conservam a dignidade e respeito de si sentem vergonha dos que de imediato a haviam perdido.”

próprio estado de exceção.⁸⁴

A “vida nua” representada no campo marca a inexistência da dignidade. A lei se justifica por si própria, e a legitimação decorreu dos respectivos fundamentos normativos. O fato é que a justiça não está no Direito. A sim como o Direito não tem relação com a justiça ou com a verdade. A influência transformadora da justiça justifica a dignidade, do ponto de vista teórico. A dignidade é justificada pela justiça, mas na vida prática os fundamentos determinantes da estrutura jurídica resultam da própria conveniência de poder soberano.⁸⁵

CONCLUSÃO

A partir do presente trabalho, são observadas as conclusões abaixo.

a) A justiça é comunicação, que se realiza na transformação do injusto, ora privilegiando parâmetro absoluto, ora relativo. Em outras palavras, o que se observa não é a justiça, mas a injustiça. A justiça significa transformação da injustiça.

b) Os parâmetros que determinam a justiça têm como pressuposto caráter de “relatividade”, atinente à proporção, ao caráter absoluto e à dignidade da pessoa humana.

c) A dignidade da pessoa humana é observada como critério absoluto de justiça, tendo em vista expectativa de justiça social.

d) A dignidade da pessoa humana é critério que alguns autores indicam como fundamento de uma ética universal e também princípio estruturante do Direito.

⁸⁴ Giorgio AGAMBEN. *O Que Resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*. Tradução: Selvino J. Assman. São Paulo: Boitempo, 2008. (Estado de Sítio). p. 73: “2.15. Tendo chegado a esse ponto, não nos surpreende que também o conceito de dignidade tenha origem jurídica, que desta vez, no entanto, nos remete à esfera do direito público. Aliás, já a partir da idade republicana, o termo latino *dignitas* indica a classe e a autoridade que competem aos cargos públicos e, por extensão, aos próprios cargos. Fala-se assim de uma *dignitas equestris*, regia, imperatoria. Nessa perspectiva, é muito ilustrativa a leitura do livro XII do *Codes Iustinianus*, que tem por título *De dignitatibus*. Ele preocupa-se com que a ordem das diferentes 'dignidades' (não só das tradicionais, dos senadores e dos cônsules, mas também do prefeito do pretório, do preposto do sagrado cubículo, dos guardiões das arcas públicas, dos decanos, dos epideméticos, dos metates e dos outros graus da burocracia bizantina) seja respeitada nos mínimos detalhes e com que o acesso aos cargos (a porta *dignitatis*) seja proibido para aqueles cuja vida não corresponda à classe alcançada (quando, por exemplo, foram objeto de uma nota de censura ou de infâmia). Porém, a construção de uma verdadeira teoria da dignidade deve-se aos juristas e aos canonistas medievais. (...) A dignidade emancipa-se do seu portador e converte-se em pessoa fictícia, uma espécie de corpo místico que se põe junto do corpo real do magistrado ou do imperador; da mesma forma como Cristo a pessoa divina duplica seu corpo humano. Tal emancipação culmina no princípio, reiterado inúmeras vezes pelos juristas medievais, segundo o qual 'a dignidade nunca morre' (...)”

⁸⁵ Idem. Ibidem. p. 76: “Também por isso, Auschwitz marca o fim e a ruína de qualquer ética da dignidade e da adequação a uma norma. A vida nua, a que o homem foi reduzido, não exige nem se adapta a nada: ela própria é a única norma, é absolutamente imanente. E o sentimento último de pertencimento à espécie não pode ser, em nenhum caso, uma dignidade.”

e) A relevância teórica da justiça está restrita à hipótese em que se verifica dignidade, ou seja, a dignidade não é observada a partir da justiça, mas a justiça a partir da dignidade. Isso porque pode haver perda da dignidade, quando não há que se falar em justiça.

e) A verificação de justiça, conforme observado, pode ser elidida em razão da perda de humanidade, ou seja, nas relações sociais concretas algumas pessoas são expostas à “vida nua”, em que não há dignidade; como consequência, não há parâmetro de justiça, no que se refere a algumas pessoas.

f) Com a exposição à “vida nua”, há afastamento de toda expectativa de justiça, bem como rebaixamento da pessoa à condição de “coisa”, de modo que passa a estar destituída de toda e qualquer dignidade, razão pela qual para essas pessoas a “vida” e a “morte” deixam de ter relevância, até mesmo em parâmetro institucional.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AFONSO DA SILVA, José. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros. 2002.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

_____. *Estado de Exceção*. Tradução: Iraci D. Poleti. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004 (Estado de sítio).

_____. *O Que Resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*. Tradução: Selvino J. Assman. São Paulo: Boitempo, 2008. (Estado de Sítio).

BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERTEN, A. *Filosofia Política*. Tradução: Márcio Anatole de Souza Romeiro. São Paulo: Paulos. 2004.

BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assim de. *Curso de Filosofia do Direito*. 5 ed. São Paulo: Atlas. 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2 ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva. 2001.

DERRIDA, Jacques. *Força da Lei: O “fundamento místico da autoridade”*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2003.

FERRY, Luc. *Aprender a Viver: Filosofia para os Novos Tempos*. Tradução: Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: objetiva. 2007.

FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. História da sexualidade. 1v. Vontade de Saber. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 19 ed. São Paulo: Graal, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10 ed. rev. at. São Paulo: Malheiros. 2005.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy. 2004.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

KELSEN, Hans. O Problema da Justiça. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

LEITE, Flamarion Tavares. *Manual de Filosofia Geral e Jurídica: Das Origens a Kant*. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

MILOVIC, Miroslav. *Política do Messianismo: Algumas Reflexões sobre Agamben e Derrida*. Texto disponibilizado pelo Autor. 2009.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 21 ed. São Paulo: RT. 1993.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 21 ed. São Paulo: RT. 1993.

RANCIÈRE, Jacques. *El espectador emancipado*. Traducción: Ariel Dillon. Buenos Aires: Manantial, 2011.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.