

Paola Cantarini

TEORIA FUNDAMENTAL DO DIREITO

OS DIREITOS HUMANOS E
FUNDAMENTAIS NA INTERFACE COM A
FILOSOFIA E A ARTE

Paola Cantarini

TEORIA FUNDAMENTAL DO DIREITO

Os Direitos Humanos e
Fundamentais na Interface
com a Filosofia e a Arte



tirant
lo blanch

São Paulo
2020



Copyright© Tirant lo Blanch Brasil

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa e diagramação: Natália Carrascoza Vasco

Assistente Editorial: Izabela Eid

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Magistrado do Tribunal Europeu de Derechos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

C23 Cantarini, Paola
Teoria fundamental do direito [livro eletrônico] : os direitos humanos e fundamentais na interface com filosofia e a arte / Paola Cantarini. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2020.
1Kb; livro digital

ISBN: 978-65-5908-021-2

1. Teoria fundamental do direito. 2. Filosofia do Direito.
I. Título.

CDU: 340.12

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empòrio do Direito Editorial Ltda.



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Avenida Brigadeiro Luiz Antonio nº 2909, sala 44.

Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP CEP: 01401-000

Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com

www.tirant.com/br - www.editorial.tirant.com/br/

Paola Cantarini

TEORIA FUNDAMENTAL DO DIREITO

Os Direitos Humanos e
Fundamentais na Interface
com a Filosofia e a Arte



tirant
lo blanch

São Paulo
2020

SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	5
APRESENTAÇÃO	8
RESUMO	12
INTRODUÇÃO.....	14
1. RELAÇÃO ENTRE DIREITO, FILOSOFIA, RELIGIÃO, ARTE E MITOPOÉTICA NAS TRAGÉDIAS GREGAS	36
2. BIOPODER-BIOPOLÍTICA, TANATOPOLÍTICA E ESTADO DE EXCEÇÃO	59
3. PARADOXO DOS DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS E CRISE AUTOIMUNITÁRIA DO DIREITO.....	70
4. ANTÍGONA COMO EXEMPLO DE HOMO SACER E O DECRETO DE CREONTE COMO EXEMPLO DE “ESTADO DE EXCEÇÃO”	101
CONCLUSÃO: KRISIS - DIREITO COMO ALIENAÇÃO TÉCNICA OU O QUE A ARTE E A RELIGIÃO PODEM ENSINAR AO DIREITO.....	117
REFERÊNCIAS	137

PREFÁCIO

É com grande satisfação que atendo ao honroso convite de prefaciar “TEORIA FUNDAMENTAL DO DIREITO - OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NA INTERFACE COM A FILOSOFIA E A ARTE”, de Paola Cantarini, obra que de algum modo dá seguimento ao projeto que iniciamos com a “TEORIA POÉTICA DO DIREITO” e que ela aprofundou em sua tese de doutoramento em direito defendida na PUC-SP, publicada com o título “TEORIA ERÓTICA DO DIREITO”. Aqui é o resultado de um estágio pós-doutoral que realizou junto a colegas da FD-USP, com a supervisão de Ari Marcelo Solon, a quem conheci quando cursávamos ambos o mestrado, ele nesta instituição onde hoje é professor destacado e eu naquela onde também hoje atuo, a PUC-SP, encontro propiciado por atividade promovida por nosso professor comum aos três, Tercio Sampaio Ferraz Jr., orientador da A. na referida tese, sendo que seu mestrado, na mesma Universidade, coube a mim a orientação.

Particularmente estimulante foi para mim encontrar no estudo que o leitor ora tem em mãos a conexão epistemológica, por assim dizer, com a proposta que apresentei em ensaio publicado em 1989 no *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, ao tempo de meu doutoramento em direito na Alemanha, onde propus a denominação de teoria inclusiva a uma concepção que não é tanto a do depois consagrado positivismo inclusivo, de caráter mais deontológico, pois a mim interessava mais destacar o aspecto epistemológico mesmo, da importância de se evitar perspectivas reducionistas caso pretendêssemos alçar os estudos do direito a patamares reconhecíveis de cientificidade, o que implica a superação de toda forma de positivismo. A autora então com perspicácia anota a correlação da teoria inclusiva postulada com o que denominamos “pós-positivismo”, em sentido um tanto diverso daquele do *Nachpositivismus* de Friedrich Müller e mais próximo da teoria *postmoderne* de Karl-Heinz Ladeur, pois ao pós-positivismo o entendi como superação dialética

dos antagonismos e dicotomias de positivismos e jusnaturalismos para se alcançar uma teoria à altura das superações que também se fazem necessárias ao desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito.

Do que faz falta, então, concluindo com a nossa A., é de promover uma (re)aproximação da teoria a um modo antes poético, do que científico e mesmo filosófico (ou religioso), de desenvolver a reflexão e sua exposição. Este movimento requer uma transformação do modo com tradicionalmente se concebe o trabalho científico e também aquele filosófico. Com isso não se pretende invalidar os esforços que em geral fazem os estudiosos de filosofia, quando se dedicam à exegese do que escreveram os filósofos, normalmente aqueles do passado e, em raros casos, alguns poucos contemporâneos, que ousaram, ou ainda ousam, elaborar um pensamento (mais) próprio. “Próprio”, aqui, entenda-se no duplo sentido da palavra, em que este pensamento tanto aparece como original, originário do próprio sujeito, como apropriado ao que se pode considerar assunto da filosofia. Por outro lado, ocorre que, no modo de ver aqui proposto, realizar um trabalho teórico que mais se aproxima de parâmetros científicos, sejam das ciências humanas, sejam de ciências naturais ou formais, como se dá, comumente, no âmbito da filosofia de corte analítico, entendemos que significa desviar-se do que mais direta e imediatamente interessa tratar em filosofia, desviando-se para um caminho técnico, no qual se exaure o modo mais originário de questionamento filosófico, que é metafísico ou, como preferimos, “archôntico”, enquanto imanente, e escatológico, quando aberto ao transcendente, à discussão do sentido da existência e de si, ou seja da vida e da morte, bem como dos demais e do próprio mundo, tal como normalmente é feito pelo simbolismo “mitopoético” de religiões e artes em geral.

De certa maneira, estar-se-ia assim retomando uma perspectiva suscitada ainda na passagem do séc. XIX para o seguinte pelo filósofo cearense Raymundo de Farias Brito – para muitos, se não o único, o primeiro filósofo autenticamente brasileiro –, que entendia deveriam filosofia, ciência e poesia fundirem-se em uma só, enquanto princípio ativo (e regenerador) do pensamento, dirigindo-o,

respectivamente, para o bem, o verdadeiro e o belo (cf. *Finalidade do Mundo*, vol. I - “*A Filosofia como Atividade Permanente do Espírito Humano*”, publicado originalmente na Cidade de Fortaleza, em 1895 -, 2ª. ed., Instituto Nacional do Livro, Rio de Janeiro, 1957, p. 128).

Então, a presente proposta é no sentido de pensarmos a nós mesmos nessa nossa correlação com o elemento teojurígeno e ao direito, novamente, dessa maneira em que ele se associa a componentes essencialmente humanos, que são aqueles de ordem poética, ficcional, mítico, religioso, todos eles presentes na encenação teatral. Como afirmava Augusto Boal, somos teatro. Vivemos encenando e o que se passa na consciência, como também no inconsciente, nos sonhos, é também encenação, representação. Daí que interessa particularmente ampliar a compreensão do direito indexando-o à literatura, ao teatro, à filosofia, mitologias e religiões, abrangente de todas essas dimensões, a partir de leituras de obras como a de Kafka, tal como tenho privilegiado, desde minha primeira palestra pública, justamente em evento alusivo ao centenário do autor, intitulada “O jurídico em Kafka”, como também em tragédias como é a predileção de Paola, com destaque para a paradigmática “Antígona”.

Fortaleza, 15 de julho de 2020.

Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO); Professor Permanente no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP); Ex-Professor Titular de Filosofia da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha; Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Doutor em Comunicação e Semiótica (PUCSP); Doutor em Psicologia Social e Política (PUCSP).

APRESENTAÇÃO

O livro “TEORIA FUNDAMENTAL DO DIREITO - OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NA INTERFAÇA COM A FILOSOFIA E A ARTE” de Paola Cantarini, fruto de seu pós-doutorado realizado na Universidade de São Paulo, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, do qual participei como supervisor da mesma, traz importantes contribuições para se pensar as possíveis alternativas a problemática do paradoxo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, ou seja, sua inefetividade na prática, apesar de cada vez mais proliferarem declarações e tratados internacionais, bem como leis esparsas, prevendo tais direitos. A obra representa uma importante contribuição para uma melhora da forma adequada de interpretá-los, na busca de uma maior efetividade do Direito. Por meio de uma análise interdisciplinar e sobretudo crítica a autora pretendeu (re)pensar a relação entre a Filosofia contemporânea, o Direito, a Religião e a mitopoética e as Artes, trazendo a importante postulação de uma Teoria Fundamental do Direito calcada nos Direitos Humanos e Fundamentais, como também na poética, na mitologia e nos estudos tanto da filosofia como das religiões, por meio de uma visão atualizada, crítica e inovadora, tendo como objeto uma investigação genealógica sobre a relação intrínseca entre tais disciplinas.

A postulação de uma Teoria fundamental do Direito fundamenta-se na necessidade de uma abordagem científica para o estudo do Direito, trazendo o maior número de concepções de estudo, aproximando-se da postulação de Willis S. Guerra Filho de uma teoria inclusiva do Direito, aproximando-se do pós-positivismo, mas trazendo a concepção de uma teoria crítica, sobretudo, por não ignorar as ideologias presentes em cada uma das concepções ou cor-

rentes jurídicas existentes, por ser aquela postulação mais adequada à concretização e centralidade dos direitos fundamentais e humanos, e portanto, para a realização do Estado Democrático de Direito.

Importa ainda ressaltar a inovação quanto à metodologia e hermenêutica trazida pela autora, pautando-se pelo desenvolvimento de uma hermenêutica poética, trazendo aspectos inauditos no âmbito da pesquisa em Direito, com caráter renovador por pautar-se radicalmente pela interdisciplinaridade, e por ressaltar a importância prática, além da teórica, no desenvolvimento de suas premissas e objetivos, pois visa, sobretudo, a contribuir para uma maior eficácia do Direito, dos direitos humanos e fundamentais. Tal metodologia de hermenêutica poética associa-se necessariamente à conjugação do Direito com a Filosofia mediada pelas Artes, no caso específico, pelas tragédias gregas, como uma forma de compreensão do Direito, para além da crença de uma metodologia técnico-científica, que mantém esses campos estanques. Tal metodologia e hermenêutica são associadas pela autora à metodologia hermenêutica fenomenológica, tal como proposta por Heidegger, a partir de Edmund Husserl e realizada, dentre outros, ainda que com características próprias, por Edith Stein, e posteriormente desenvolvida por Gadamer, fugindo do tradicional normativismo no campo do Direito, por amparado na realidade humana, sempre instanciada por uma referência ao transcendente, visando responder a questões fundamentais, quais sejam: o que é o homem? Como ele é? Refletindo assim sobre o que poderia ser sua essência e contribuindo com propostas para alcançar uma maior compreensão do Direito. Na medida em que a proposta de hermenêutica poética possui como característica essencial a sua radicalidade, a ser alcançada através da metodologia inclusiva do Direito, que se pauta pela interdisciplinaridade, e em especial pela conjugação do Direito com as Artes, bem como com a Filosofia, aproxima-se de minha proposta de “hermenêutica radical”, entendida pela autora como uma subversão dos sentidos, já que a própria investigação etimológica revelaria, em suas raízes, a conexão da

hermenêutica com o subversivo, com o insurgente, comprometida com o revolucionário, a favor do movimento, da dúvida, do questionamento, de um Direito ligado à experiência e à vida, sem cair em dogmatismos, tendo, sobretudo, uma visão filosófica, por ser também naturalmente poética, tópica e propícia ao estudo do Direito. Como assinalei em meu livro “Hermenêutica radical” (1.^a ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 03), “(...) na filosofia o caminho para a ciência só segue pela arte, como o poeta, ao contrário, somente pela ciência pode vir a ser artista”; e, no mesmo sentido: “quanto mais a poesia torna-se ciência, tanto mais torna-se ela também arte. Se a poesia deve torna-se arte, deve o artista ter de seus meios e de seus fins, de suas barreiras e de seus objetos meticulosa compreensão e ciência; assim o poeta deve filosofar sobre sua arte”.

Portanto, trata-se de importante contribuição para a compreensão do Direito, como também da problemática e paradoxo dos direitos humanos e direitos fundamentais, bem como quanto à questão da crise autoimunitária do Direito, também abordada pela autora, objeto de seus estudos desde sede de Doutorado em Filosofia do Direito na Universidade de Salento, Lecce-Itália, sob orientação de Raffaele De Giorgi, trazendo através das artes e da Filosofia, consoante palavras de Gunther Teubner, uma crítica radical ao Direito, ao analisar a tragédia grega “Antígona”, questionando como a arte poderia ajudar o Direito, em sua humanização, ao trazer a transgressão, o novo e a criatividade.

Assim, em busca da justiça social, em vez de postular pela defesa da propriedade privada, como para Larenz, ainda que com Hegel, pois como bem afirmei no livro já citado “tudo culmina com Hegel, o filósofo da justiça como amor”, como um retorno ao romantismo de Jena, divulgado na Revista Athenäum, onde F. Schlegel lançaria primeiramente as bases da concepção estético-filosófica deste romantismo teórico, afirmando a união da poesia com a filosofia.

São Paulo, 13 de julho de 2020.

Ari Marcelo Solon

Livre-docente, doutor e mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP), instituição da qual é atualmente professor associado. Autor com livros e artigos publicados em filosofia do direito, teoria geral do direito, teoria do estado e semiótica dos antigos sistemas de direito. É membro da Ordem dos Advogados do Brasil, secção de São Paulo, da Associação dos Advogados de São Paulo, da Associação de Direito Judaico e do Instituto Brasileiro de Filosofia

RESUMO

Abordaremos neste trabalho a relação coconstitutiva e de simbiose entre o Direito, a Filosofia e a mitopoética (Religião-Arte), bem como a análise dos mitos (religiosidade) em sua interface com o Direito e com a Filosofia, a fim de respondermos em que medida tais componentes coexistem e como se relacionam, favorecendo assim uma compreensão renovada do Direito e do humano, de uma perspectiva humanista igualmente inovadora. Pretendemos contribuir para se repensar filosófica e criticamente o Direito, analisando a maneira em que ele se associa a estes elementos essencialmente humanos, que são os elementos de ordem poética, ficcional, mítica, religiosa, a favor de um saber prático e teórico que permita a transformação da realidade em que nos encontramos, em busca de vias de fuga ao que se configura como a atual crise autoimunitária do Direito.

Trata-se de uma pesquisa que se pauta pela interdisciplinaridade, e pelo desenvolvimento de uma hermenêutica poética, trazendo aspectos inovadores no âmbito da pesquisa em Direito. A partir do reconhecimento da existência de quatro pilares fundamentais: mitos e ritos (religião e magia), direito (e política), mitopoética (artes) e erótica, como domínios contíguos, pretendemos analisar as intrincadas relações de complementaridade e oposição que entre eles se estabelece, dando sustentação a todo projeto humano de construção da para-realidade que nos suplementa, com a perda da inserção naquele primeiro pilar, natural, com a Filosofia a iluminar a todos. Entendemos aqui que a Filosofia é composta por elementos em estado de tensão, enlaçando-se em círculos que formam uma só corrente.

Tratamos ainda de postular por uma religião ou religiosidade mito-poética, uma forma de repensar e recuperar a religião como

foi no passado, quando as primeiras formas de saber, os saberes primeiros, com caráter mágico ou mítico, ainda ofereciam um saber fundamental, sobre o bem viver, ligando-se, por exemplo, entre os antigos gregos, ao Deus Dioniso, deus da transgressão, da *parresia*, ou seja, da fala franca e da coragem da verdade; utilizaremos então do estudo das tragédias gregas, aproximando-nos assim da arte, da criação, da *poiesis*.

INTRODUÇÃO

As questões principais que abordaremos têm como foco a relação indissolúvel entre Religião, Direito, mitopoética (Arte) e Filosofia, a qual se revela já na própria linguagem, na esteira do que propõe Rossenstock-Huessy (“A origem da linguagem”), com seu caráter sacramental (Johann Georg Hamann), exigindo um determinado contexto para que surja, de modo devocional, reverente, ritualístico, mimético, por mítico-religioso.

O Direito também se revela e se manifesta através da linguagem, sem se reduzir a esta, pois, de certa forma, a precede, enquanto modo de prescrição da conduta, inclusive aquela de emitir sons de modo codificado, que possa ser decodificado; há em tal relação uma composição entre os aspectos jurídico, religioso e mitopoético, vistos de forma indissociável das práticas mágicas, já que repletos de mitos, ritos e atos performáticos. Dessa forma, na esteira de Willis Santiago Guerra Filho, postulamos por uma mitopoética, pois seria imprescindível um retorno ao estudo dos mitos, na linha de reivindicações como as de Hans Blumenberg que demanda o desenvolvimento de uma “metaforologia”, retomando o “trabalho do mito”, ante a constatação da natureza mítico-religiosa de todo fundamento.

O homem é um ser de linguagem, e se diferencia justamente dos demais animais políticos, na esteira de Aristóteles e sua célebre definição do homem como *zoon politikon*, justamente pelo *logos*, a capacidade de falar e argumentar racionalmente, reconhecendo então o justo e o útil, ou seja, possui uma capacidade de fazer julgamentos morais. O ser humano é antinatural, a linguagem é antinatural. A primeira forma da linguagem seria então na forma imperativa, como uma ordem, e a poética já seria um desvio do uso utilitário da linguagem primeira que assim surge, para Rossenstock-Huessy, com

o modo imperativo. A poética promove uma variação, é uma reação a tal modo imperativo da linguagem – o substituto do Pai, no corte da relação incestuosa com a mãe, pela hipótese lacaniana.

A religião é um conjunto de crenças, fundamentadas em dogmas, no que se revela a analogia com o Direito, que também é fundamentado por dogmas e, associada a ambos, há toda uma estrutura dogmática de conhecimento. Esta é a visão tradicional, dominante na ideologia da modernidade, concebendo-se o Direito como ciência, como razão, dando-se mais importância à forma do que ao conteúdo, e desligando-o de fundamentos superiores, como a justiça, por exemplo.

O Direito, contudo, não deixa de ser espiritual, uma forma de religião, assim como o capitalismo (Walter Benjamin), enquanto modalidades de imaginação do real produtoras de sentido. Abre-se, pois, todo um campo de possibilidades para a Filosofia do Direito, no intuito de resistência a certos axiomas do Direito, firmados como dogmas, denominada de “resistência fundamental” por Jacques Derrida, e neste sentido, busca-se especular racionalmente sobre tais dogmas, sobre a estrutura dogmática e hermenêutica ligada ao Direito, buscando-se assim, ao contrário, uma construção do Direito que não recaia em um fundamentalismo religioso.

Visamos, através do estudo das tragédias gregas, verificar a relação de simbiose existente entre Direito, Filosofia, Religião e Artes, relação presente de forma paradigmática nas tragédias gregas, bem como analisar tal contexto religioso e político, essencial na cultura da antiguidade clássica grega, quando a religião tinha um sentido predominante e assumidamente político, quando ainda não havia a deificação da razão, a utilização da razão como reta razão, sempre certa, sem desvios, concepção que se opõe ao dogma medieval, mas que traz, contudo, uma supervalorização do racional e do sujeito do conhecimento, passando a razão a ocupar o lugar do fundamento. Neste momento histórico rompe-se com a tradição que remontava

a Aristóteles, portanto, aos gregos, quando ainda se afirmava haver algo de irreduzível e inapreensível por qualquer *episteme* nos planos da ética, da política e do direito, de modo que seria impossível conhecer a estes apenas com fundamento em uma razão científica ou geométrica, como se postula a partir de Descartes, como verdadeira ambição da modernidade.

Com o estudo da antiguidade clássica, por meio da análise da tragédia “Antígona”, pretendemos aproximar novamente a relação direta que havia, para os gregos, entre pensar e viver, relação esquecida na modernidade.

São, pois, quatro pontos de contato e de visão: o direito do lado da religião, e nos outros dois quadrantes, a mitopoética (artes) e a erótica, havendo por vezes trocas entre estes, formando um quadrilátero, que se compõe na a figura do poliedro, com a filosofia no alto a iluminar a todos, considerando-se esta desde sua origem grega, com sua composição formada por diversos elementos em estado de tensão, que se atraem e repelem contínua e alternadamente, enlaçando-se em círculos que formam uma só corrente; destacam-se alguns destes elementos como também presentes no direito (*Doxa*), na magia e mística (*Mythein*), bem como a sapiência (*Sophos*), presente (ou buscada) em alguns tipos de religião, como são exemplo o Budismo, Taoísmo e Confucionismo. Destarte, a figura geométrica do poliedro é composta por polígonos com vários vértices, traçados com triângulos nesses vértices, dotados de propriedades hologramáticas, como hologramas ou fractais do “polígono dos polígonos”, sendo que cada um deles se relaciona com um dos nossos cinco sentidos, como extensões de nosso corpo; assim sendo, a teoria corresponde à visão; o gosto à criação (“juízo de gosto”); a audição à crença; o tato e a mão ao poder; e o olfato, considerado como o mais sensual dos sentidos, ao desejo e ao gozo¹. São elementos da filosofia em estado

1 De Willis Santiago Guerra Filho e sua concepção poliédrica dos saberes e fazeres, cf., v.g., “O poliedro do pensamento e das ocupações humanas fundamentais”, Revista Diálogo Jurídico, n. 19 (ago./dez.2015), Fortaleza: Faculdade Farias Brito, 2015.

de tensão, os quais serão revelados nas intrincadas relações que mantém: *Doxa, Mythos, Philia, Aporia, Tragödiæ, Zethoumenous, Logos, Empeirea*.

Neste sentido, na esteira de René Girard (“A Violência e o Sagrado”) e Michel Serres (“O Incandescente”), bem como, de uma outra perspectiva, Lévinas (“Do sagrado ao santo”), e também Jacques Derrida (“A Religião”; “Fé e Saber – As duas fontes da ‘religião’ nos limites da simples razão”) se torna fundamental distinguir o divino e o sagrado, a sacralidade e a santidade, a partir da análise do conceito de *homo sacer*, já que envolve o conceito de sacro, por ser uma pessoa separada do convívio social, para nos aprofundarmos na questão do que se anuncia como uma crise auto-imunitária do Direito (Roberto Esposito).

Tal crise é evidenciada nos casos que se repetem com cada vez mais frequência, como na figura do antigo direito penal romano revigorada por Giorgio Agamben, que é a do *homo sacer*, com seu correlato jurídico-político que é a do estado de exceção que se tornou a regra (Walter Benjamin) e pode ser vislumbrada em qualquer ordenamento jurídico das sociedades de cunho ocidental.

Pretendemos buscar alternativas a essa crise, na tentativa de evitar que o Direito destrua a quem deveria proteger, a saber, a nós, os seres humanos.

Há um fundamento po(i)ético em toda atividade humana, seja no campo artístico, seja, no científico, em ambos envolvendo o ato de nomear; seguindo-se os passos de Heidegger, o nomeado corresponderia ao sagrado, ao passo que as ciências e tecnologias, corresponderiam ao profano. Portanto, vislumbramos a necessidade da análise de ambos os aspectos, já que tanto o sagrado como o profano fazem parte da realidade em permanente circulação.

Trata-se, ainda, de vincular o Direito ao profano novamente, mas não no sentido dado às ciências e às tecnologias - isto porque o Direito atualmente é visto de forma separada, como algo especial,

imune às demais disciplinas e aos conhecimentos, como autossuficiente em sua razão científica purificadora-, vinculando-o, através da análise das tragédias gregas, novamente à magia (mitopoética), à arte (poética) e à religião, e à intuição estética própria dos filósofos pré-socráticos, confirmando o parentesco entre a filosofia e arte, religando o Direito ao elemento do sagrado, na forma de dogmas inquestionáveis. Tais vinculações tornariam o Direito mais humano, desligando-o dos dispositivos do micropoder (Foucault), e assim buscando novos usos e possibilidades, aproximando-o novamente do humano e afastando-o da técnica.

Outro ponto importante que abordaremos é a questão acerca da diferença entre santo e sacro. Giorgio Agambem resgata a figura do *homo sacer*, do direito penal romano, aquele que é posto dentro e fora da lei ao mesmo tempo, em uma situação de suspensão de toda proteção, como caso de exceção paradigmática, fundamento da política atual, quando o poder passa a ser exercido de forma biopolítica (Foucault) e posteriormente transformando-se em tanotopolítica, ou seja, é exercido sobre a vida nua (ao que vemos certa congruência com a “vida fática” do “Dasein” tal como estudado por Heidegger), de um ser humano que não é mais reconhecido como uma pessoa, com a dignidade que lhe é própria.

O termo “sacro” pode ser considerado como aquilo que é excluído, mantido de fora do que é comum, profano, havendo a relação do Direito com essa violência sacra (Walter Benjamin, “Crítica da violência”), relação que o acompanha desde sua origem, já que tal segregação pressupõe o emprego de violência, física ou simbólica, para que se verifique, bem como se mantenha. A imunidade é a resposta violenta da sociedade, ou melhor, a violência existe na forma de imunidade, inexistindo comunidade-sociedade que não alimente sua própria forma de autoimunidade (Roberto Esposito, “Immunitas”, “Bios”).

Ao contrário, os termos “santo” e “santidade”, na linha de de-

rivação etimológica de tais palavras, demonstram o oposto, por ser o que decorre da sanidade, de uma compreensão sã e salutar, salvadora. Segundo Derrida, por sua vez, o sagrado relaciona-se com o imune, o indene, o *sacer*, sendo sinônimo de são, santo, salvo (“A Religião”; “Fé e Saber – As duas fontes da ‘religião’ nos limites da simples razão”).

Em texto intitulado “O Sagrado Selvagem”, publicado em obra editada entre nós com o mesmo título, Roger Bastide postula que o homem só se constitui como homem através de sua relação com os deuses. As organizações sociais possuem como elemento o sagrado, uma presença não humana, vista no mais das vezes como divindade, sendo, pois, intrínseco ao humano e à religião, observando-se o ato religioso como uma construção ritualística com uma função significante para a vida humana pela consciência, ou seja, o sagrado constitui-se como um elemento na estrutura da consciência humana, de forma que nos níveis mais arcaicos de nossa cultura “viver como ser humano é em si um ato religioso, pois a alimentação, a vida sexual e o trabalho têm um valor sacramental. Em outras palavras, ser – ou, antes, tornar-se – um homem significa ser ‘religioso’”².

Da mesma forma, o sacrifício encontra-se desde as origens da sociedade e da religião, pois segundo a notória especulação de Freud, em “Totem e Tabu”, o banquete no qual os filhos comem a carne do pai morto seria uma festa de natureza sacrificial, tal como expõe René Girard, em “A Violência e o Sagrado”.

Direito, magia e religião dependem de uma sanção para confirmarem e terem eficácia seus dogmas, coibindo as ações contrárias por meio da sanção, que é sacrificial, portanto. Sanção etimologicamente revela uma consagração, ligando-se ao sagrado, à santificação, ao santo, como também ao sacrifício. Neste sentido, dispôs Jean-Marie Guyau (“Crítica da Ideia de Sanção”), entendendo que

2 Mircea Eliade. “História das crenças e das ideias religiosas, volume I: da idade da pedra aos mistérios de Elêusis”. Rio de Janeiro: Editora: Zahar; Edição: 1, 2010.

santidade é tida como divindade ideal, uma espécie de renúncia, de desprendimento supremo. A sanção seria apenas um expediente supremo para justificar racional e materialmente a lei formal de sacrifício, a lei moral. Acrescenta-se a sanção à lei para legitimá-la.

Há, ainda, nítida relação entre soberania e sacrifício, entre soberania e bestialidade (o soberano é a besta e a besta é o soberano, como propõe Derrida em seus seminários dedicados às duas figuras concomitantemente), entre a crueldade ou pulsão (*Trieb*) de morte e o soberano, portanto, fundamentalmente, entre o Direito e a Religião.

A partir do reconhecimento de que “Deus está morto” e com isso a religião, tal como se refere Roger Bastide ao mencionar o dito de Nietzsche, o qual corresponderia, por sua vez, ao dito associado a Michel Foucault sobre a morte do homem (e do humanismo), chega-se ao pronunciamento de Heidegger, em sua célebre carta a Jean Beaufret, no sentido do despropósito e da impertinência do humanismo. Nesse sentido entende-se o esvaziamento das Declarações de Direitos Humanos, que em grande parte não passam de retórica, deixando de proteger grande parte da população, como aqueles que não dispõem de um vínculo com a cidadania (H. Arendt).

Nossa civilização técnico-científica promove um descrédito generalizado de quase todas as religiões, com especial ressalva para aquelas carismáticas e fundamentalistas, sendo que a falta de religião gera uma falta de explicações básicas para as perguntas mais fundamentais, tornando-nos infelizes e desumanos; dessa forma, o ser humano desaprende a se relacionar consigo, com os outros, com o mundo, isolando-se cada vez mais e negando que a base de nossos conhecimentos mais primários se encontra em hábitos e crenças, tal como demonstra a tradição empirista e cética em Filosofia.

O ser humano, então, a fim de aplacar sua solidão, fugir do destino de ser “um ser para a morte” (Heidegger), e ante a sua expulsão da natureza, busca sempre reencontrar tal elo perdido, criando

outras ordens, “conaturais”, sejam sobrenaturais, transcendentais ou animistas, chegando assim a negar tanto o temor da morte, como a ela própria, acabando por fugir de seu próprio autoconhecimento, ao invés de encontrar um sentido sagrado na própria morte, já que a vida também depende da morte, pois só há vida porque há morte. Se queremos morrer bem, que é o que deveria nos importar acima de tudo, ao invés de nos preocuparmos, como atualmente ocorre de forma generalizada, em adiar o quanto possível a morte, o que nos leva a nos separarmos ainda mais da natureza, devemos, ao contrário, aprender a viver bem, sendo este o primeiro passo no sentido de uma recuperação de nossa conexão perdida com o que nos é mais íntimo.

Nesse sentido, novamente, a importância do retorno à Antiguidade clássica, por meio do estudo das tragédias, seja pelo relacionamento dos gregos com a totalidade, com a solidariedade, ao contrário do individualismo típico dos ocidentais, seja por haver toda uma filosofia ligada ao bem viver, fazendo parte da erótica grega.

Portanto, vislumbramos a proposta de postular por um resgate a uma fundamentação superior do Direito, que poderia se dar em termos sacramentais ou sacrificiais, no sentido de se fazer, tornar sagrado, ou seja, o que é separado, especial, precioso, vinculado à magia e à religião, considerando-se o termo “religião” também no sentido de re-colher, re-ligar, re-ler e re-articular diversos campos do saber; trata-se do reconhecimento do vazio deixado ao lado do Direito, ocupado atualmente por diversas ideologias³, justificando-se a si mesmo, racional e formalmente apenas, com o predomínio da forma e da força (violência).

Neste ponto, apresenta-se toda a crítica ao Direito com base na sustentação apenas formal e científica, afastando-se do mundo da vida, seguindo-se as críticas de E. Husserl, bem como a postulação

3 Willis Santiago Guerra Filho *et al.*, “Teoria Política do Direito”, 2a. edição, São Paulo: Editora RT, 2013, p. 229; 232.

de uma poética como forma verdadeira de conhecimento, tanto em Husserl como em Peirce.

Visamos, por derradeiro, à postulação por uma religião ou religiosidade mitopoética (arte), que se abre para a indagação, ao contrário das religiões, que em sua grande maioria acabam por se preocupar mais com as respostas, colocando-se em um patamar de verdade absoluta, sendo que em nossa sociedade verificamos que tais respostas são cada vez mais insatisfatórias. Almejada, portanto, é uma maneira de se repensar e recuperar a religião como era no passado da sociedade mundial, produzida na matriz ocidental, quando então as primeiras formas de saber, os saberes primevos, com caráter mágico ou mítico, ainda ofereciam um saber fundamental sobre o bem viver, atrelado ao modo de como concebemos também a morte, sem a atual obsessão de a todo custo evitá-la, evitando assim, também a vida, tal como seria humana e, logo, também, poeticamente vivida (Hölderlin).

Tratamos, pois, de verificar a possibilidade de uma mitopoesia a serviço das ideias filosóficas, da ética e de uma religião instituída poeticamente, ou ainda, por exemplo, na forma da teologia paulina revolucionária, de um método de dissolver a “lei antiga” (antigo testamento), por meio de uma política da verdade, fundamental ao Direito. Com tal resgate restabeleceríamos o sentimento e a sensibilidade pelo outro enquanto nos é constitutivo, como sentido de vida, com lastro na alteridade, na fraternidade, na solidariedade, na outricidade.

Pretendemos, destarte, verificar se a religiosidade pode ser considerada uma das dimensões fundamentais da vida humana, sendo parte da essência humana, e se tal vínculo transcendental entre o Direito e uma esfera transcendente, rompido com a modernidade, poderia ser novamente restabelecido em outras bases, a fim de substituir o atual vazio preenchido por diversas ideologias que se antagonizam e pela violência.

A utilização dessa modelagem, própria da modernidade, deixa escapar aquilo que genealogicamente nos acomete constitutivamente, como seres humanos, pois a rigor, as gêneses da sociabilidade, da consciência e da linguagem são simultâneas e esse complexo influi diretamente na estruturação das visões de mundo que erigimos enquanto, essencialmente, seres construtores de mundo, uma vez que são elas que não somente organizam nossas mentes, mas também influenciam nossos corpos. Tal questão nos remete para as profundezas do vazio existencial – nadificação – e aí está uma outra relação que se revela entre Filosofia, Direito e Religião, enquanto diversas formas de reagir a este abismo que nos habita, às quais se soma, contemporaneamente, a psicanálise.

A partir da constatação do discurso do Direito como uma neurose, voltado à crença que trabalha para construir fetiches, servindo à mentalidade opressora, de um saber “que faz a lei transbordar efeitos doentios de amor” - pois a lei adocece, neurotiza, psicotiza, produzindo patologias dos afetos, como demonstrou em suas obras, injustamente desconsideradas, Wilhelm Reich -, com reflexos em sua (auto)fundamentação única e exclusivamente na violência, algo que se mantém desde a sua origem até hoje, um dos nossos objetivos é contribuir para a busca de alternativas e questionamentos. Ainda, trata-se de verificar a viabilidade de uma das respostas possíveis à atual crise autoimunitária do Direito, quando ele ao invés de defender dá amparo a ataques a direito, dando margem à ineficácia dos direitos, tanto humanos como fundamentais. Esta resposta estaria no reconhecimento - conforme propõem autores como por exemplo Farhad Kosrokhavar - de um vínculo transcendental das instâncias sociais, como é aquela jurídica, e mesmo enquanto constitutivas dos sujeitos, tal como no passado da modernidade, e isso com a religião e/ou com a magia, com o que originam, a exemplo da mitopoética presente em manifestações as mais diversas.

Tratamos, por conseguinte, de verificar se seria possível a religação do Direito com um vínculo tradicional e transcendente,

também transcendental, uma fundamentação superior ao mesmo, a exemplo do que antigamente ocorria com os gregos em relação às artes, assim como, entre os gregos, romanos e hindus, havia a postulação da lei como parte da religião⁴. Encontrava-se, portanto, o Direito ligado de forma indissociável a uma esfera transcendente justificadora do mesmo⁵, havendo uma relação de simbiose entre direito, magia, religião e artes em Roma como antes houvera na Grécia, retomada no Renascimento, mas rompida com a passagem para a modernidade, formalista, portanto, com o Humanismo da modernidade, eivado de formalismo, ao separar radicalmente as diferentes esferas da práxis social, como a religião, a política, a moral e o direito.

Eis que, por meio da reaproximação do Direito com a Teologia e a Religião ou de qualquer outra forma de saber com a mesma estrutura, visamos a alcançar respostas às perguntas fundamentais relativas às inquietações maiores dos seres humanos a respeito de sua origem, de sua essência, assim como de sua realidade e acerca do seu futuro, permitindo-nos uma reflexão e compreensão mais aprofundada e crítica do próprio Direito, considerando a teologia como integrante da religião, e uma “re-ligação” do ser humano e suas múltiplas formas de conhecer a si e entre si, resultando numa ressignificação de termos usualmente tidos como verdade absoluta ou dogmas.

Do que se trata, então, é de analisar a relação entre Direito, Filosofia, mitopoética (arte) e Religião, em busca de uma compreensão fundamental, essencial, do ser humano, em sua correlação com o Direito, com o fim de atingir, uma compreensão igualmente fundamental, logo filosófica, e, portanto, universalista e crítica do Direito, como uma forma de pensar o Direito aberta e transgressional,

4 Denys Fustel de Coulanges (Numa Denis). “A Cidade Antiga”, São Paulo: Editora das Américas – Edameris, 1961, p. 150 e seg., texto e nota 3.

5 Walter Benjamin, “Por uma crítica da violência”, in *Escritos sobre mito e linguagem* (1915-1921). São Paulo, Duas Cidades / Editora 34, 2011; Jean-Luc Nancy, “L’impératif catégorique”. Paris: Flammarion, 1983.

imprescindível ao seu desenvolvimento, inovação e renovação, à sua autopoiese. O resgate de tal relação se fundamenta na necessidade de se praticar de forma intensa a interdisciplinaridade, exigindo-se, por conseguinte, um paradigma unificador ou uma perspectiva integradora em epistemologia.

Entendemos que tal proposta possui um caráter inovador por pautar-se radicalmente pela interdisciplinaridade, e por ressaltar a importância prática, além da teórica, no desenvolvimento de suas premissas e objetivos, pois visa, sobretudo, a contribuir para uma maior eficácia do Direito, dos direitos humanos e fundamentais. Pretendemos contribuir para um maior conhecimento individual do leitor e de sua relação com o outro, e, portanto, para a ampliação da autoconsciência, colaborando, dessa forma, para o desenvolvimento de sujeitos críticos, ativos, éticos e políticos, e para a própria cidadania e democracia.

Destarte, tais questões argumentativas são de vital importância para a análise crítica do Direito, privilegiando o efeito multiplicador do conhecimento jurídico. No intuito de repensar o próprio Direito por meio do exercício literário e filosófico de se abrir para o outro, e assim permitindo alcançar uma maior compreensão de nós mesmos, na esperança de uma vida em sociedade mais justa, mais pacífica e harmônica, com respeito aos direitos fundamentais e humanos, pretendemos alcançar uma alternativa à atual crise epistemológico-ecológica que se revela ser uma crise autoimunitária do Direito, em que os instrumentos de proteção se voltam contra quem deveriam proteger⁶, com o risco daí subjacente, em escala global, de extinção planetária.

Reconhecendo-se e tomando consciência de tal crise, talvez seja possível encontrar alguma via de fuga.

A crise autoimunitária liga-se, em particular, à mitologia psi-

6 Willis Santiago Guerra Filho, "Immunological Theory of Law". Saarbrücken: Lambert, 2014.

canalítica das pulsões, que são ligadas às ficções convencionais, em outras palavras, à autoridade autorizada por atos performativos, como a Declaração de Direitos do Homem, à cidadania, envolvendo novamente a questão do poder soberano do Estado sobre a vida e a morte do cidadão.

Ao postularmos por uma aproximação do Direito com as Artes e com a Filosofia, por meio da análise das tragédias gregas, bem como pela abordagem epistemológica e metodológica ante o desenvolvimento de uma hermenêutica poética, vislumbramos a necessidade de um saber prático e teórico que possibilite transformações sociais, na forma de busca de alternativas à crise autoimunitária do Direito e às condições de vida cada vez mais desumanas.

Buscamos, destarte, a interdisciplinaridade com a teologia ou a religião no sentido de “re-ligação” do ser humano e suas múltiplas formas de conhecer a si e entre si; com o estudo da literatura e especificamente das tragédias gregas como auxiliar no desenvolvimento de uma forma de pensar o Direito aberta e transgressional, imprescindível à inovação do Direito, à sua autopoiese, sendo a autopoiese essencial para que o Direito não morra, torne-se disfuncional, assim como o ser humano, e nesse sentido são fundamentais os elementos da diferença, da criatividade, elementos estes encontrados nas artes.

A fundamentação superior do Direito poderia se dar em termos sacramentais ou sacrificiais (fazer, tornar sagrado, ou seja, o que é separado, especial, precioso, vinculado à magia e à religião), considerando-se o termo “religião” também no sentido de re-colher, re-ligar, re-ler, e re-articular diversos campos do saber.

Quanto à metodologia, pretendemos verificar a serventia para o estudo do Direito, de parâmetros metodológicos empregados no conhecimento nas e pelas artes e religiões, para além da crença motivadora de uma metodologia técnico-científica, como são a poética e a hermenêutica, reforçados pelo apoio do método fenomenológico, tal como proposto por Edmund Husserl e realizado, dentre outros,

ainda que com características próprias, por Edith Stein e Martin Heidegger, contando, ainda com apoio da metodologia genealógica de Nietzsche e de Michel Foucault.

Objetivamos mobilizar e coordenar as áreas de conhecimento já referidas a fim de atender a nossa pesquisa, cujo objetivo último é de natureza pedagógica e investigativa, recuperando a função etopoética da erótica grega, que permitia aos indivíduos aprender interrogando-se sobre a própria conduta, para vigiá-la, formá-la e, assim, moldarem-se a si próprios como sujeitos éticos, de maneira artística.

Com relação aos objetivos de natureza pedagógica e investigativa, utilizaremos uma análise aprofundada, renovada, crítica e filosófica do Direito, dos direitos humanos e fundamentais e do humano, por meio do enfrentamento dos problemas atuais, como a questão da sua crescente desumanização, da crise epistemo-ecológica e autoimunitária do Direito e da ineficácia dos direitos fundamentais e dos direitos humanos⁷.

Tratamos, destarte, do emprego de metodologia inovadora e não tradicionalmente desenvolvida na área do Direito, mas essencial para sua compreensão crítica e aprofundada e para sua própria autopoiese, o que se denomina aqui de hermenêutica poética, já que se associa necessariamente à conjugação do Direito com a Filosofia mediada pelas Artes, no caso específico, pelas tragédias gregas. Pretendemos, portanto, repensar a relação da Filosofia com o Direito e a Religião para além da crença de uma metodologia técnico-científica que mantém esses campos estanques, já que são considerados por nós, na verdade, interdependentes, a serem estudados de maneira interdisciplinar, sendo este tipo de estudo um dos objetivos da presente pesquisa.

A metodologia empregada se vale de uma hermenêutica poé-

7 Cf. Michel Foucault, “História da Sexualidade II – O Uso Dos Prazeres”. Lisboa: Relógio D’água, 1984, p. 19 ss., e em geral, Paola Cantarini, “Por uma Teoria Erótica do Direito”, Tese de Doutorado em Filosofia do Direito, São Paulo: PUC-SP, 2016. “Teoria erótica do Direito (e do humano)”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

tica, associada à metodologia hermenêutica fenomenológica, tal como proposta por Heidegger, a partir de Edmund Husserl e realizada, dentre outros, ainda que com características próprias, por Edith Stein, e posteriormente desenvolvida por Gadamer, fugindo do tradicional normativismo no campo do Direito, por amparado na realidade humana, sempre instanciada por uma referência ao transcendente, visando responder a questões fundamentais, quais sejam: o que é o homem? Como ele é? Refletindo assim sobre o que poderia ser sua essência e contribuindo com propostas para alcançar uma maior compreensão do Direito.

Entendemos a hermenêutica poética como essencialmente radical, a ser alcançada através da metodologia inclusiva do Direito, que se pauta pela interdisciplinaridade, e em especial pela conjugação do Direito com as Artes, levando-se em consideração a função de transgressão e de resistência das artes, conforme as palavras de Gunther Teubner, ao afirmar ser a tragédia grega “Antígona” a única capaz de fazer uma crítica radical ao Direito. Questiona-se, pois: como as Artes podem ajudar o Direito, em sua humanização, já que a função da Arte é justamente de transgredir e de propor o novo, a criatividade?

A hermenêutica poética conjugada a uma proposta de epistemologia desestabilizadora, ao se empenhar por uma crítica radical da política do possível, envolve, ao contrário de uma ação conformista, uma ação com *clinamen*. Tal conceito, originário de Epicuro e Lucrecio, significa a capacidade de desvio dos átomos, como movimento espontâneo, logo também do ser humano. Contudo, ao contrário do movimento revolucionário, tal criatividade da ação com *clinamen* não se assentaria em uma ruptura dramática, mas em um ligeiro desvio, tornando possível as combinações complexas e criativas entre os átomos, seres vivos e grupos sociais.

Aqui se faz a conjugação da ação com *clinamen* com a abordagem poética do conhecimento e do reconhecimento da necessidade

de se resgatar o vínculo na verdade indissolúvel entre Filosofia, Sociologia, Direito e Arte, rompido com o formalismo da modernidade, enfatizando o papel das artes ante seu caráter e função transgressores que permitem a multiplicidade de leituras e a singularidade e diferença.

Neste sentido, a poética permitiria desativar os dispositivos a cargo do biopoder, as funções meramente informativa e utilitária da linguagem, e encontrar um espaço, um resto, onde um novo uso e novas possibilidades para a linguagem seria possível. Assim, a arte e a criação são vistas como modos de resistência, permitindo-se um espaço entre os processos de subjetivação e dessubjetivação, e novos usos e possibilidades para a linguagem, o direito e a política.

Resgatando tal potencial das Artes e sua ligação com o Direito, seria recuperada a ligação, na verdade indissolúvel, que na modernidade com o formalismo (e com o humanismo) foi rompida. É uma visão diversa da tradicional que considera o Direito como ciência e técnica, puro, cartesiano, uma visão alternativa do Direito como poético, como criação, fertilizado pelas demais disciplinas, por meio da inter e da transdisciplinaridade, e assim permanecendo vivo, fértil.

A função de transgressão das artes é necessária para a auto-poiese do Direito, no sentido de sua constante renovação, precisando do elemento da diferença, da singularidade e da multiplicidade. A arte nos permite o assombro, o êxtase, ter de volta a humanidade perdida.

No mesmo sentido a análise de Foucault, ao propor seu interesse pelas heterotopias, não pelas utopias, ou seja, pelos espaços absolutamente outros, nas margens, espaços e indivíduos desviantes, postulando por virar no avesso a narrativa e conseguir outra significação. Uma abordagem que leve em conta o não dito, o resto, possibilitando novos usos, um uso anárquico e dionisíaco, uma ação política revolucionária.

Trata-se, pois, da proposta de elaboração de uma metodologia, hermenêutica e teoria transgressoras e radicais em Direito, uma postura e uma abordagem abertas, uma epistemologia transgressora e libertadora e um conhecimento-emancipação no lugar do conhecimento-regulação, uma luta contra o positivismo arqueológico, em busca de metodologias, epistemologias livres da tentativa de controle social e dominação de classe.

Pretendemos ainda conjugar tais metodologias com o método histórico-genealógico empregado por Nietzsche e por Michel Foucault, visando a uma perquirição histórico-crítica ao se investigar instituições, conceitos, saberes e práticas sociais, históricas e culturais, a fim de verificar quais valorações lhes servem de fundamento.

Cumpramos ressaltar que a presente investigação visa a alcançar uma discussão filosófica, ou seja, do sentido de tais fenômenos objetos da pesquisa, pretendendo uma compreensão “do que são e por que são assim”. Pretendemos, pois, desenvolver um conhecimento prático, de natureza dogmática e hermenêutica, logo sem dogmatismo, com vocação religiosa, sem se deixar cair na armadilha teológica, ou melhor, “onto-teológica” (Martin Heidegger, designando a metafísica que “entifica” o ser, levando ao seu “esquecimento”), logo, também, filosófica e até (por que não?) científica, para basear uma prática filosófica – e da experiência aí adquirida, igualmente, e se beneficiar, no sentido de seu aprimoramento, para além da metodologia técnico-científica⁸.

Visamos a analisar a necessidade da interdisciplinaridade no Direito, da fertilização mútua entre diversos saberes, bem como a necessidade da recuperação do vínculo indissolúvel entre direito, filosofia e artes, em específico, a função de transgressão das artes e a criatividade, a singularidade como essenciais à autopoiese do direito.

Tratamos da proposição de uma metodologia transgressora

8 Cf. Libânio, “Teologia e Interdisciplinariedade: Problemas Metodológicos, Questões Epistemológicas no Diálogo com as Ciências”, in: “*Mysterium Creationis*. Um olhar interdisciplinar sobre o Universo”, Luiz Carlos Susin (org.), São Paulo: Soter/Paulinas, 1999.

na esteira de L. A. Warat, que postulava pelo uso transgressor do Direito, no sentido de contribuir para um Direito e outra política emancipatórios e transgressores, como forma possível de contraposição ao fascismo social em que vivemos em um regime capitalista cada vez mais predatório. Portanto, postulamos por concepções de conhecimento e epistemologias ligadas às artes.

Ao invés da concepção do Direito como pautado na busca pela verdade, em uma espécie de fundamentalismo religioso ou dogmático, buscamos uma metodologia aberta a outros conhecimentos e disciplinas, possibilitando uma fertilização mútua, já que assim, como o pluralismo é a fórmula mais benéfica à política, também seria em matéria de conhecimento. Uma espécie de “perspectivismo” como o defendido por Nietzsche, encontrando eco em filósofos contemporâneos de grande envergadura, tais como José Ortega y Gasset, Martin Heidegger e Vicente Ferreira da Silva. Ou seja, postulamos por um saber teórico e prático, no sentido de nos fornecer uma orientação, ou reorientação, na busca de sentido para as ações humanas.

O estudo das tragédias gregas se fundamenta ante a necessidade de recuperarmos o diálogo entre o Direito e as Artes, envolvendo a reapropriação e o resgate da função de subversão das Artes, a religação e a fertilização dos saberes, com utilização de metodologia e epistemologia trans e interdisciplinares. O discurso da convergência, da conexão dos diversos campos do saber é fundamental para que possamos alcançar uma compreensão aprofundada e crítica do Direito, ao contrário, pois, do predominante discurso tecnocientífico, massificado, fragmentado e discriminador.

A conexão do Direito com as diversas áreas de conhecimento seria uma forma de terapia contra a onipotência do pensar e contra as formas de opressão, domesticação e modos de pensar hierarquizados, fetichizados, de maneira a fazer vir à tona as diferenças, implodindo as totalidades homogeneizadoras e as essências redutoras da

diversidade empírica e fática.

Como bem afirma Ari M. Solon, buscamos uma hermenêutica radical, uma subversão dos sentidos, já que a própria investigação etimológica revelaria, em suas raízes, a conexão da hermenêutica com o subversivo, com o insurgente, comprometida com o revolucionário. Nesse sentido ao propormos a subversão de conceitos e sentidos tidos como certos e verdadeiros de forma congelada e absoluta, a favor do movimento, da dúvida, do questionamento de uma visão científica e dogmática do Direito, pretendemos um Direito ligado à experiência e à vida, sem cair em dogmatismos, tendo, sobretudo, uma visão filosófica, por ser também naturalmente poética, típica e propícia ao estudo do Direito. Já que Hermes além do Deus que traduz e conduz a linguagem sagrada para uma compreensão humana também é o deus do Liminar, “da zona limítrofe, sendo um ultrapassador de limites, um mediador entre sonho e realidade, entre dia e noite, entre o natural e sobrenatural, entre o mais celestial e o mais telúrico (...)”⁹.

Não se trata de apenas teorizar, sem qualquer comprometimento com a transformação prática da realidade, mas no sentido de possibilitar um interpretar melhor, com maior profundidade e crítica para depois ser possível uma real e concreta modificação da realidade, com bases e fundamentações mais próprias e alicerçadas. Assim, em busca da justiça social, em vez de postular pela defesa da propriedade privada, como para Larenz, com Hegel, para Solon, “tudo culmina com Hegel, o filósofo da justiça como amor” (Solon). Um retorno ao romantismo de Jena, divulgado na Revista Athenäum, onde F. Schlegel lançaria primeiramente as bases da concepção estético-filosófica deste romantismo teórico, afirmando a união da poesia com a filosofia.

Nas palavras de Solon¹⁰:

9 Ari Marcelo Solon. “Hermenêutica radical”, 1.^a ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 03.

10 Ob. loc. ult.cit.

(...) na filosofia o caminho para a ciência só segue pela arte, como o poeta, ao contrário, somente pela ciência pode vir a ser artista”; e, no mesmo sentido: “quanto mais a poesia torna-se ciência, tanto mais torna-se ela também arte. Se a poesia deve torna-se arte, deve o artista ter de seus meios e de seus fins, de suas barreiras e de seus objetos meticulosa compreensão e ciência; assim o poeta deve filosofar sobre sua arte.

Era dizer que a arte deveria se tornar ciência, e a ciência, arte; poesia e filosofia deveriam, para os românticos de Jena, tornarem-se um só.

Ao se reconhecer a necessidade de um estudo não compartimentado entre os saberes, há o reconhecimento da historicidade do fenômeno jurídico e da necessidade de um estatuto interdisciplinar para o Direito, com fundamento em autores como Willis Santiago Guerra Filho e F. Ost, retomando Gaston Bachelard, que permita uma articulação de saberes, postura adequada ao se buscar uma análise crítica do Direito, para além de zetética.

Trata-se, pois de uma articulação de saberes, correspondendo a uma articulação dos pontos de vista interno e externo, incitando a um diálogo antes que a uma dominação em face da normalização, típica da sociedade da normalização estudada por Michel Foucault, das condutas, do pensamento, do corpo e dos afetos, na tentativa de transformar todos em iguais, e abalando com isso a diferença (a maior das violências), e, pois, a autopoiese do ser humano, e contra ela o cuidado de si, no sentido axiológico de elaboração de uma ética.

Se o governo passa pela formação dos êthoi nos quais os indivíduos se constituem como sujeito de sua própria conduta então, o desprendimento de si, tornar-se permanentemente capaz de desprender-se de si mesmo, é a condição de possibilidade ética das formas de resistência política. Desprender-se de si mesmo também é desprender-se da ficção desse ponto zero do conhecimento. Foucault contra Descartes e Kant (“Malfazer, dizer verdadeiro. Função

da confissão em juízo”).

A tragédia grega revelaria um modo de presença do sujeito no mundo que teria sido calado com e pelo advento da filosofia e da ciência moderna.

Visamos, por derradeiro, a analisar o paradoxo dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais e situar os direitos humanos como pertencentes a uma esfera transcendente em que se encontram também a ética, a arte e a religião, bem como verificar alternativas à inefetividade de tais direitos e dos direitos fundamentais.

Ao se abordar a questão da autoimunidade do Direito, pretendemos verificar se uma das respostas possíveis a tal crise poderia ser o reconhecimento de um vínculo transcendental das instâncias sociais - como aquela jurídica, e mesmo enquanto constitutivas dos sujeitos, tal como no passado da modernidade - com a religião e/ou com a magia, que originam, a exemplo da mitopoética.

Portanto, ao pensarmos alternativas a tais problemas jurídicos e filosóficos, pretendemos colaborar para uma melhora da preservação da forma adequada de tais direitos, contribuindo para uma maior efetividade do Direito. Ao pretendemos (re)pensar a relação entre a Filosofia contemporânea, o Direito, a Religião e a mitopoética e as Artes, visamos a trazer uma contribuição para a Teoria Fundamental dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, na medida em que fornecemos uma visão atualizada, crítica e inovadora, tendo como objeto, uma investigação genealógica sobre a relação intrínseca entre tais disciplinas.

Pretendemos colaborar para enriquecer o debate e a compreensão sobre os direitos fundamentais e humanos acerca do humanismo e do Direito, com o fim de estabelecer um meio de comunicação, pelo qual nós, seres humanos, nos colocamos em contato, afirmando, concomitantemente, o que temos em comum e também em incomum, por ser a diversidade, justamente, uma das características fundamentais deste ser em aberto que somos, da mesma forma

como os direitos, fundamentais e humanos, sempre em construção, nunca já prontos e acabados, a fim de que com isso possamos garantir a vida e a convivência com dignidade.

A postulação de uma Teoria fundamental do Direito, pauta-se pela necessidade de uma abordagem científica para o estudo do Direito, trazendo o maior número de concepções de estudo, por isso pautada pela interdisciplinaridade, em uma forma de postulação de uma teoria inclusiva, por entendermos ser a mais apropriada para a concretização do Estado Democrático de Direito, aproximando-se do pós-positivismo, mas trazendo a concepção de uma teoria crítica sobretudo, por não ignorar as ideologias presentes em cada uma das concepções ou correntes jurídicas existentes, aproximando-se da proposta de “Teoria inclusiva” da lavra de Willis S. Guerra Filho.

Os Direitos fundamentais, bem como os direitos humanos, relacionam-se com a fórmula político-jurídica do Estado Democrático de Direito, e para se realizarem devidamente pressupõem, por conseguinte, uma nova compreensão do direito enquanto sistema normativo, voltada para a centralização dos direitos e garantias fundamentais, em uma proposta de síntese dialética que supere os antagonismos e visões parciais das principais correntes jurídicas, do jusnaturalismo e do positivismo jurídico. A teoria fundamental aqui postulada, na esteira da “teoria inclusiva do Direito” de Willis S. Guerra Filho, visa a inclusão do maior número possível de perspectivas no estudo do Direito, a fim de um maior grau de cientificidade desse estudo.

1. RELAÇÃO ENTRE DIREITO, FILOSOFIA, RELIGIÃO, ARTE E MITOPOÉTICA NAS TRAGÉDIAS GREGAS

Analisaremos a relação coconstitutiva entre Direito, Religião, Arte e mitopoética por meio do retorno à antiguidade clássica, em particular com o estudo de uma das mais consagradas tragédias gregas, de Sófocles, “Antígona”.

Em tal período havia uma arte de viver própria, como uma disciplina autônoma, ligada à pedagogia e com foco no fazer e não no ser, relacionando-se com o cuidado de si, do outro, com um conhecimento de si, ou seja, tratava-se de um saber fundamental sobre o bem viver, que envolveria também a morte e os momentos de crise.

Com o cristianismo, especificamente no Renascimento, no fim da Idade Média, a partir dos séculos XVII - XVIII, tal como afirma Foucault¹¹, as artes de viver passam a focar não mais na questão do ser, na maneira de ser, sendo substituídas pela questão do fazer, passando da arte de viver para a formação profissional ou aprendizagem profissional.

As artes de viver permitiriam ao indivíduo adquirir um *status* ontológico diferenciado, que lhe abriria uma modalidade de experiência qualificável, no que se refere à tranquilidade, felicidade, beatitude¹². O *status* ontológico da experiência se daria através de uma tripla relação: relação com os outros (*mathesis* - ensino pelo mestre, aprendizagem), com a verdade (*meléte* - meditação e reflexão permanente) e consigo mesmo (*áske-sis* - “ascese” - toda uma série de

11 Michel Foucault, “Subjetividade e verdade”, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2016, p. 29 e ss.; “Malfazer, dizer verdadeiro, Função da confissão em juízo”. Curso em Louvain, 1981. São Paulo: Martins fontes, 2018.

12 *Ibidem*, p. 30-31.

exercícios, trabalho de si sobre si, relação de si consigo). As artes de viver, portanto, envolvem estes três elementos: *mathesis*, *meléte*, *áskesis*, sendo o primeiro elemento também componente essencial da *parresia*, a coragem da verdade, essencial para a democracia, e fundamento da política, da democracia, do direito, do conhecimento e do saber, essencial ao se buscar um direito comprometido com a justiça e uma política amorosa comprometida com a dignidade humana.

Por envolver também a questão de preparação para momentos difíceis, de crise, implicamos nesta reflexão também a questão do tempo kairológico, a contraposição necessária entre tempo cronológico e tempo kairológico, na perspectiva de que talvez um tempo onde haja a suspensão do tempo cronológico, do tempo normal, o qual é considerado por Furio Jesi¹³ como um tempo burguês, possibilite a desativação dos dispositivos a cargo do biopoder, tal como propõe Foucault, com ênfase na análise de Giorgio Agambem acerca do pensamento de Foucault.

Será ainda analisada a possibilidade de uma mitopoética a favor do direito, por envolver as artes e a magia como possibilidade de desativação das funções meramente utilitárias, por exemplo, da linguagem, e de outros dispositivos a cargo do biopoder, abrindo-se um espaço, um entre, um resto, para novos usos e possibilidades para o direito.

O bem viver relaciona-se com um dos elementos da filosofia: *Agonia* -> disputa, divertimento, ludismo, jogo, prazer => saber viver e (usu)fruir a vida. Fecha-se um círculo aqui, pois somos remetidos a outro elemento, ao *logos*, e assim, ao debate (dialética, o nome pelo qual era conhecida a filosofia, antes desta designação se afirmar). Tal sabedoria perdida, este saber viver bem, implica e decorre de uma ética (o que fazer), uma arte ou estética (como fazer), e uma religião, teologia ou filosofia (porque fazer), sendo indispensável para alcançarmos um melhor conhecimento do ser humano e do direito. O

13 Furio Jesi, "Spartakus. Simbologia da revolta", São Paulo N-1 Edições. 2018.

bem viver relaciona-se, destarte, com um segundo elemento da filosofia: *Empeirea* -> experiência, observação, apoio em fatos => saber da vida, da vivência. Fecha-se um círculo aqui, pois somos remetidos ao elemento fundamental que é o *zethoumenous*, a investigação, pois esta se relaciona com a empiria, a experiência.

A partir da análise das tragédias gregas, entendemos o contexto religioso e político essencial na cultura da antiguidade clássica grega, quando a religião tinha um sentido predominantemente político. Houve um deslocamento operado do âmbito jurídico-político para aquele teológico-religioso em Roma, ao contrário da antiguidade grega. A teologia cunhou a noção de soberania, que se tornou o fundamento mesmo do direito público moderno, sendo tal noção, a teoria da soberania, questionada por M. Foucault, ao postular por uma alternativa, um direito novo, não disciplinar e liberto do princípio da soberania, e ao invés do contrato social, por uma horda primitiva bárbara, na origem da sociedade e do Estado.

A religião se mostra como parte essencial de toda cultura saudável do passado, especialmente da antiguidade grega mais recuada, sendo exatamente essa sanidade é que se perdeu na modernidade, e que ele espera possamos alcançar, superando-a, reatando vínculos perdidos.

O direito moderno, ao pretender romper com qualquer justificação de si em termos sacramentais – e sacrificiais, (pois onde se reconhece o sagrado, que não precisa ter a forma de alguma divindade, há temor e respeito por ele, havendo também sacrifícios para aplacá-lo) -, este direito passa, assim como a ética e até as religiões, a se justificar apenas, ou o quanto possível, como as ciências, racionalmente, considerando serem essas faculdades racionais o que nos igualaria a todos.

Ao invés da igualdade, contudo, que somente existe no plano teórico, ocorre uma crescente desigualdade que aflige a tantos que são reconhecidos e se reconhecem como sujeitos de direitos, e de

tantos direitos como são tantos os desejos produzidos em uma sociedade voltada ao estímulo do consumo e que produz excessivamente para atender a esse incessante impulso consumista.

O resultado dessa conscientização dos direitos e dos desejos insatisfeitos é a produção de violência na tentativa de satisfazer todos os desejos, com reações violentas por parte dos que querem continuar gozando do que já possuem e buscando mais, sempre mais e ainda mais, infinitamente.

São analisados os elementos da filosofia em estado de tensão:

-> bem viver -> *Agonia* -> disputa, divertimento, ludismo, jogo, prazer => saber viver e (usu)fruir a vida. Fecha-se um círculo e somos remetidos a outro elemento: -> *logos*, debate (dialética).

-> *Empeirea* -> experiência, observação, apoio em fatos => saber da vida, da vivência. Fecha-se um círculo e somos remetidos a outro elemento: -> *zethoumenous*, a investigação, relacionada com a empiria, com a experiência.

Houve um deslocamento, uma ruptura do conceito e da compreensão do significado de arte em Roma, promovendo uma alteração do entendimento grego. Ao invés de uma perspectiva estética das artes e da visão eminentemente do espectador, antigamente havia uma visão desinteressada da arte. Para os modernos, a arte possui outra conotação, é um fim em si mesmo, alteração esta que veio desde Roma, é *práxis*, surgindo o homem de gosto e a arte morta dos museus, distanciando-se do conceito de *poiesis*, com sua essência no desvelamento e na verdade.

Com o retorno à antiguidade clássica, pretendemos recuperar a *poiesis*, o significado originário das artes e sua função de nos assombrar e nos maravilhar.

Em latim *ars*, que significa “arte” traduz tanto o grego *poiesis* como o grego *techné*. Então já aí se mostra como, a partir de Roma, houve a redução da arte no sentido poético e criativo, portanto, de

revelação no sentido de verdade da *aletheia* de algo invisível, que se faz emergir pela criatividade, que cria um mundo do nada, do vazio como fazem os humanos. Tal conceito se distinguia na Grécia da *práxis*, do fazer com um fim determinado, que é, no fundo, algo mais da ordem da reprodução e não da produção propriamente. *Ars* relaciona-se com o termo geração (*genesis*), tendo a mesma raiz de conhecimento criativo, inovador e portanto, com *gnose*, com conhecimento, no sentido mais próximo.

Trata-se, pois, do entendimento da arte diverso do que tem Peirce, o qual elabora um discurso estético, no campo da estética, não apontando para o sentido grego de arte, que é o que nos interessa. Para a estética, importam as sensações da arte, *estesis*, sensibilidade, sensação (estética), não importando propriamente a poética, no sentido de conhecimento e criação.

O Direito é também uma criação humana, então, abdicar da criação no Direito é abdicar de sua manutenção, daquilo que é sua própria razão de ser.

A estética inicia-se com Kant praticamente em sua terceira crítica, crítica da faculdade de julgar; segundo ele, haveria uma afinidade entre arte e natureza, a arte vista como natureza, e a natureza vista como arte.

Husserl traz em seus ensinamentos uma proposta acerca da insuficiência da linguagem, por ser composta de diversos conceitos elaborados segundo a lógica dominante daqueles que fazem as escolhas, e contando com um conteúdo geral, uma construção generalista e pontual da infinitude da experiência (conjugada à questão da monopolização do saber científico).

Vivemos uma verdadeira *Krisis* semiótica. Muita informação, pouco conhecimento, muita imagem, pouca comunicação, sendo que Luhman afirma a improbabilidade da comunicação. Os signos com a utilização da internet são simplificados, rotulados ainda mais, perdendo-se em muito seu referencial, conteúdo e profundidade.

São símbolos significando símbolos *ad eternum*, distanciando por completo da origem, do real, da coisa em si, colocando em xeque a própria linguagem.

A linguagem, portanto, não é passível de dar conta das inúmeras e infinitas possibilidades do real, da realidade, por efetuar um corte, uma escolha conceitual, e se limitar em tal quadrante de signos, e pior, acreditar e ter fé (crença como religião ou ideologia) que os signos são a realidade em si. Como os conceitos construídos são condicionantes de nossa percepção da realidade (Peirce), nossa percepção da realidade é bastante limitada e, portanto, enganadora.

Ante tal constatação e conscientização, buscamos novas formas de conhecimento, novas linguagens, novos olhares, com destaque para a função de subversão e transgressão das artes, para a necessidade do resgate do discurso como mitopo(i)ético (teatro, erotismo, poesia e poética) aplicado ao Direito, dos processos mitológicos para sua humanização, autopoiese, renovação e recriação, pela busca de fundamentos para um novo humanismo.

A subjetividade foi excluída da filosofia natural, transformada em ciência.

Entendemos que a subjetividade necessitará retornar para a filosofia natural, subjacente à tecnologia, buscando-se uma transmutação de valores em tal campo, capaz novamente de atender às nossas necessidades existenciais, ante a disparidade crescente entre o que experienciamos e nossa capacidade de comunicá-lo, seja por nos faltarem as palavras e, de um modo geral, uma poética à altura dos acontecimentos (W. Benjamin, M. Heidegger), seja por uma regressão da audição (Adorno) e principalmente da própria variedade de vocabulário disponível no repertório efetivamente empregado (A. Gehlen), donde aparecerem no cenário intelectual reivindicações como as de Hans Blumenberg, de que se desenvolva uma “metaforologia”, retomando o “trabalho do mito”.

Postulamos pela irritação sistêmica entre o sistema do Direito

utilizando os sistemas da Filosofia e das Artes, apesar do fechamento sistêmico, por meio da imbricação, da cópula sistêmica e para tal intento faremos o retorno à antiguidade clássica, ao mito e à mitopoética, como uma espécie da vacina antropofágica à crise autoimunitária e à perversão do Direito.

Analisamos a relação coconstitutiva entre Direito, Religião, Artes e mitopoética por meio do retorno à antiguidade clássica, em particular pelo estudo de uma das mais consagradas tragédias gregas de Sófocles, “Antígona”, uma vez que nesta tragédia encontramos os elementos do bem viver, relacionados à empiria, e ambos envoltos à erótica grega e demais elementos correlatos, e a dialética entre duas forças opostas e primordiais, apolínea e dionisíaca.

A tragédia grega permite revelar um modo de presença do sujeito no mundo que teria sido calado com e pelo advento da Filosofia e da Ciência moderna. Lacan invoca a tragédia como o berço e o campo próprio da problemática da Ética, demarcando, a partir dela, a ética da psicanálise. Nas cenas trágicas, as contradições coexistem sem se anularem reciprocamente. As tragédias servem de material para discussão e estímulo ao pensamento crítico e para uma cognição mais aprofundada do Direito e do ser humano.

A personagem Antígona é a representante da *parresia*, - “fala franca”, “tudo dizer”, “dizer a verdade”, - fundamento da Democracia, do Direito, da Política, do Saber e do Conhecimento. Traz a dimensão do cuidado de si, do outro e o conhecer a si mesmo, que também estão presentes em sua dimensão ética, ligada à psicanálise de Lacan no sentido de não ceder de seu desejo, negando toda ética universalista e a favor da ética individual, situacional e sobretudo do cuidado de si e do outro.

Parresia é a ética do dizer a verdade, o direito de falar à cidade, de se dirigir à cidade com a linguagem da verdade e fundamentada na razão, sendo o tema central na tragédia grega “Íon” de Eurípedes, como também em “Antígona” de Sófocles. Nesta, a personagem

Antígona é uma verdadeira *parresiasta*, mas um exemplo da *parresia* do fraco, - segundo o entendimento de Foucault em sua obra “O governo de si e dos outros”¹⁴- com um discurso segundo o qual o fraco assume o risco de criticar o forte pela injustiça que cometeu, dirigindo-se a pessoas que deveria temer.

De uma forma geral, Foucault identifica a existência de quatro figuras de veridicções em nossa cultura: a do profeta, a do sábio, a do técnico e a do *parresiasta*, sendo que este último fala em seu nome e deve dizer a verdade agora, no tempo presente, que melhor se adequaria ao tempo messiânico, ao tempo de agora, *kairós*, que jamais seria religioso, segundo Agamben, mas sim profano¹⁵. Filodemo entende a *parresia* como uma técnica, um conhecimento teórico aliado a um treinamento prático, relacionando-se com o *kairós*, com o momento certo, um momento de crise. O tempo *kairós*, messiânico, o tempo de agora permitiria desativar o dispositivo dominante, abrindo um espaço, um resto, para novos usos e possibilidades.

Segundo Lacan, a personagem Antígona é o símbolo da firmeza ética, a ética da psicanálise, com seu imperativo categórico que ordena: não ceda de seu desejo. No entender de Willis Santiago Guerra Filho, ela representaria a negação de toda ética universalista em prol da ética de cada um, a ética individual e situacional, da amizade e do cuidado de si¹⁶, em contraponto às forças do *status quo*, aos valores consagrados pelo Estado e às leis dos homens;¹⁷ em face da normalização e contra ela, o cuidado de si, no sentido axiológico

14 Michel Foucault. “O governo de si e dos outros”, 2ª. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

15 Michel Foucault, cursos gravados. “Agamben. Uma biopolítica menor”. Série Pandemia, N-1 edições, entrevista publicada originalmente em francês na revista *Vacarme* n. 10 em 200, tradução de Vinícios Nicastro Honesko, p. 14-16.

16 Willis Santiago Guerra Filho, “O conhecimento imaginário do Direito”, Curitiba: Editora Prismas, 2017, p. 41 e ss.

17 *Ibidem*, p. 24. *Verbis*: “(...) vale fazer uma alusão à filha de Édipo, Antígona, o símbolo da firmeza ética, para todas as éticas possíveis, inclusive a ética da psicanálise, cujo imperativo categórico é: ‘não ceda de seu desejo’. Disso resulta a negação de toda ética universalista, tal como aquelas propugnadas na modernidade, em prol da ética de cada um, a ética individual e situacional, a ética da amizade e do cuidado de si, sobre a qual falou e escreveu o último Foucault (...).”

de elaboração de uma ética.

Se o governo passa pela formação dos êthoi nos quais os indivíduos se constituem como sujeito de sua própria conduta, então o desprendimento de si, o tornar-se permanentemente capaz de desprender-se de si mesmo é a condição de possibilidade ética das formas de resistência política. Desprender-se de si mesmo também é desprender-se da ficção desse ponto zero do conhecimento, contra Descartes e Kant.¹⁸

O cuidado de si como atividade relacional, reconhecendo o ser humano como um ser de relação, tal como é entendido pela fenomenologia, com apoio em Husserl, e a necessidade do *logos*, do diálogo, uma consideração pelo outro, pelo diverso, pelo diferente, é uma postura amorosa e poética.

A dessubjetivação, por exemplo, que é praticada pelo Estado moderno como uma máquina de dessubjetivar, envolve seu oposto, qual seja, a subjetivação do sujeito, e a ressubjetivação, uma reidentificação, nos colocando a questão da arte de viver; é um problema poético, não se trata apenas da destruição de toda subjetividade, mas há um outro polo fecundo e poético no qual o sujeito é o sujeito de sua própria dessubjetivação¹⁹. Entre esses dois processos e entre tal relação há uma diferença, um resto, que possui as mesmas raízes da palavra resistir. Talvez seja a chave, ou uma linha de fuga para encontrarmos o sujeito revolucionário. Nesse sentido é que se situa a postulação da arte como forma de revolução, transgressão. O ato de criação como forma de resistência, como lembra Agamben, retomando tal concepção de Deleuze²⁰. Agamben critica o Direito, afirmando que os modernos são prisioneiros do Direito, pensando que se possa legislar sem limite sobre tudo.

O ato de criação é como um ato de resistência à morte e ao

18 *Ibidem*, p. XVI e XVII.

19 Giorgio Agamben. “Uma biopolítica menor”, p. 04, p. 07, p. 30.

20 Giorgio Agamben. “Creazione e anarchia. L’opera nell’eta dela religione capitalista”, piccola biblioteca. Neri Pozza editore, 2017, p. 28 e ss..

paradigma da informação por meio do qual o poder é exercido nas sociedades de controle (Deleuze), ou nas sociedades da disciplina, da regulamentação e da normalização (Foucault). Na sociedade da normalização impõe-se a norma, e o anormal deverá ser eliminado como uma ameaça a uma raça cada vez mais pura, ou seja, quanto mais indivíduos anormais forem eliminados, mas a vida tornar-se-ia sadia e pura. Neste sentido, relaciona-se à conduta de Creonte em querer a pureza de sua linhagem, um excesso de pureza. Para Agamben trata-se não apenas de uma forma de resistência a uma ameaça externa, mas da libertação de uma potência que estava presa. Há uma dialética no ato, no processo criativo envolvendo uma potência-de e uma potência de-não que é uma inoperosidade que resulta da desativação do esquema potência-ato²¹.

A criação como arte, criação como algo revolucionário, não como técnica, não como reprodução e produção somente de um produto, mas como um desenvolvimento interno também, uma espécie de alquimia interior, permitindo-se novos devires, porvires, novas possibilidades de compreensão, de epistemes e de hermenêuticas. A criação como algo revolucionário, pois a arte é revolucionária e transgressora por natureza, assim como o amor (Eros) é a transgressão da transgressão, capaz de fazer o ser humano se assombrar e se maravilhar novamente, com sua função também política, de catarse, de criar espaços para o renascimento de espontaneidades, autonomias, consciências mais profundas, meditativas.

A poesia é suspensão e exposição da língua²². Segundo Agamben o discurso inoperoso de potência torna possível o pensamento do pensamento, a poesia da poesia, quando a língua é exposta e suspensa no poema; esta autorreferência implica um excesso constitutivo da potência em cada realizado ato. Pensar tal autorreferência implica a desativação e o abandono do dispositivo sujeito-objeto. Segundo Aristóteles o homem é essencialmente um ser inoperoso,

21 *Ibidem*, p. 44 e ss.

22 *Ibidem*, p. 45-47.

inativo, sem obra²³, nas palavras de Agamben, um vivente sem obra. Neste sentido o homem gira no vazio e nisto abre-se uma possibilidade.²⁴ Agamben denomina tal inoperosidade de toda obra humana de poética da inoperosidade, e a poesia, esta operação na linguagem que a desativa e lhe torna inoperosa abrindo-a a novos usos, em suas palavras:

(...) poética da inoperosidade (...) é talvez o modelo por excelência desta operação que consiste em tornar inoperosa toda obra humana, é a própria poesia (...) que coisa é afinal a poesia se não a operação na linguagem que a desativa e lhe torna inoperosa a função comunicativa e informativa, para abrir a um novo possível uso? Ou em termos de Spinoza, o ponto em que a língua que desativou a sua função utilitária repousa em si mesma, contempla a sua potência de dizer²⁵.

Ainda segundo Agamben, da mesma forma que a poesia realizada quanto à potência do dizer, a política e a filosofia deveriam fazer quanto à potência de agir, ou seja, tornar inoperosas as operações econômicas e sociais, mostrando que coisa pode o corpo humano, e abrindo-o a um novo possível uso²⁶.

No entender de Agamben, nos últimos trabalhos de Foucault existe uma aporia: de um lado todo o trabalho sobre o cuidado de si, em todas as formas de prática de si, mas ao mesmo tempo Foucault afirma que é preciso se desprender de si, ou seja, o cuidado de si deve levar a um abandono de si. No entendimento de Agamben, a crítica de Foucault aos saberes sobre o homem na modernidade, o que chamou de “sono antropológico”, leva a uma nova biopolítica.

O cuidado de si relaciona-se à transformação de si, a qual se relaciona, por sua vez, à prática artística como meio de transformação do próprio artista, um trabalho sobre si²⁷, revelando seu caráter alquímico, portanto. A poética é entendida como meio de abrir es-

23 Aristóteles, “Ética a Nicômaco”, 1097b, 22, p. 47-48, Giorgio Agamben. “Uma biopolítica menor”, p. 49 e ss.

24 *Ibidem*, p 50.

25 *Ibidem*, p. 51 e ss.

26 *Ibidem*, p. 52 e ss.

27 Giorgio Agamben, “O foto e o relato”, p. 09, p. 13, p. 14, p. 22, p. 80.

paço para um novo uso da língua e da sintaxe, ao desativar as funções comunicativas, ou melhor, meramente informativas da língua, desativando suas funções utilitárias.

O próprio escrever é tido como o trabalho de si, o agir sobre si mesmo, uma prática ascética e a obra literária como protocolo de uma operação realizada sobre si mesmo²⁸. Uma estética da existência no sentido moral, transformando a vida em obra de arte, abrindo-se um espaço, um entre, um resto, para novos usos e possibilidades, um uso anárquico e dionisíaco, um novo pensar o direito, a política, após a desativação dos dispositivos a cargo do biopoder. Trata-se de uma ética sensível, uma ética revolucionária e uma estética da existência como forma de enfrentamento da microfísica, ou micromecânica do poder.

Pergunta-se: de que maneira a relação com uma prática criativa pode tornar possível a relação consigo e o trabalho sobre si?

Importante ressaltar que justamente o medo do contato, o medo do outro, da diferença estariam na base da origem das estruturas de poder (Elias Canetti); o homem, acima de tudo, teme o contato físico com os desconhecidos, por ser o desconhecido associado à morte. No mesmo sentido, Hölderlin afirma ser a tendência do homem ocidental moderno o isolamento, justamente o contrário dos gregos, que estavam imersos no Todo, cultivando com isso a diferença. Em sentido semelhante, também Rousseau ao criticar o homem fechado em si mesmo, isolado dos demais.

Daí a importância da arte de viver, abrangendo a arte de morrer, que perdurou na fase helenística e romana de forma autônoma, desaparece, sendo substituída pela pedagogia; houve a substituição da arte de viver com foco no ser, para o foco do fazer, com a preocupação da profissionalização. Com o cristianismo e mais especificamente no Renascimento, no fim da Idade Média, afirma Foucault²⁹,

28 *Ibidem*, p. 137 e ss. p. 142

29 Michel Foucault, “Subjetividade e verdade”, cit., p. 29 e ss.

as artes de viver passam a focar não mais na questão do ser, na maneira de ser, sendo substituídas pela questão do fazer, passando da arte de viver para a formação profissional ou aprendizagem profissional.

As artes de viver permitiriam ao indivíduo adquirir um *status* ontológico diferenciado, que lhe abriria uma modalidade de experiência qualificável no que se refere à tranquilidade, felicidade, beatitude. O *status* ontológico da experiência se daria através de uma tripla relação, os três elementos da arte de viver: relação com os outros (*mathesis* - ensino pelo mestre, aprendizagem; erótica grega com a função etopoética de formação do sujeito ético, transformação do sujeito no campo social), relação com a verdade (*meléte* - meditação e reflexão permanente, interiorização dos ensinamentos) e relação consigo mesmo (*áskesis* - *ascese* - toda uma série de exercícios, trabalho de si sobre si, relação de si consigo). As artes de viver, portanto, envolvem estes três elementos: *mathesis*, *meléte*, *áskesis*.³⁰

A *parresia* também envolve uma série de práticas diárias, um autoconhecimento que levará ao governo de si, e pressupõe, como essencial para sua prática, o homem com certas características morais, ter uma boa educação, ter a *mathesis*, ser um bom cidadão. Deve ser um homem livre, pois um escravo, somente de forma excepcional, poderia praticar a *parresia* (como se demonstra na obra “As bacantes”, onde Penteu autoriza seu servo a exercer a *parresia*, havendo um pacto *parresiástico*; também na obra “As fenícias” há um diálogo entre Jocasta e Polinices, onde este afirma que a pior coisa é viver no exílio, pois não poderia se utilizar da *parresia*).

A noção de *parresia*, a coragem de dizer a verdade, literalmente significando “fala franca”, “fala livre”, “tudo falar”, é fundamento da Democracia, do Direito, da Moral e da Política, como também dos direitos, do saber e do conhecimento, essencial também à compreensão política da Filosofia e do Direito em uma tentativa de bus-

30 *Ibidem*, p. 30-31.

ca da verdade no Direito, no anseio de realizar a justiça social.

Foucault elogia Sócrates pela sua atividade filosófica caracterizada, no seu entender, pelo cuidado de si e pelo cuidado dos outros como duas faces da mesma moeda³¹, sendo Sócrates um verdadeiro *parresiasta*, como verdadeiros *parresiastas* são os filósofos, já que esta é uma atividade eminentemente filosófica, e a filosofia seria filha da *parresia*. A *parresia* envolveria uma relação harmônica entre o que se diz e o que se faz, entre o seu *bíos* (vida) e seu *logos* (virtude, coragem e verdade).

Entendemos a *parresia* como uma espécie de trabalho preparatório, trabalho do negativo, essencial para que não sejam comprometidos, enquanto fórmulas ou formas de vida, tanto a Democracia como a Filosofia e o Direito, sendo que o Direito, sem aquelas, ao invés de nos favorecer, pode nos ameaçar e nos destruir, ressaltando ainda a necessidade de uma revolução, de um modo de ser revolucionário, que consiga conjugar afetos e imaginação criativa, incrementando-se o reconhecimento mútuo (as microrevoluções de que fala Felix Guatarri).

Seguindo os ensinamentos de Foucault (na última fase de suas investigações e reflexões), em seu curso ministrado no Collège de France intitulado “O Governo dos Vivos”³², a valorização da noção de *parresia* na compreensão da política na e a partir da antiga Grécia é, notoriamente, uma contribuição das mais importantes. Aquele que sofre o efeito do ato *parresiástico* se vê desmascarado não só perante os demais, mas também perante si mesmo e vai ser atingido, assim, em sua identidade mesma, idealizada, ao vê-la ameaçada de morte. Em seguida, como reação, buscará a morte de quem o atacou em algum outro registro, seja o do simbólico, pela exclusão do

31 Roberto Machado. “Impressões de Michel Foucault”, São Paulo, N-1 Edições, 1 de janeiro de 2017, p. 45-46.

32 Willis Santiago Guerra Filho e Paola Cantarini, “Mais (sobre a) Parresia - como Suplemento à Teoria Poética do Direito: um fundamento também dos direitos”, in O estudo do imaginário, vol. 1, coordenação Willis Santiago Guerra Filho e outros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 01.

ambiente político comum. A preocupação pela conquista e/ou manutenção do poder, afinal, mostra-se como estreitamente vinculada a um anseio de asseguramento de si contra as dúvidas e incertezas próprias do ser humano, em quem se abisma o nada de ser, presente e futuro. Ao *parresiasta*, portanto, se mostra preferível arriscar a vida a continuar vivendo em um mundo dominado pela política falseadora promovida por aquele(s) contra quem seu ato se dirige, o(s) qual(is), por seu turno, tende(m) a optar por eliminar quem assim lhe(s) retira o suporte *aleiúrgico* da inverdade em que se assenta sua autoridade, que vem a ser, assim, severamente atingida e mesmo esvaziada.

É assim que cada vez mais se torna rejeitada a prática da *parresia*, quando por ela pode vir a ser atingida a ilusão a respeito de nossa capacidade imensa de conquistar um poder sem fim, baseada no saber adquirido sobre o “infinito em todas as direções” (Richard Feynman), pois como se pode apropriadamente qualificar a modernidade, com base em Martin Heidegger, esta é a época, ou melhor, a ideologia (Louis Dumont), em que nos tornamos “escravos de nossa própria liberdade e poder”. Ora, o que assim se perde é justamente a possibilidade de nos constituirmos como sujeitos, por compartilharmos a adesão à universalidade de uma Lei, que nos retira a individualidade natural em prol da subjetividade negadora dessa condição, em favor daquela propriamente humana, donde temos de nos confrontar com a verdade fundamental de que toda normatividade é invenção coletiva, geral, e também, em certa medida, particular, individual, singular, feita para justificar nosso desejo de preservá-nos a vida.

Daí a importância da *parresia* que envolve a crítica, e estabeleceria a singularidade de cada um na igualdade de todos. A singularidade, própria das artes, é criadora, cria novas possibilidades e novos devires. A arte permite, assim o múltiplo, a variedade de leituras e interpretações.

Para tanto é que se haveria de promover uma revolução – ou direcionar neste sentido o nosso modo já em si revolucionário de viver, como nos parece sugerir Jean-Luc Nancy -, conjugando afetos e imaginação criativa na realização de novas formas de crer, saber e poder que venham a incrementar o reconhecimento mútuo. E então é como uma espécie de trabalho preparatório, trabalho do negativo (de Hegel e Marx a Adorno, Agamben e André Green), que haveremos de saudar e incentivar uma recuperação do exercício da *parresia*, sem o qual restam comprometidas, enquanto formas ou “fórmulas” de vida tanto a Democracia, como a Filosofia – logo, também o Direito, esta forma de organização da convivência social, que sem aquelas a fundamentá-lo mais que nos favorecer, pode nos ameaçar e destruir.

A melhor mensagem que se poderia transmitir ao ser humano encontrava-se num dos oráculos mais poderosos de toda a Grécia, em Delfos, o Oráculo de Delfos, dedicado ao Deus Apolo, onde estavam escritos os seguintes dizeres: “conhece-te a ti mesmo, na medida de tua proporção”. Ou ainda, segundo outra versão: “Ó homem, conhece-te a ti mesmo e conhecerás os deuses e o universo”, ou seja, conhece seu lugar no universo, o humano não é o senhor e sim a morte. Tal recomendação se relaciona com a ética grega, com o cuidado de si mesmo, que por sua vez relaciona-se com o conhecer a si mesmo como prática da liberdade, necessária para o controle dos apetites, das paixões, tornando-se uma pessoa mais moderada, mais proporcional. Não é possível cuidar de si mesmo, e depois dos outros, sem conhecer a si mesmo (autoconhecimento).

A função etopoética da erótica grega, responsável por permitir aos indivíduos interrogar-se sobre a sua própria conduta, vigiá-la, formá-la e moldarem-se a si próprios como sujeitos éticos, com destaque para a relação da erótica com a verdade, é trabalhada por Foucault em seu livro “História da sexualidade”³³. Sobre a questão

33 Michel Foucault, “História da Sexualidade II – O Uso Dos Prazeres”. Lisboa: Relógio D’água, 1984, p. 15-17.

da etopoética Agamben menciona Foucault³⁴, apontando a estética da existência como pertencendo à esfera ética, já que para os gregos o cuidado de si não era um problema estético, mas ético em si mesmo. *Verbis*:

Na introdução do segundo vol. “Da História da Sexualidade”, o pertencimento da estética da existência à esfera ética é esclarecido de uma maneira que não deixa dúvida. As artes da existência, de que o livro trata, e as técnicas de si mediante as quais os homens procuraram fazer de sua vida uma obra que seja portadora de certos valores estéticos e responda a certos critérios de estilo, são, na realidade, práticas refletidas e voluntárias, mediante as quais os homens estabelecem cânones de comportamento que desempenham uma função que Foucault define, sem reservas, como etopoética.

Tal recomendação em muito se relaciona com o modelo educativo socrático, baseado na maiêutica, fundamentando-se no autoexame do indivíduo, formando um ser mais crítico e um pensador autêntico, formando um saber pensar por si só, por suas ideias próprias, deixando de ser manipulado e domesticado pelos senhores do tempo. Verifica-se que o cuidar de si, relacionado ao conhecer a si mesmo, é ressaltado por Sócrates, na análise que Foucault faz da *parresia* socrática, por volta do fim do século V, quando havia diversos sofistas, baseados unicamente na retórica e persuasão, vazios de ensinamentos e de sabedoria, pretendendo cuidar da educação dos atenienses. Sócrates ressalta que todos deveriam cuidar de si próprios e de seus filhos, e segundo Platão (Leis) aquele que usa a *parresia* é um tipo de figura política no campo das leis, o que faz ressaltar a necessária valorização da noção de *parresia* na compreensão da política.

A *parresia* é uma atividade, um estilo de vida eminentemente filosófico, pois os verdadeiros parresiastas, segundo Foucault, seriam os filósofos, ao que acrescentamos os poetas, pela coragem de dizer o que deveriam calar, apesar de haver outros tipos de *parresia*, como a política além da socrática ou filosófica; a filosofia, como expressão

34 Giorgio Agamben, “O fogo e o relato, ensaios sobre criação, escrita, arte e livros”. São Paulo: Boitempo Editorial, 2018, p. 160.

do dizer a verdade, é filha da *parresia*, enquanto que a democracia envolve-se em uma trama dialética com a *parresia*, onde, ao mesmo tempo em que a constitui, a nega e a exclui³⁵.

Foucault ressalta que Sócrates era um *parresiasta*, em sua arte da vida, em se confrontar sempre com os atenienses e querer lhes mostrar a verdade e a necessária mudança de comportamento, relacionando-se, portanto, *parresia* com o cuidado de si.³⁶

A *parresia* possui em um de seus vértices constitutivos, o compromisso com a verdade, já que o *parresiasta*, na boa *parresia*, acredita no que fala, no que defende, colocando-se em risco de morte (o qual o pacto *parresiástico* procura diminuir) segundo ensinamentos de Foucault (“Governo de si e dos outros”).

O conhecimento de si era uma prática além de uma teoria na tradição greco-romana, denominada de *askesis*, chamado por Foucault de um novo jogo *parresiástico*, onde o problema é confrontar a verdade consigo mesmo, diferenciando-se do conceito dado à palavra *ascetic* pelos cristãos, embora tal palavra derive do grego *askesis*, pois aqui envolveria a culpa e a autopunição. Trata-se para os gregos de um exercício, um treinamento prático, técnicas para o bem viver, envolvendo o exame da consciência, numa relação entre a verdade e o *self*; enquanto que a palavra *ascetic* para os cristãos é entendida como uma renúncia de si mesmo, para os gregos a *askesis* significava uma relação específica consigo mesmo, uma relação de autoposse e de autossobrerania.

A etopoética, a questão do cuidado de si, entende o sujeito como um ser de relação, não havendo, segundo Foucault, um ser antes da relação consigo: o sujeito é essa relação, e não um de seus termos, referindo-se aquele autor à ideia do si mesmo e da vida

35 Michel Foucault. “O governo de si e dos outros”. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2013.

36 Michel Foucault. “Discourse and Truth: The Problematization of Parrhesia (six lectures given at Berkeley)”, Oct-Nov. 1983. Ed. by Joseph Pearson in 1985. The text was compiled from tape-recordings made of six lectures delivered, in English, by Michel Foucault at the University of California at Berkeley in the Fall Term of 1983. www.repb.net, p. 07.

como uma obra de arte³⁷.

Segundo Foucault: “não se trata de ligar a atividade criadora de um indivíduo à relação que ele mantém consigo mesmo, mas de ligar essa relação mesmo a uma atividade criadora”³⁸.

Importante ressaltar que é preciso que o sujeito seja construído tal como um artista constrói sua obra, com destaque para a relação consigo e com o trabalho sobre si, apenas possíveis se forem conectados com uma atividade criativa. A felicidade, tarefa ética por excelência, para a qual se direciona todo trabalho sobre a própria pessoa, depende da escrita, torna-se possível somente através de uma prática criativa, envolvendo, pois, uma alquimia.

Em face da normalização, típica da sociedade da normalização em que se conjugam e se transpassam as técnicas da sociedade do controle, ou da disciplina e da regulamentação, normalizando corpos, saberes, afetos, trabalho, contrariamente a ela, o cuidado de si, no sentido axiológico de elaboração de uma ética.

Se o governo passa pela formação dos êthoi (caráter) nos quais os indivíduos se constituem como sujeito de sua própria conduta, então, o desprendimento de si, o tornar-se permanentemente capaz de desprender-se de si mesmo é a condição de possibilidade ética das formas de resistência política. Desprender-se de si mesmo também é desprender-se da ficção desse ponto zero do conhecimento, colocando-se Foucault contra Descartes e Kant³⁹. Uma forma de reação ao excesso de amor próprio, que seria um problema, por não nos permitir ver nossos próprios erros, quando nos amamos acima de tudo, trazendo um ofuscamento, um autoengano.

O importante é encontrar novos usos para a linguagem, sendo

37 Giorgio Agamben, “O fogo e o relato, ensaios sobre criação, escrita, arte e livros”, cit., p. 160, 161, 162, 163.

38 Michel Foucault. “Hermenêutica do sujeito”, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 514, p. 392-3.

39 Michel Foucault. “Malfazer, dizer verdadeiro. Função da confissão em juízo”, p. XVI e XVII.

a poética, a poesia, as artes então essenciais a tal fim; buscar encontrar o resto entre a subjetivação e a dessubjetivação, o vazio, após desativarmos todos os dispositivos a cargo do biopoder. Portanto, sendo a linguagem, na linguagem pela linguagem que o homem se constitui como sujeito, também será um novo uso da linguagem que permitiria sua dessubjetivação e a abertura para novos usos e novas possibilidades.

Oswaldo Giacoia postula pela superação do direito como mera forma⁴⁰, defendendo a profanação do Direito, na esteira de Agamben - que por sua vez possui influência de Foucault e de Nietzsche -, por uma biopolítica menor, pela combinação do cuidado de si com o desprezo de si, mantendo-se no entre, no resto, no afastamento e na distância aberta entre o processo de subjetivação e o de dessubjetivação e na esteira de Foucault, que entendia que cada subjetivação implicaria a inserção em uma rede de relações de poder, uma microfísica do poder.⁴¹

Segundo O. Giacoia, ao propor uma filosofia do abandono e uma ética do resto e da vergonha, tal desativação é necessária para a abertura de um novo uso para o Direito, após sua desativação e inoperatividade, que se daria pelo brincar, no jogo da mobilização e ação (*ludus*) e no jogo discursivo de palavras (*jocus*). Também deveríamos fazer uso dos corpos no sentido de desativar a divisão entre pensamento (alma, *logos*, linguagem) e corpo, liberando o corpo para novos usos, em busca da vida como obra de arte.⁴² *Verbis*:

Hoje, especialmente em vista de uma nova biopolítica, só pode ser colocada em termos de processos de subjetivação e de dessubjetivação, ou antes, como um reto, um afastamento, uma distância aberta entre processos de subjetivação e de dessubjetivação (...).

Após a morte de Deus, Foucault afirma a morte do homem (“As palavras e as coisas”), no sentido da constituição no mundo mo-

40 Oswaldo Giacoia Jr. “Agamben. Por uma ética da vergonha e do resto”. São Paulo: N-1 Edições, 2018, p. 170.

41 *Ibidem*, p. 79-81; p. 171, p. 225; p. 244.

42 *Ibidem idem*.

derno, de uma nova subjetividade e do contínuo deslocamento da subjetividade na história humana e elogia Sócrates pela sua atividade filosófica caracterizada, no seu entender, pelo cuidado de si e pelo cuidado dos outros como duas faces da mesma moeda.⁴³

Ao propor seu interesse pelas heterotopias, não pelas utopias, ou seja, pelos espaços absolutamente outros, nas margens, espaços e indivíduos desviantes, Foucault busca novos sentidos, novas formas de agir e de pensar, pretende o virar no avesso a narrativa, retomar o não dito, e conseguir outra significação. Uma abordagem, portanto, que leve em conta o não dito, o resto, possibilitando novos usos, um uso anárquico e dionisíaco, uma ação política revolucionária, dionisíaca, no sentido de dissolução, revogação e desativação das amarras e da distinção entre o profano e o sagrado, não uma forma de sacralização das artes, mas de profanação das artes e profanação do direito, restituindo o que antes estava separado, segregado, pelo sagrado, ao uso comum (Agamben).

O pensar mesmo, o entendemos como uma atividade propriamente política, ressaltando-se o vínculo, portanto, entre filosofia e política. O pensamento é subversivo de *per se*, pois conectado com a resistência ao pensar simplesmente conforme o senso comum, possuindo uma função de desconstrução, de subversão, sendo o filosofar, por isso, uma prática poética (Nietzsche). Busca-se, pois, promover o questionamento e o pensamento crítico, a algo transgressional, desterritorializante, questionando-se quais seriam as condições de um discurso transgressivo e se é possível uma transgressão efetiva na clausura do sistema.

A arte ajudaria na religação do Direito e da Filosofia novamente com o mundo da vida, como formas de cura à doença do homem no mundo, potencializada de forma exponencial pela física moderna, já que com a poesia voltaríamos à nossa casa, nos encheríamos de “alegria, gozo e prazer”. Com isso conseguiríamos a cura

43 Roberto Machado. “Impressões de Michel Foucault”, p. 45-46.

para todos nossos males, já que *la cura é venuta in mezzo al gioioso*, nos dizeres de Hölderlin, em expressiva tradução italiana, o que relacionamos com Nietzsche ao considerar a cura, a salvação na e pela arte, e qualquer prazer fundado sobre a proporção, bem como a origem da justiça na ideia de equilíbrio, como pressuposto de todos os pactos e de qualquer Direito. A cura também seria conseguida pela descolonização permanente do pensamento, da linguagem, da comunicação, recuperando a Ágora, a praça pública, como ponto de encontro da comunidade, logo recuperando a comunidade em si e o espaço público já privatizado e abandonado, e (re)democratizando a Filosofia e o Direito, um pouco mais *pop* (Deleuze), do povo, e menos elitista e aprisionado nas Cátedras muitas vezes fechadas em dogmas e preconceitos.

Do que se trata é de libertar-nos e de reconhecermos a diferença, o outro, e no outro nós mesmos, um projeto de emancipação e liberdade de criação, pela soberania do artista, por um Direito liberto, com o que só tem a contribuir a interdisciplinaridade e a fertilização mútua dos saberes, considerados não mais em fragmentação.

Criação é *poiesis*, o ser humano é um ser duplamente autopoético, enquanto vivo e consciente, um ser que depende da criação para surgir e se reinventar, já que é um ser em aberto, constantemente em construção, um não ser, portanto.

Por meio da análise da tragédia grega, com o retorno à Antiguidade Clássica, pretendemos contribuir para criar uma nova concepção do Direito, um novo Direito, um Direito sob outro olhar, não técnico, mas poiético, poético, transgressor, ligado às potências da vida, e contrário à tanatopolítica, política de morte presente em estados de exceção. Direito como criação, como arte (Dante).

Daí a importância da análise de Antígona, como exemplo de experiência-limite, a exemplo daquelas apresentadas na literatura e ensaística de autores tais como Blanchot, Artaud e Bataille, levando-nos a interrogar o que é o ser humano e o que é o ser humano

atualmente. Isso porque “Antígona” é o exemplo de uma morta-viva, vivendo além da vida e além da morte, além da “até”, local onde o ser humano não conseguiria ficar por muito tempo, além, pois, de todo o limite humano, ou seja, vivendo em uma situação-limite.

Trata-se do resgate, a partir de tal estudo, da religação do vínculo na verdade indissolúvel entre Direito, Filosofia, Religião e Arte (mitopoética), que foi rompido com o formalismo e humanismo da modernidade, a fim de permitir uma cognição mais aprofundada do Direito e do ser humano e de um estímulo ao pensamento crítico. As tragédias trazem ínsitas questões fundamentais, lembrando a necessidade da *zetética* (Theodor Viehweg, Tercio Sampaio Ferraz Jr.) ao Direito, tais como, o que somos nós os humanos? O que é o Direito? O que é o Direito positivo? Quais as condições de um discurso transgressor? Como queremos viver? Ou, afinal, para lembrar Spinoza, o que pode um corpo?

As tragédias revelam um modo de presença do sujeito no mundo que foi deslocado com a Filosofia e a Ciência moderna. Segundo Foucault, as tragédias trazem a representação da fundamentação do Direito, com foco nas tragédias gregas “Édipo-rei”, “Antígona” e “Electra”, por levantarem as questões da vingança, da confissão, da origem do tribunal (“Electra”), da fundamentação da lei. “Antígona” e “Electra”, no seu entender, tratam da questão de como compatibilizar e confrontar o direito familiar dentro do direito da *polis*⁴⁴.

44 Michel Foucault, “Malfazer, dizer verdadeiro. Função da confissão em juízo”, cit.

2. BIOPODER-BIOPOLÍTICA, TANATOPOLÍTICA E ESTADO DE EXCEÇÃO

Pretendemos analisar os conceitos de biopolítica e biopoder desenvolvidos por Michel Foucault, em cotejo com Giorgio Agamben,, essenciais a fim de uma melhor compreensão para o que atualmente se denomina tanatopolítica, uma política de morte, e de biopolítica, invertendo-se a teoria da soberania clássica. Tanatopolítica, ou seja, o poder exercido sobre a vida nua (ao que vemos certa congruência com a “vida fática” do “Dasein”, tal como estudado por Heidegger) de um ser humano que não é mais reconhecido como uma pessoa, com a dignidade que lhe é própria.

Faremos uma reflexão sobre alguns outros conceitos desenvolvidos por Michel Foucault, tais como sociedade da disciplina, do controle, da regulamentação e da normalização, racismo de Estado, por serem correlacionados à crise autoimunitária, na medida em que se pretende uma visão mais aprofundada, crítica e filosófica de tal questão, a fim de melhor observar e postular por alternativas à mesma.

Nesse sentido, destaca-se tal parte do estudo para uma melhor compreensão da, denominada por Jacques Derrida, resistência fundamental a certos axiomas do Direito, a fim de que possamos especular racionalmente sobre tais dogmas, sobre a estrutura dogmática e hermenêutica, tendo também referido autor trabalhado a questão da autoimunidade na parte da religião, ao lado de Roberto Esposito, com foco mais na política e de Willis Santiago Guerra Filho, com foco no Direito, e Peter Sloterdijk na filosofia, todos precedidos (e influenciados) pela sociologia sistêmica de Niklas Luhmann.

Buscamos viver eternamente, afastando-nos da morte, como se isso fosse possível, querendo ser para sempre, o que seria impossí-

vel já que não haver um fim pressupõe também não haver um começo, deslocando a morte para o âmbito privado, como bem ressalta M. Foucault, uma vez que na sociedade da regulamentação e do biopoder procura-se ampliar ao máximo a vida. Contudo, deveríamos nos compor com a morte e os mortos, por meio de explicações e prescrições mitopoéticas, às quais, na esteira de Eudoro de Sousa (“Mitologia”), por assumirem em geral a forma de uma *teotanaturgia*, que é também um modo de *aleteurgia* – na linha do que preceitua M. Foucault ⁴⁵, ao se referir a tipos de aleteurgia enquanto formas de veridificação, ou seja, maneiras de dizer o verdadeiro, produzindo-o performaticamente por meio de procedimentos e rituais, revestidos de conotação, respectiva e mutuamente, jurídica e mágica. Referida investigação na atualidade foi aprofundada por Giorgio Agamben em um conjunto de obras pertencentes à parte final da série “*Homo Sacer*”, a partir de “O Reino e a Glória”, examinando a ruptura introduzida pelo cristianismo com a ontoteologia greco-romana, ao promover uma ontologia efectual realizada através da liturgia e do ministério eclesiásticos, avatares das formas de exercício do domínio que a secularização viria a introduzir subrepticamente na ética e na política modernas, logo, também no direito e na economia.

Colaciona-se aqui um dos elementos da filosofia citados, qual seja: *Tragödie* -> o inquestionável => saber a mais, de que não há nada a saber de fundamental que não já se saiba – embora não se aceite -, quando se sabe do horror da vida e da morte, que só é horror porque conhecemos as maravilhas de estar vivo, e então aceitamos, aprovamos que assim seja. Tal elemento encontra-se em tensão, com o elemento *doxa*, caracterizado pelo já sabido, sendo polaridades contrastantes, polos antagônicos.

Quanto à análise do conceito de biopolítica, estudado por Foucault, este relaciona-se com o entendimento de Achille Mbembe. Para Foucault vivemos na época da generalização absoluta do biopo-

45 Michel Foucault. “O Governo dos Vivos”. Curso no Collège de France, 1979-1980: aulas de 09 e 30 de janeiro de 1980”. São Paulo: Centro de Cultura Social, 2009, p. 40 e ss.

der e do direito soberano de matar. Época do estado racista, Estado assassino, Estado suicida. Por sua vez, Achille Mbembe em seus dois principais livros, “Crítica da razão negra” e “Necropolítica”, retoma as análises de Foucault propondo o termo “necropolítica”, e afirma haver um dispositivo fantasmático do poder colonizador impondo uma nova ordem de verdade. Ao haver a sujeição do nativo pelo desejo com sua função sedativa e epilética, o colonizado fica para fora de si, iludido, em um processo de travestimento e estranhamento, com a profusão de fantasmas. Ocorre a passagem do real ao fantasmático, do avesso ao direito no racismo institucional, afirmando ser o negro o espectro da modernidade⁴⁶. O capitalismo social equivale, para ele, a uma vasta necrópole, enquanto o neoliberalismo produz a indiferença, codificando o mundo a partir de lógicas empresariais⁴⁷. A violência fantasmal se baseia na negação de qualquer singularidade essencial⁴⁸. Aponta, ainda, para a necessidade de se reabilitar a singularidade e a diferença e para o devir negro no mundo, ante a universalização da condição negra no mundo e transformação do ser humano em dados numéricos e códigos.⁴⁹

O racismo e a questão dos negros no Brasil são analisados, pois, como exemplos paradigmáticos de *homo sacer*, relacionando-se aos conceitos do sacro, do que é excluído, comum, profano, relacionando-se, portanto, com conceitos tipicamente religiosos, bem como com a questão da violência dentro do Direito, apesar da afirmação de Slavoj Žižek (“Antígona”) de que todos nós atualmente somos *homo sacer*, e da ressalva de Walter Benjamin acerca da generalização do estado de exceção nas sociedades ocidentais, conceito este equiparável aos de Gilberto Bercovici (estado de exceção econômico permanente), Pedro Serrano (estado de exceção judicial), e de Boaventura de Sousa Santos (fascismo social).

46 Achille Mbembe. “Crítica da razão negra”, trad. Sebastião Nascimento, São Paulo: n-1, 2018, p. 229.

47 *Ibidem*, p. 234.

48 *Ibidem*, p.250.

49 *Ibidem*, p. 11.

Essa forma particular de terror, o necropoder, seria a conca-tenação entre o biopoder, o estado de exceção e o estado de sítio⁵⁰. A ocupação colonial tardia difere da primeira ocupação moderna, particularmente, segundo Mbembe, em sua combinação entre o disciplinar, a biopolítica e a necropolítica, afirmando ser a mais bem sucedida forma de necropolítica a ocupação colonial contemporânea da Palestina⁵¹, uma forma específica do terror, o necropoder, que possibilita a dominação absoluta sobre os habitantes do território ocupado. Trata-se da nova ordem da economia máxima agora representada pelo massacre, criando “mundos de morte” e o estatuto de “mortos-vivos”.⁵²

Serão analisados os seguintes elementos da filosofia em estado de tensão:

Tragödie -> o inquestionável => saber a mais, de que não há nada a saber de fundamental que já não se saiba – embora não se aceite -, quando se sabe do horror da vida e da morte, que só é horror porque conhecemos as maravilhas de estar vivo, e então aceitamos, aprovamos que assim seja. Tal elemento encontra-se em tensão, com o elemento *doxa*, caracterizado pelo já sabido, sendo polaridades contrastantes, polos antagônicos.

Foucault, em seu livro “Em defesa da sociedade”, postula por um Direito não disciplinar e liberto do princípio da soberania, ante a farsa da concepção do ato jurídico fundador da sociedade e do Direito como base na cessão e no contrato, ante a farsa do contrato social e da teoria da soberania, a serem substituídos pela teoria da guerra, envolta na questão da luta de raças⁵³.

Argumenta, destarte, que os conceitos associados à democracia liberal são ficção quanto a sua universalidade, quais sejam,

50 Achille Mbembe. “Necropolítica”, 3ª. ed., trad. Renata Santini, São Paulo: n-1, 2018, p. 31

51 *Ibidem*, p. 41; p. 48

52 *Ibidem*, p. 71.

53 Michel Foucault, “Em defesa da sociedade”, 1ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes Editora, 1999, p. 460 e ss. 375.

cidadania, sociedade civil, direitos e contrato social.⁵⁴

Foucault postula por um novo Direito, antidisciplinar e liberato do princípio da soberania, um novo uso e possibilidade para o Direito e para a Política após a desativação dos dispositivos a cargo do biopoder, propondo a recuperação dos saberes sujeitados, os “conteúdos históricos que foram sepultados, mascarados em coerências funcionais ou em sistematizações formais”, desqualificados como saberes não conceituais, como insuficientemente elaborados, sepultados da erudição, “saberes ingênuos, saberes hierarquicamente inferiores, saberes abaixo do nível do conhecimento ou da cientificidade requeridos”⁵⁵, tais como o saber do doente, o saber do delinquente, o saber das pessoas, no sentido de um saber particular, um saber local, um saber diferencial. Trata-se do saber histórico das lutas, da “insurreição dos saberes” contra os efeitos de poder do discurso científico, em especial contra os efeitos centralizadores de poder⁵⁶, que são vinculados à instituição e ao funcionamento de um discurso científico. A arqueologia proposta por Foucault seria o método próprio da análise das discursividades locais e a genealogia, a tática que faz intervir, a partir dessas discursividades locais, os saberes dessujeitados, a fim de reconstituir o projeto de conjunto.⁵⁷

Segundo Foucault, a análise histórico-política, ao contrário da análise filosófico-jurídica de até então, permitiria descobrir a clivagem dos enfrentamentos e das lutas que as ordenações funcionais ou as organizações sistemáticas tiveram como objetivo justamente mascarar, sendo que com o aparecimento desses saberes locais das pessoas é que foi feita a crítica. Foi pelo acoplamento entre os saberes da erudição e os saberes desqualificados pela hierarquia dos conhecimentos e das ciências que se decidiu efetivamente o que forneceu à crítica dos discursos destes últimos quinze anos a sua força essencial.

54 *Ibidem*, p. 35 e ss., p. 44 e ss.

55 *Ibidem*, p. 08

56 *Ibidem*, p. 09 e ss.

57 *Ibidem*, p. 460 e ss.

Nesses saberes jazia a memória dos combatentes, aquela precisamente que até então tinha sido mantida sob tutela. Essas genealogias, como acoplamento desse saber erudito e desse saber das pessoas só foram possíveis com uma condição – que fosse revogada a tirania dos discursos englobadores, com sua hierarquia, contra a instância teórica unitária que pretenderia filtrá-los, hierarquizá-los, ordená-los em nome de um conhecimento verdadeiro.⁵⁸

Ter saber é uma condição para ter poder, ou seja, houve um esquecimento perpétuo de si mesmo (pela nobreza); Foucault convida à reabertura do saber, da própria memória, à tomada de consciência, à recuperação do conhecimento e do saber, para então se poder colocar como sujeito da história.⁵⁹

O Estado moderno promoveu o disciplinamento dos saberes no séc. XVIII, quando houve um combate dos saberes uns contra os outros, uma luta econômico-política em torno dos saberes que foi se tornando mais tensa e maior com o desenvolvimento das forças de produção e demandas econômicas, desenvolvendo-se em tal época processos de anexação, confisco, apropriação de saberes menores, particulares, locais, artesanais, pelos saberes maiores, ou seja, tentativas de generalização, eliminação e desqualificação de pequenos saberes, considerados inúteis, irredutíveis e economicamente dispendiosos, bem como ocorrendo a normalização desses saberes entre si e classificação hierárquica dos saberes, permitindo o controle dos mesmos.⁶⁰

Trata-se do empreendimento de normalização dos saberes técnicos, compreendendo seleção, normalização, hierarquização e centralização, o que corresponde ao que denomina “poder disciplinar”.

O século XVIII é o século do disciplinamento dos saberes, quando então a Filosofia deixa de exercer sua função de organização,

58 *Ibidem*, p. 08-11; p. 16 e ss.

59 *Ibidem*, p. 130, 131,132.

60 *Ibidem*, p. 150, 151-153.

comunicação dos saberes uns com os outros, e perde seu papel fundamental e fundador, efetivo, real, operacional no interior do desenvolvimento dos conhecimentos, encontrando-se, pois a Filosofia à deriva, motivo pelo qual alguns estudiosos afirmam ocorrer a morte da Filosofia após Hegel.

Nesse processo também se situaria a origem da Universidade nos séculos XVIII e início do século XIX, como uma espécie de grande aparelho uniforme dos saberes, com uma função de seleção dos saberes, com uma espécie de monopólio de fato e de direito, desprezando e desclassificando o saber em estado selvagem, nascido alhures; ocorre uma mudança na forma do dogmatismo, e no lugar da censura dos enunciados, há, pelo contrário, uma renovação dos enunciados, a disciplina da enunciação, havendo um desbloqueio epistemológico, uma nova forma, uma nova regularidade na proliferação dos saberes, organizando-se um novo modo de relação entre poder e saber⁶¹.

Há, pois, dois saberes: um saber disciplinado sob forma de disciplina histórica e outro, uma consciência histórica polimorfa, dividida e combatente, sendo esta a outra face da consciência política⁶².

Tais questões envolvem, sobretudo a consideração acerca da origem religiosa da política moderna, e a afirmação de que o político e a negação se tornam indestituíveis, pois o político invade a estrutura da negação – trata-se da hostilidade absoluta, política e guerra se entrelaçando de forma indissolúvel. Foucault afirma o equívoco de Hobbes e de Rousseau ao afirmarem a origem da sociedade no pacto social, no sentido de haver o bom selvagem ou no sentido de que, após o pacto, houve o estabelecimento da paz e da segurança, afirmando a origem, antes da sociedade, de uma horda bárbara que nunca cedeu sua liberdade, e da guerra no lugar do contrato social.

61 *Ibidem*, p. 54-155.

62 *Ibidem*, p. 157.

Foucault postula por um novo Direito, antidisciplinar e liberto do princípio da soberania, um novo uso e possibilidade para o Direito e para a Política após a desativação dos dispositivos a cargo do biopoder, em seu livro “Em defesa da sociedade”.

A proximidade estrutural entre o Direito e a anomia, entre a pura violência e o estado de exceção, possui também, como sucede com frequência, uma figura invertida, como nos lembra Giorgio Agamben, ao final de sua obra “Estado de Exceção”. Os historiadores, etnólogos e especialistas do folclore estão acostumados a festas anômicas, como as saturnais romanas, o charivari e o Carnaval da Idade Média, que suspendem e invertem as relações jurídicas e sociais que definem a ordem normal: os patrões se põem a servir seus criados, os homens se vestem e se comportam como animais, os maus costumes e os crimes que seriam punidos pela lei são de repente autorizados. Karl Meuli⁶³ foi o primeiro a sublinhar o vínculo entre essas festas anômicas e as situações de suspensão do Direito que caracterizam certas instituições penais arcaicas. Nelas, como no *iustitium*, quando o Direito ficava suspenso tal como o sol no *solisticium*, pode-se matar um homem sem processo, destruir sua casa ou apoderar-se de seus bens. Longe de reproduzir um passado mitológico, a desordem do Carnaval e as destruições tumultuosas do charivari reatualizariam uma situação histórica real de anomia. O vínculo ambíguo entre o Direito e a anomia é assim plenamente evidenciado: o estado de exceção é transformado numa festa sem restrição, na qual se exhibe a violência pura para que se usufrua dela em toda a liberdade.

Giorgio Agamben, em sua obra “Homo Sacer I - O poder soberano e a vida nua”, trabalha com o conceito de “biopolítica”, relembrando a definição formulada por Foucault, como sendo a política em que a vida humana se torna objeto de cálculo e previsão do poder do Estado, bem como afirmando sua transformação em

63 Karl Meuli. “Gesammelte Schriften”. Basel-Stuttgart: Schwabe, 1975. 2 V.

“tanatopolítica”, na política a serviço da morte, da guerra, e não da vida, da paz, nos seguintes termos:

(...) uma obscura figura do direito romano arcaico, na qual a vida humana é incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão (ou seja, de sua absoluta matabilidade), (...) o enigma de uma figura do sagrado aquém ou além do religioso, que constitui o primeiro paradigma (...) político do Ocidente. (...). A vida humana passa a ser objeto eminente dos cálculos e das previsões do poder estatal; trata-se da biopolítica, uma política que deveria servir ao interesse da vida, mas que na modernidade, se transformará em tanatopolítica (...) ⁶⁴.

Afirma então que “uma nova política, integralmente nova, ou seja, não mais fundada sobre a exceção da vida nua, deverá se apresentar” ⁶⁵, e que enquanto tal não se concretizar ainda serão atuais os exemplos do nazismo e do fascismo, onde a lei autorizava a barbárie, ocasionando o que de pior poderia ocorrer, a saber, a banalização da vida pelo Direito, logo, a perversão mesma do Direito, ao permitir o massacre da dignidade humana, afirmando a biopolítica do totalitarismo moderno. *Verbis*:

(...) a nossa política não conhece hoje outro valor (e conseqüentemente, outro desvalor) que a vida, e até que as contradições que isto implica não forem solucionadas, nazismo e fascismo que haviam feito da decisão sobre a vida nua o critério político supremo, permanecerão desgraçadamente atuais (...) a biopolítica do totalitarismo moderno de um lado, a sociedade de consumo e do hedonismo de massa de outro constituem certamente, cada uma a seu modo, uma resposta a estas perguntas (...) ⁶⁶.

Por sua vez, segundo Agamben, a biopolítica moderna se qualificaria pelo seu conceito intrínseco de campo de concentração e seguiria a estrutura dos grandes Estados totalitários, representando a politização da vida nua, o evento decisivo da modernidade. Por “biopolítica”, Agamben entende ser uma expressão tão antiga como

64 Giorgio Agamben, “Homo sacer I: o poder soberano e a vida nua”. Trad. Henrique Burigo, 2ª. ed., Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p.7-12.

65 *Ibidem*, p. 15

66 *Ibidem*, p. 08 e ss.

a exceção soberana, que “ocorreria quando o Estado moderno coloca a vida biológica no centro de seus cálculos, utilizando-se da técnica da “docilização”, da “domesticação” dos corpos”⁶⁷. E continua:

(...) o ingresso da *zoé* na esfera da *polis*, a politização da vida nua como tal constitui o evento decisivo da modernidade, que assinala uma transformação radical das categorias político-filosóficas do pensamento clássico (...) a implicação da vida nua na esfera política constitui o núcleo originário - ainda que encoberto - do poder soberano. Pode-se dizer, aliás, que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano.

Para Agamben, há o “aflorar do estado de exceção como estrutura permanente de de-localização e de-localização jurídico-política”, reconhecendo no estado de natureza e no estado de exceção duas faces de um mesmo processo “topológico”⁶⁸.

Essa temática há de ser desenvolvida com apoio na obra exemplar de Giorgio Agamben, - em especial o “Estado de Exceção”, - o qual, por seu turno, retoma desenvolvimentos devidos a pensadores tão distintos no espectro ideológico, como são Carl Schmitt e Walter Benjamin, a respeito de um tema que se apresenta como uma antinomia, geralmente evitada pelo pensamento formalista reinante no Direito, o qual não estaria preparado sequer para percebê-lo. Demonstração cabal do que se vem de afirmar é dada pelo modo como a revolução vem considerada por teoria que leva os pressupostos formalistas às suas últimas consequências, como é o caso daquela kelseniana, em conexão com uma perspectiva que se descortina, de reação possível e proporcional a essa situação-limite a que chega o Direito em tais circunstâncias, mesmo no âmbito de um Estado formalmente de Direito e Democrático, qual seja, a do exercício.

A partir do reconhecimento da relação entre senhor e escravo, uma relação originária inclusiva-exclusiva, segundo Agamben, uma comunidade de vida, e ao mesmo tempo o fundamento do Direito, busca-se cotejar tal assertiva com a afirmação de que “o que mantém

67 *Ibidem*, p. 10.

68 *Ibidem*, p. 39.

unida a comunidade não é a lei, mas a identificação com uma forma de transgressão da Lei, de suspensão da Lei”, com fundamento nas obras de Roberto Esposito, “Immunitas” e “Bios”, considerando imunidade e comunidade como dois lados da mesma moeda, um não existindo sem o outro.

3. PARADOXO DOS DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS E CRISE AUTOIMUNITÁRIA DO DIREITO

Buscando uma alternativa à crise autoimunitária do Direito, com foco na dignidade humana e em uma melhor proteção aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, pretendemos ainda analisar respostas e alternativas a tal crise, considerando o princípio da proporcionalidade como um *pharmakon*, ou seja, tanto um remédio como um veneno, pois ao mesmo tempo em que mal aplicado pode piorar o estado de crise autoimunitária do Direito, com sua aplicação correta, respeitando o seu procedimento trifásico, possibilitaria sua maior efetividade, favorecendo um incremento de sua racionalidade e também o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

O paradoxo dos direitos humanos e direitos fundamentais, consubstanciado em sua constante ampliação na teoria e em sua inefetividade na prática, corresponde a um dos elementos da filosofia ora postulado, qual seja, a *Aporia* -> o questionamento puro e simples, infinito permanente, até esbarrar no paradoxo, ficar sem saída => princípio de incerteza.

Tal análise nos conduzirá a apontar críticas à jurisprudência do STF, a algumas questões da doutrina pátria e à utilização da fórmula matemática de R. Alexy. Este autor faz uma tentativa para maior racionalidade na ponderação, contribuindo, contudo, no nosso entender, para o recrudescimento do pensamento cartesiano, para a não efetividade do Direito, para o não fortalecimento da jurisdição constitucional, não sendo apta ao objetivo que pretende alcançar, qual seja, garantir uma racionalidade na ponderação a ser realizada, conforme críticas apontadas por diversos autores neste sentido.

Buscamos analisar, de outra parte, o princípio da proporcionalidade relacionado às ideias de proporção, de justiça, de equidade, beleza-estética, aproximando-se de uma mito-poética (envolvendo procedimento que se assemelha a um ritual, logo envolvendo também a poética, por se relacionar a um direito poético, poético, criador, criativo, erótico, ligado aos sonhos e ao desejo), isso na busca de um Direito enquanto arte, de uma beleza geométrica, uma forma de re-humanização do Direito. A hermenêutica constitucional, pois, relaciona-se ao princípio da proporcionalidade, reaproximando-se a Filosofia do Direito.

Cumpra destacar aqui a distinção necessária entre os conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais, os quais não se confundem. A construção do conceito de direitos humanos perpassa diversos períodos da história da humanidade e, mais precipuamente, nos dois últimos séculos ganharam relevo fundamental na fomentação de paradigmas basilares dos Estados Modernos, como igualmente encontram respaldo em sua forma internacionalizada, isto é, nas relações entre tais Estados. Ressalva-se o uso inapropriado daquelas duas expressões na utilização da expressão direitos fundamentais como sendo direitos humanos positivados ou como que fundindo as duas categorias em uma só, referindo-se à expressão “direitos humanos fundamentais”. Neste sentido, a Emenda Constitucional 45/2004 ao acrescentar o parágrafo 5º ao artigo 109 da CF consagra tal distinção, ao se referir à possibilidade de um incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, no caso para o Procurador-Geral da República, quando se considerar haver grave violação de direitos humanos.

Uma das principais características diferenciadoras entre essas duas categorias de direitos revela-se no fato de os direitos humanos terem uma vocação universalista, internacional, enquanto os direitos fundamentais encontram-se assentados em uma ordem jurídica interna. Caso os direitos fundamentais fossem direitos humanos positivados, todas as questões subjacentes estariam sujeitas à compe-

tência da Justiça Federal. Ressalve-se, no entanto, que do ponto de vista histórico, ou seja, de acordo com uma dimensão empírica, os direitos fundamentais em geral são, ou foram originalmente, direitos humanos. Os direitos fundamentais, portanto, são aqui considerados distintos dos direitos humanos por serem manifestações positivas de um Direito interno, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico interno, embora estes últimos possuam também eficácia jurídica, não sendo correto o entendimento de os considerar apenas pautas ético-políticas ou simplesmente “direitos morais”, sem qualquer carga de eficácia portanto ou força cogente.

Cabe ressaltar que os direitos humanos também são positivos, positivados, originalmente num plano suprapositivo, depois naquele internacional, na ordem jurídica internacional, e daí penetrando nas também ordens jurídicas nacionais.

No tocante à resolução dos denominados *hard cases*, envolvendo conflitos entre direitos fundamentais, destaca-se a necessária crítica à jurisprudência do STF quanto à técnica da ponderação, principalmente nos julgados mais recentes e naqueles da lavra da relatoria do Ministro Carlos Ayres Brito, ao aplicar a fórmula matemática de R. Alexy, na busca de uma racionalidade geométrica, de um rigor científico. Tal fórmula relaciona-se com um dos elementos da filosofia, qual seja: *zethoumenous*, elemento próprio do saber técnico, do saber típico do cartesianismo. A proporcionalidade relaciona-se com um outro elemento da filosofia, qual seja: *logos* -> diálogo, discurso, relato, razão, definição, proporção, equilíbrio => saber constitutivo do ser/estar humano. Fecha-se um círculo aqui, pois somos remetidos ao elemento da *tragôdia*, representando a paridade entre Dioniso e Apolo. *Logos* origina-se do grego *legein*, *legere*, significando originariamente, colher, donde derivam colheita, cultivo e por paronomásia, cultura.

A outra face do Direito é o poder, e relaciona-se à violência, contudo, abre-se uma via de fuga, uma outra força que pode atrair o

Direito para cima, para o justo e o santo, para a ideia do Direito, o “espírito das leis”, qual seja, a justiça, Esse elemento sutil que anima o Direito, para torná-lo propriamente correto, é a utilização do princípio da proporcionalidade, permitindo-se a ponderação entre os diversos direitos fundamentais, de forma adequada e proporcional, respeitando a dignidade humana, a ser protegida em especial pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, com a proteção do núcleo essencial de qualquer direito fundamental, ao contrário das posições meramente relativistas, na esteira de R. Alexy.

O Direito estaria situado entre o real da violência, que é atual e o ideal da justiça, que é eterno e, logo, por definição, divino – com o potencial de suprimir cada vez mais a violência, nas relações humanas, para torná-las propriamente isso: uma relação proporcional entre seres dotados de humanidade, com respeito mútuo e respeito pela diferença, pelo diferente; aí estaria a santidade, com tudo que tem de próximo, não só semanticamente, da sanidade, do que é são e saudável.

Por conseguinte, ao analisarmos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicação e entendimento do princípio da proporcionalidade, pudemos verificar a (i)legitimidade do Direito aí produzido, já que o Direito passa a depender sobretudo dos procedimentos que institui (e, correlativamente, o instituem), e a do próprio Poder Judiciário. Destarte, podemos constatar que vivemos em verdadeira corrupção sistêmica, tomando-se como ponto de partida a teoria de Niklas Luhmann, já que os subsistemas do sistema global da sociedade mundial, com ênfase aqui ao Direito e à Política, não vêm cumprindo sua função, encontrando-se em processo de desacoplamento estrutural e desdiferenciação.

Relembramos os elementos utilizados retirados da filosofia:

Aporia -> o questionamento puro e simples, infinito permanente, até esbarrar no paradoxo, ficar sem saída => princípio de incerteza. relaciona-se com outro elemento da filosofia, o *zethou-*

menous, elemento próprio do saber técnico, do saber típico do cartesianismo (fórmula matemática de R. Alexy). Contrapondo-se a tal lógica matemática, a proporcionalidade relaciona-se com um outro dos elementos da filosofia, qual seja: *logos* -> diálogo, discurso, relato, razão, definição, proporção, equilíbrio => saber constitutivo do ser/estar humano. Fecha-se um círculo aqui, pois somos remetidos ao elemento da *tragödia*, representando a paridade entre Dioniso e Apolo. *Logos* origina-se do grego *legein*, *legere*, significando originariamente, colher, donde derivam colheita, cultivo e por paronomásia, cultura.

Pretendemos trazer contribuições à “Teoria Imunológica do Direito”, contribuições anteriormente apresentadas, por sua vez, por Willis Santiago Guerra Filho à Teoria de Sistemas Sociais Autopoiéticos⁶⁹, o qual também pioneiramente apresentou um enfoque crítico desta teoria. Tais contribuições foram saudadas, pelos editores do livro “Luhmann Observed”⁷⁰, como trazendo uma possibilidade de mudança no paradigma sistêmico autopoiético, pela introdução do enfoque imunológico, que permite perceber o trânsito da autoipoiese à autoimunidade, a apontar o risco de uma autoimunização do sistema social mundial ante as deficiências detectadas no sistema parcial do Direito, considerado por Luhmann como um sistema imunológico desde sua obra seminal “Sistemas Sociais”, marcando a virada paradigmática para a concepção autopoiética.

Examinamos o paradoxo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais em face de sua concomitante proliferação e atual ineficácia, a demandar uma análise à luz da “Teoria Imunológica do Direito” e questionamos se as minorias societárias podem ser tomadas como exemplificação da figura do *homo sacer*, de “abandono”, de exceções por meio das quais o Direito as inclui, isto é, da inclusão por meio da exclusão.

69 Willis S. Guerra Filho, “Immunological theory of law”, 2014.

70 Willis S. Guerra Filho, “Luhmann and Derrida: Immunology and Autopoiesis”, in: *Luhmann Observed: Radical Theoretical Encounters*, A. La Cour e A. Philippopoulos-Mihalopoulos (eds.), Londres/Nova York: Palgrave, 2012

A presente proposta aporta contribuição para a busca de respostas ao que se apresenta como uma crise autoimunitária do Direito, verdadeira aporia e paradoxo, revelando que o ser humano é, assim, um ser abandonado – *homo sacer* (Agamben) –, e pelo próprio Direito, que deveria protegê-lo, donde haver uma tendência à autoimunidade social.

Visamos a verificar a resistência de certos axiomas do Direito, denominada “resistência fundamental” por Jacques Derrida, analisando o Direito para além do formalismo e reconhecendo a necessidade da interdisciplinaridade para a fertilização dos saberes, a fim de se preservar a “autopoiese” do sistema jurídico e do ser humano.

As tragédias trazem ínsitas questões fundamentais, vinculando-se à abordagem zetética, à abertura crítica em todas as direções das questões, ao contrário da postura positivista, legalista e formalista do Direito e do conhecimento. Neste sentido, questiona-se:

- O que somos nós, os humanos? O que é o Direito? O que é o Direito positivo? Como queremos viver? O que pode um corpo?

- O Decreto de Creonte é legítimo, e pode ser considerado Direito? A conduta de Antígona de resistência e transgressão é legítima? Qual o papel da transgressão no Direito e como as artes podem ajudar o Direito, em sua humanização, já que a função da arte é justamente de transgressão e de propor o novo, a criatividade (autopoiese)?

- Quais seriam as condições de um discurso transgressivo? É possível uma transgressão efetiva na clausura do sistema (fechado operacionalmente e aberto cognitivamente)? Uma filosofia da transgressão como um sim à vida e à liberdade, em busca da realização do humano?

- Como contestaremos o poder? Através da fidelidade a velhos costumes orgânicos ameaçados pelo Poder, ou sendo mais violentos

do que o próprio Poder?⁷¹.

Tercio Sampaio Ferraz Júnior foi quem pioneiramente no Brasil trouxe a diferenciação entre dogmática e zetética e utilizando-se de terminologia proposta por Viehweg afirma não haver entre estas uma separação radical. Enquanto que a dogmática foca, segundo tal entendimento, o ato de opinar e ressaltar certas opiniões (*dokein*), as questões “zetéticas”, inversamente, colocariam em dúvida tais meras opiniões (*zetein*). As questões “dogmáticas” são tipicamente tecnológicas, com uma função diretiva explícita, configurada como um dever-ser.

A zetética, como forma de pensamento jurídico, foi desenvolvida por Theodor Viehweg na intenção de constituir uma ciência jurídica completa, distinguindo esta da dogmática, com uma referência explícita à concepção de Gustav Hugo, mestre de Savigny, sobre a ciência do Direito, revelando-se num contexto de superação do modelo de ciência jurídica normativista. Haveria um aspecto-resposta e um aspecto-pergunta, sendo a ênfase em um ou em outro é que confere o caráter dogmático ou zetético da investigação, como bem esclarece Willis Santiago Guerra Filho. Segundo Willis S. Guerra Filho, na formulação de Viehweg, à teoria dogmática é atribuída uma função social, de regulamentação do comportamento de acordo com o Direito, com o mínimo de perturbação, objetivando, portanto, influir nesse comportamento e no julgamento dele para a manutenção da ordem social. A teoria zetética teria função primariamente cognitiva, não estando condicionada ao atingimento de uma resposta coerente com os dogmas inquestionáveis. O importante seria, segundo tal entendimento, a aplicação de ambas as perspectivas, desde que nenhuma seja absoluta.

A impressão que se tem, então, é de que, com a bipartição da teoria do Direito em dogmática e zetética, buscou-se uma solução

71 Slavoj Žižek, “O amor impiedoso (ou Sobre a crença)”. Trad. de Lucas Mello Carvalho. Ribeiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2012, p. 44 - 45.

de compromisso, que permite admitir a validade de investigações do Direito desvinculadas da normatividade positiva, ao mesmo tempo em que se imuniza contra os resultados dessas investigações a analítica jurídico-dogmática, legitimando a continuação do trabalho teórico dos juristas sem outra preocupação que não aquela com a harmonização do sistema normativo.

A importância da zetética se revela na compreensão filosófica e crítica que se pretende aqui esboçar acerca do Direito e da Justiça, envolvendo a análise da tragédia grega “Antígona” de Sófocles, em uma linguagem e postura abertas e interdisciplinares, características próprias da zetética, aproximando-se o Direito da Filosofia e das Artes. A zetética e a dogmática sendo concebidas não como instâncias separadas, mas ambas fazendo parte da análise crítica e científica do Direito. Trata-se, segundo Willis Santiago Guerra Filho, de uma nova dimensão da ciência jurídica, mais sociológica que normativa, não significando uma negação absoluta do modelo dogmático tradicional, mas complementar, uma forma zetética de fazer ciência jurídica, não se limitando aos dogmas jurídicos.

Tércio Sampaio esclarece o que entende por dogmática e zetética, afirmando que apenas no que tange ao aspecto pergunta (zetética) é que o problema conservaria o caráter hipotético e problemático bem como aberto à crítica, não ocorrendo tal possibilidade quanto à dogmática, quando determinados elementos são subtraídos à dúvida, postos fora de questionamento, mantidos como respostas não atacáveis, pelo menos temporariamente, postos de modo absoluto, estando a dogmática presa a conceitos fixados. Destarte, o autor entende que, embora não haja uma separação radical, ao contrário, elas se entremeiam, referem-se mutuamente, às vezes se opõem, outras vezes colocam-se paralelamente, estabelecendo um corpo de possibilidade bastante diversificado. Os dois tipos de questões, na Ciência Jurídica, embora separados pela análise, estão em correlação funcional. Contudo, Ferraz Jr. mantém a separação no sentido de que as distinções estabelecidas entre questões “zetéticas” e “dogmáticas”

mostram, na práxis da ciência jurídica, uma transição, poderíamos dizer, entre o ser e o dever-ser.

Segundo tal entendimento, nos parece que o Direito poderia ser questionado de dentro apenas e de forma limitada, nos termos de uma dogmática, sem discussão sobre certos dogmas, inquestionáveis, e que uma postura zetética seria destinada à Filosofia do Direito ou outras disciplinas similares, de cunho fundamental, deixando uma certa espécie de crítica fora do Direito, distinção esta a que fazemos aqui uma ressalva.

Tércio Sampaio Ferraz Junior esclarece que, na Antiguidade, o saber sobre o Direito se referia à técnica e à arte (*téchne* e *ars*), utilizando-se os romanos da expressão *ars boni et aequi*. Aí temos a *ars*, que é o *jus*, como arte do bom e do equitativo e com fundamento na filosofia grega. Enquanto *ars*, o Direito é saber prático, ligando-se à *phrónesis*. Seguindo tal linha de raciocínio, a *téchne* da dogmática jurídica hodierna deixa de nascer do conhecimento verdadeiro. O crescimento distorcido da técnica, apartada da virtude enquanto realização da verdade na ação, traz a questão do problema de fundamentação. Conceber o Direito de forma instrumental, como um meio para a realização de um fim, faz com que o Direito careça de uma finalidade, devendo ser buscado um fundamento resistente a mudanças, que assegure ao Direito um sentido persistente. Desde a Antiguidade se buscou essa estrutura estável na ideia de Justiça.

Por sua vez, em texto intitulado “A validade das normas jurídicas”, aponta Tercio Sampaio Ferraz Jr. que a questão da validade jurídica das normas e do ordenamento jurídico é uma questão zetética, portanto uma questão aberta. Do ângulo dogmático, a questão é fechada e tecnológica, não se importando com a pergunta do que é validade jurídica e como esta se define, mas procura identificá-la no ordenamento brasileiro. Nesse sentido, a validade das normas do ordenamento brasileiro não é definida, mas assinalada, e deverá ser mostrada e demonstrada.

A tragédia grega Antígona trata da questão da justiça e da validade do Direito produzido de forma ditatorial, sem comprometimento com a justiça, com a proporcionalidade, e com a questão da fundamentação superior ao Direito, sua ligação com valores, com a moral e com a Filosofia do Direito. Podemos assim vislumbrar outra possibilidade para o direito, juntar-se a justiça à beleza, em busca de uma justiça poética, com foco na proporcionalidade.

Trata-se, naquela tragédia, da questão do que é o Direito, do que pode ser considerado Direito, e se uma lei seria ainda considerada legítima, e, portanto, obrigatória, se desconsiderasse por completo a realização da justiça, se afrontasse a dignidade humana e-ou o princípio da proporcionalidade (que deveria ser utilizado sempre quando da existência de conflitos entre direitos humanos e fundamentais, a fim de se preservar a dignidade humana). Trata-se sobretudo do que é o ser humano, de como queremos viver, questão ontológica e, pois, filosófica por excelência.

Buscamos, pois, um novo modo de refletir sobre o papel da interpretação (criação) do Direito, adotando como marcos teóricos o reconhecimento do caráter imaginário do conhecimento e do Direito, e a natureza ficcional e poética do Direito, aproximando-o das artes, do corpo e da vida, em busca de uma hermenêutica e crítica radicais (consoante a tese “O conhecimento imaginário do direito”, de Willis Santiago Guerra Filho, que fundamenta sua contribuição para a “Teoria poética do Direito”).

Questionamos, ao lado de Antígona, acerca da legitimidade e autoridade de Creonte, se ele poderia exercer legitimamente o poder em Tebas, como tirano não *basileu*, sendo denominado e desqualificado por Antígona como (mero) general (*strategos*), e não herói - característica necessária do tirano, que supriria sua ilegitimidade originária, por assim dizer. Trata-se de verificar se a sanção previamente prevista para um crime poderia ser alterada pela simples vontade de Creonte, após a prática de um crime (princípio da anterioridade

da lei penal, enquanto princípio de ordenação racional, justa, do Direito).

Entendemos que a melhor resposta a tal crise social poderia estar na aplicação correta do princípio da proporcionalidade, como que vacinando a sociedade contra conflitos sociais com a sua transformação em conflitos jurídicos, quando solucionados por meio de tal princípio, para evitar que haja antes um agravamento do que o aplacamento de tais conflitos. O princípio da proporcionalidade poderia ser considerado um *pharmakon*, e uma resposta tanto adequada quanto adequadora à chamada crise autoimunitária do Direito, ao estado de exceção generalizado nas sociedades de corte ocidental, Estado de não-direito, contrário ao Estado de Direito, ao Estado Constitucional de direitos fundamentais.

A correta aplicação daquele princípio daria garantia de um julgamento verdadeiro, de responsabilidade no julgar e congruência entre as diversas decisões semelhantes envolvendo conflitos entre direitos e princípios constitucionais, necessitando toda uma argumentação extra para se justificar a alteração do posicionamento dos Tribunais, a fim de não se tornarem apenas a boca da lei a que se referiu Montesquieu, mas sim a boca do Direito. Assim se poderia evitar, como afirma Agamben na obra “Pilatos e Jesus”, um processo sem juízo, sem um julgamento verdadeiro, ou um processo impossível, um simulacro de processo, sendo esta a mais severa objeção que se possa levantar contra a incidência na vida do Direito.

O Direito também se revela e se manifesta através da linguagem, sem se reduzir a esta, pois, de certa forma a precede enquanto modo de prescrição; há, em tal relação, uma composição entre os aspectos jurídico, religioso e mitopoético, vistos de forma indissociável das práticas mágicas, já que repleto de mitos, ritos e atos performáticos. Assim como a Religião, também o Direito se revela fundamentado em dogmas, havendo, ainda, associada a ambos, toda uma estrutura dogmática de conhecimento, a fim de especular-se

racionalmente sobre tais dogmas.

A relação entre Direito, Religião, Filosofia e mitopoética é revelada na própria linguagem, na esteira do que propõe Rossenstock-Huessy (“A origem da linguagem”), com seu caráter sacramental (Johann Georg Hamann), exigindo um determinado contexto para que surja, devocional, reverente, ritualístico, mimético, por mítico-religioso.

Há uma relação de fundamentalidade entre o princípio da proporcionalidade e a teoria sistêmica desenvolvida por N. Luhmann, já que cada vez mais nas sociedades hipercomplexas da pós-modernidade se verifica a necessidade da adoção de procedimentos para oferecer soluções jurídicas aos seus problemas cada vez mais complexos; o princípio da proporcionalidade tem também uma carga procedimental, relacionando-se em diversos aspectos à teoria luhmaniana.

Segundo o conceito do Direito de N. Luhmann como sendo o sistema imunológico da sociedade, com a função de proteção contra os conflitos sociais considerados como doenças - mas não com a exclusão de tais conflitos, e sim com os conflitos mesmos elaborados normativamente -, verifica-se o risco de advir uma espécie de autoimunidade, quando aquele sistema imunológico, que deveria proteger o sistema social, não distingue adequadamente o que haveria de atacar para defendê-lo, e termina voltando-se contra ele mesmo.

Para Luhmann e sua teoria sociológica de sistemas, o Direito é um dos “sistemas funcionais” do sistema social global, que integraria o “sistema imunológico” das sociedades com a função de reduzir a complexidade do ambiente, da realidade social, absorvendo a contingência do comportamento social ao garantir certa congruência entre as expectativas de comportamento dos indivíduos e a generalização dessas expectativas, pela imunização do perigo de serem decepcionadas. Em suma, é o Direito conceituado como “generalização congruente de expectativas comportamentais”, fornecendo “uma imunização simbólica de expectativas contra outras possibili-

dades”, imunizando as sociedades de conflitos entre seus membros, não pela negação dos conflitos, isto é, contra os conflitos, e sim com os conflitos⁷².

A questão da autoimunidade vem sendo trabalhada por autores como J. Derrida com relação à religião, R. Esposito com relação à política e Willis Santiago Guerra Filho com relação ao Direito, na esteira de Luhmann, bem como, com base naquele primeiro, também por Andrew Johnson, John Protevi e Michael Nass, e estaria presente quando ocorre a perversão do Direito, com o desrespeito a direitos fundamentais, a direitos humanos e principalmente à dignidade humana, valor axial de todo ordenamento jurídico que se considera um Estado Democrático de Direito.

Relaciona-se também a questão da autoimunidade com a questão trabalhada por outros, como Gilberto Bercovici, ao mencionar o estado de exceção econômico permanente, com a suspensão da normatividade em razão de interesses econômicos, ou como Pedro Serrano, ao referir o estado de exceção judicial, mas, em especial, por Giorgio Agamben, ao tratar da antiga figura jurídico-penal romana do *homo sacer* e do estado de exceção em que vivemos, com forte influência de Walter Benjamin e também de Jean-Luc Nancy, por seu conceito de bando, relação de abandono; tal filósofo é considerado por Agamben aquele que pensou com maior rigor a experiência da lei que está implícita na vigência sem significado, considerando toda a história do ocidente como “abandono”, assim como integraria a estrutura ontológica da lei⁷³.

No estado de exceção há uma coincidência entre o que está de acordo com a norma e o que a viola, havendo uma suspensão da ordem, uma *exceptio*, uma exclusão inclusiva, ou uma inclusão através de uma exclusão, a demonstrar que a estrutura soberana da lei tem a

72 Cf. N. Luhmann, “Sociologia do Direito”, vol. I, trad. G. Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 110, pp. 104/105, *passim*.

73 Giorgio Agamben. “*Homo sacer* I - O poder soberano e a vida nua”, Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2007, 2a. reimpressão, p. 59-60; p. 22.

forma de um estado de exceção. A figura do *homo sacer* possuiria certa semelhança com o conceito de soberano, já que este também, ao mesmo tempo, está fora e dentro do ordenamento jurídico; ambos, da mesma forma como o ser “abandonado”, permanecem incluídos, apesar de sua exclusão (*exceptio*). A síntese da democracia atual seria então uma aporia, e o estado de exceção se revela como estrutura política fundamental em nosso tempo. A lei se instaura desde sua origem não como sanção, mas, sobretudo, no repetir-se do mesmo ato sem sanção, ou seja, como caso de exceção. Exceção no lugar da sanção.

Podemos afirmar que o estado de exceção se apresenta como um espaço anômico, representativo da expressão força de lei sem lei, um elemento místico, ou melhor, uma ficção, pela qual o Direito tenta incluir em si a anomia. Por meio de tal elemento místico, a lei sobrevive a seu próprio apagamento, correspondendo à expressão “fantasma da lei” e age como uma pura força no estado de exceção.

Roberto Esposito, em sua obra “*Immunitas*”, ao abordar o conceito de “imunidade” desenvolvido por Luhmann, o compara com conceitos de René Girard, Simone Weil e Walter Benjamin, afirmando a correlação, no sentido de potencialização, desdobramento, entre os termos biomédicos da imunidade e a imunização jurídica. Afirma então que Luhmann interpretaria o dispositivo imunitário no sentido de que a imunização se tornou paradigma geral e universal da modernidade, e que a comunidade é a imunidade⁷⁴.

74 Roberto Esposito, “*Immunitas*. Protección y negación de la vida”. Buenos Aires: Amorrortu, 2009, p. 68-70. Em suas palavras: “Mas a afirmação neutra de um negativo equivale a uma dupla negação: no universo luhmanniano a esta altura a comunidade não pode ser atacada pela doença que a ameaça porque já não existe - ou nunca existiu - enquanto tal. Não é mais que a interface de seu próprio sistema imunitário: a margem (...) ao largo de qual a imunidade se replica auto reflexivamente sobre si mesma. (...) com relação a sua forma clássica, resulta por sua vez imunizada pela violência implícita em sua modalidade homeopática. Para Luhmann o dispositivo imunitário do Direito não implica a repressão violenta da comunidade no sentido de Benjamin, nem o sacrifício de uma vítima, seguindo o modelo de Girard (...). Por isso, desde seu ponto de vista, o exterior é interior, o conflito é ordem, a comunidade é imunidade. Não é casual que Luhmann ressalte como (...) uma série de tendências históricas sinalizam um compromisso crescente para se postular (...) uma imunologia social. A imunização se estendeu progressivamente do âmbito do direito aos âmbitos da política, da economia, da cultura, até assumir o rol de sistema de sistemas, de paradigma geral da modernidade” (*Ibidem*, p. 75, p. 36-37).

Segundo a teoria luhmaniana, o Direito é autônomo, pois ocorre a autoprodução de suas normas, bem como a autoconstituição de figuras jurídico-dogmáticas, considerando o que é conflito para o Direito, e estabelecendo soluções conforme o Direito, ou seja, opera com seu próprio código, o que lhe mantém autônomo; fazem-se necessários para tal autoprodução, ou seja, para sua autopoiese, elementos do meio ambiente, e como sistema autopoiético, é essencial a formação de determinadas unidades, às quais, de um modo geral, se pode denominar “procedimentais”. Portanto, para ser possível o acoplamento estrutural do Direito com outros sistemas sociais são necessários os procedimentos de reprodução jurídica, procedimentos legislativos, administrativos, judiciais, contratuais.

O Estado Democrático de Direito depende de procedimentos legislativos, eleitorais, e especialmente judiciais para que se dê sua realização, sendo necessário se considerar a proporcionalidade como um desses procedimentos, ou parte essencial daqueles procedimentos judiciais. Portanto, o princípio da proporcionalidade relaciona-se com a procedimentalização do Direito, a legitimidade do Direito pelo procedimento, a judicialização do ordenamento jurídico, a fim de se garantir a participação, o espaço público para discussão e suas garantias do amplo debate, da publicidade e da isonomia, utilizado como instrumento não apenas da função jurisdicional, mas também das demais funções do Estado. Tal postulação encontra apoio em autores como Habermas, R. Wiethölter e John Rawls, além de Luhmann.

Historicamente, podemos localizar o surgimento do princípio da proporcionalidade como princípio constitucional nas sociedades europeias pós 2ª Guerra Mundial, representando a falência, tanto do modelo liberal de Estado de Direito, como também das fórmulas políticas autoritárias que se apresentaram como alternativa, e, em um segundo momento, também do modelo social e mesmo socialista de Estado. O Estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e

social ou socialista de Estado. Em sendo assim, tem-se o compromisso básico do Estado Democrático de Direito na harmonização de interesses da esfera pública, ocupada pelo Estado, da esfera privada, em que se situa o indivíduo e da esfera coletiva, um segmento intermediário onde se encontram os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos.

É certo que a ideia subjacente à «proporcionalidade», de uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados, confunde-se em sua origem, como é fácil perceber, com o nascimento do moderno Estado de Direito, respaldado em uma constituição, em um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre estes e aqueles indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos certos direitos fundamentais inalienáveis⁷⁵. A proporcionalidade, portanto, remete a princípio jurídico cujas origens radicam no processo de afirmação concreta dos direitos fundamentais, no bojo de um novo constitucionalismo.

Qualificado pioneiramente e entre nós por Willis Santiago Guerra Filho de o “princípio dos princípios”, a “garantia das garantias”⁷⁶, o princípio da proporcionalidade se revela indispensável para solução correta dos denominados *hard cases* (casos difíceis), aplicável no caso de colisão entre princípios fundamentais da ordem jurídica, sendo capaz de dar um *hierarchical loop*, um salto hierárquico (Hofstadter), ao ser extraído do ponto mais alto da “pirâmide” normativa (previsto de forma implícita), para ir até a sua “base”, onde se verificam os conflitos concretos, validando as normas individuais ali produzidas, na forma de decisões administrativas, judiciais etc. Essa forma de validação é tópica, requerida nas sociedades hiper-complexas da pós-modernidade, permitindo atribuir um significado

75 Paulo Bonavides refere-se ao princípio da proporcionalidade como “antiquíssimo”. Cf. “Curso de Direito Constitucional”, 5ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 362.

76 Willis Santiago Guerra Filho, “Ensaio de Teoria Constitucional”, Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989, 2a. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 69 ss.

diferente a um mesmo conjunto de normas, a depender da situação em que são aplicadas. Esse tipo de validação substituiria a linearidade do esquema de validação kelseneano, pela referência à estrutura hierarquicamente escalonada do ordenamento jurídico em circularidade, com o embricamento de diversas hierarquias normativas, as *tangled hierarchies* da teoria sistêmica⁷⁷. Concretamente isso significa que, assim como uma norma ao ser aplicada mostra-se válida pela remissão a princípios superiores insculpidos na Constituição, esses princípios validam-se por serem referidos na aplicação daquelas normas. Podemos afirmar, pois, que a validação tópica encontra raízes no método tópico fundado por Aristóteles, na Idade Média propugnado por G. Vico (contra o positivismo racionalista cartesiano), hodiernamente postulado por Nicolai Hartmann, e recuperado no Direito por Theodor Viehweg em sua obra “Tópica e jurisprudência (= ciência do direito)”, sendo que tal método volta-se para a consideração do problema com questões abertas. A obra de Viehweg inaugura uma tendência que mais veio a se destacar em teoria do Direito no último terço do séc. XX em alguns dos centros mais avançados, como a Alemanha: a proposta do estudo do Direito orientado para o tratamento de problemas concretos.

Trata-se do reconhecimento do recurso incontornável ao princípio da proporcionalidade, para ser possível, no âmbito do Estado Democrático contemporâneo, a harmonização de princípios e direitos dotados de fundamentalidade, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa; referido princípio representa “a principialidade dos princípios”, enquanto decorrente de sua relatividade mútua, o que os diferencia dos valores absolutos e das regras aplicadas na forma do “tudo ou nada”, portanto, desprovidas de qualquer “dimensão de peso”. Por conseguinte, o traço distintivo entre regras e princípios, e entre princípios e valores, seria a característica de relatividade dos

77 Cf., v.g., Marcelo Neves, “A Constitucionalização Simbólica”, São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 66 ss., texto e notas 71 e 78.

princípios, pois não há princípio o qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta em toda e qualquer hipótese. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até axiológica, de se postular um “princípio de relatividade”, que é o princípio da proporcionalidade, tal como concebido no campo jurídico na tradição germânica, como um princípio também de “relatividade”, o qual determina a busca de uma “solução de compromisso”, respeitando-se mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, e procurando não desrespeitar nem minimamente o(s) outro(s), isto é, sem ferir o “núcleo essencial”, onde se encontra entronizado o valor da dignidade humana, princípio fundamental e “axial” do contemporâneo Estado Democrático.

Este posicionamento acerca da dignidade humana como núcleo essencial de todo direito fundamental, conteúdo intangível que jamais poderá ceder, o qual deverá ser protegido pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, segue a orientação de Willis Santiago Guerra Filho, sendo, contudo, ainda um posicionamento minoritário, já que prevalece na doutrina e jurisprudência pátrias a posição relativista de Luís Virgílio A. da Silva e de R. Alexy.

Por conseguinte, o princípio da proporcionalidade, embora não esteja explicitado de forma individualizada na CF88, é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do “Estado Democrático de Direito”, pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos. Assim sendo, entende-se que o princípio da proporcionalidade deriva e está vinculado à Cláusula do Devido Processo Legal em sentido substancial, pois para se ter um Estado de Direito com respeito à dignidade humana, isto é, que seja também democrático, pressupõe-se uma compatibilização de legalidade (Estado de Direito) com legitimidade (Democracia) obtida, em última instância, pela aplicação, no âmbito de processos judiciais, administrativos e outros, precisamente, do princípio da proporcionalidade.

Quanto à natureza jurídico-dogmática, entendemos⁷⁸ que não deveria ser reduzido o princípio da proporcionalidade a mero método ou critério de interpretação e aplicação do Direito, ou ainda a um postulado, - como pretende notoriamente Humberto Ávila desconsiderando-se todo o conteúdo normativo desse princípio -, sendo um dever e não uma faculdade do intérprete sua aplicação e concretização, sob pena de inconstitucionalidade da decisão jurídica. Portanto, o princípio da proporcionalidade consubstancia verdadeira garantia constitucional, imanente ao Estado de Direito contemporâneo, entendendo⁷⁹ no mesmo sentido Ernesto Pedraz Penalva.⁸⁰ Não deve ser confundido também, já que é o princípio da proporcionalidade uma prescrição, com um cânone da nova hermenêutica constitucional, que remete à mesma ideia que ele, a saber, aquela da conformidade prática, também dito da harmonização e, entre nós, da cedência recíproca⁸¹.

Em assim sendo, o princípio da proporcionalidade se consubstanciaria em uma garantia fundamental, ou seja, direito fundamental com uma dimensão processual de tutela de outros direitos - e garantias - fundamentais, passível de se derivar da “cláusula do devido processo”,⁸² visando à consecução da finalidade maior de um

78 Cf., v.g., “O Princípio Constitucional da Proporcionalidade”, in: Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaio de Teoria Constitucional*, cit., pp. 69 ss., esp. pp. 84 ss.; *Id.*, “Os Princípios da Isonomia e da Proporcionalidade como Direitos Fundamentais”, in: Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Ceará (RPG-CE), n. 13, Fortaleza: IOCE, 1994/1995, p. 36; *Id.*, “Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito”, in: *Direito Constitucional*. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides, Eros R. Grau, & Id. (eds.), São Paulo: Malheiros, 2001.

79 Humberto Ávila. “O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário”, São Paulo: Dialética, 2000, pp. 54 a 56.

80 Ernesto Pedraz Penalva, “Constitución, Jurisdicción y Proceso”, Madrid: Akal, 1990, p. 289.

81 Luis Roberto Barroso, “Interpretação e Aplicação da Constituição”. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 204 e também Dieter Medicus, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht”, in: *Archiv für die Civilistische Praxis*, n. 192, 1992, pp. 53 ss., considera o princípio da proporcionalidade um meio de interpretar a Constituição, similar ao método teleológico, também ressaltando-se a proposta de Humberto B. Ávila, em “A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade”, in: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, n. 215, 1999, pp. 151 ss., de que se considere a proporcionalidade um dever derivado de um postulado. Em sentido semelhante ao postulado por Willis Santiago Guerra Filho o entendimento de Vitor Hugo N. Honesko, “A Norma Jurídica e os Direitos Fundamentais”. São Paulo: RCS, 2006, p. 129.

82 Cf., por todos, Nelson Nery Jr., “Princípios do Processo Civil na Constituição Federal”, 5ª. ed., São Paulo: RT, 1999, p. 153.

Estado Democrático de Direito, que é o respeito à dignidade humana.

A circunstância dos fatos serem subsumidos às regras, e quando em conflito ocorrer uma antinomia a ser resolvida na forma do tudo ou nada, ao contrário dos princípios que exigem sopesamento e que somente irão colidir em concreto, já esclarece não poder ser ele considerado uma regra em hipótese alguma, consoante entendimento de Virgílio Afonso da Silva, e sim um princípio, na esteira de Willis Santiago Guerra Filho.

O fato de o conteúdo do princípio da proporcionalidade ser formado por subprincípios, passíveis de subsumirem fatos e questões jurídicas, não pode fazer com que seja considerado mera regra ao invés de verdadeiro princípio, como sustenta Virgílio A. da Silva,⁸³ pois não poderia ser uma regra o princípio que é a própria expressão da peculiaridade maior dos princípios, a qual Ronald Dworkin refere como a “dimensão de peso” dos princípios,⁸⁴ e Alexy como a ponderação (“Abwägung”), justamente o que se contrapõe à subsunção nas regras⁸⁵.

Caso a norma que consagra o princípio da proporcionalidade não fosse verdadeiramente um princípio, mas sim uma regra, não poderíamos considerá-la inerente ao regime e princípios adotados na Constituição brasileira de 1988, deduzindo-a do sistema constitucional vigente aqui, como em várias outras nações, da ideia de Estado democrático de Direito, posto que não há regra jurídica que seja

83 Cf. Luís Virgílio Afonso da Silva, “O Proporcional e o Razoável”, in: *Revista dos Tribunais*, vol. 798, 2002, p. 26. Em apoio ao posicionamento aqui assumido v. Francisco Fernandes de Araújo, em “Princípio da Proporcionalidade: significado e aplicação prática”, Campinas: Copola, 2002; Marcel Mota, “Pós-Positivismo e Restrições de Direitos Fundamentais”, Fortaleza: Omni, 2006, pp. 127/130.

84 Cf. “Taking Rights Seriously”, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1978, p. 26 ss.

85 Ressaltamos na esteira de Willis S. Guerra Filho, o entendimento de que apesar de R. Alexy, na edição original da “Theorie der Grundrechte” (Baden Baden: Nomos, 1985), p. 100 e segs., fazer menção aos “subprincípios da proporcionalidade” permitirem, tal como regras jurídicas, a subsunção, tal afirmação não implica ser o princípio da proporcionalidade mera regra, tal como proposto por Luís Virgílio Afonso da Silva, *loc. cit.*, já que o conteúdo de uma regra é um fato descrito e sua consequência jurídica, no caso a sanção, e não outra regra.

implícita, mas tão-somente os direitos (e garantias) fundamentais, consagrados em princípios igualmente fundamentais – ou mesmo “fundantes” –, a exemplo deste princípio de proporcionalidade.

Apesar de trazer grande contribuição no sentido de distinção entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, Virgílio Afonso da Silva não interpreta corretamente a natureza jurídica do princípio da proporcionalidade, partindo sua interpretação dos conceitos desenvolvidos por Robert Alexy: reitera seu anterior posicionamento exposto no texto “O proporcional e o razoável” ao considerar a proporcionalidade como uma regra, já que impõe um dever definitivo, sendo sua aplicação feita no todo, e não como um princípio, que exige que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Aquele autor sustenta, portanto, a impossibilidade de se considerar a proporcionalidade como princípio, “pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações”.⁸⁶ Conclui, então, que se trata de uma regra especial, uma regra de segundo nível, ou metarregra, e neste ponto parece coincidir com o argumento utilizado por Humberto Ávila, embora este a qualifique como “postulado normativo aplicativo”, mas também considerando a proporcionalidade uma metanorma. Destarte, dispõe que a regra da proporcionalidade seria “empregada especialmente nos casos de um ato estatal destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo”, ou seja, amplia o objeto de aplicação da proporcionalidade, para abarcar não somente os direitos fundamentais, mas também os casos de interesses coletivos⁸⁷.

Outra divergência importante é que Virgílio Afonso da Silva não concorda com a utilização da expressão “proibição de excesso” como sinônimo de proporcionalidade, embora em sua origem tais conceitos fossem intimamente ligados, afirmando que é assim

86 Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, p. 03.

87 *Ibidem*, p. 02.

considerado por Willis Santiago Guerra Filho, em uma interpretação, contudo, literal e equivocada⁸⁸, uma vez que tal expressão é igualmente considerada sinônima por autores como J. J. Gomes Canotilho⁸⁹, Gilmar Ferreira Mendes⁹⁰ e Wilson Antônio Steinmetz, amparados na doutrina constitucional corrente em língua alemã⁹¹. Enquanto norma jurídica aquela que consagra a proporcionalidade deve apresentar algum *functor deôntico*, a saber, proibido, obrigatório ou permitido. Daí que a proibição é aquela que corresponde a tal norma, e proibição de excesso (*Übermassverbot*), que pode se manifestar também como proibição de insuficiência (*Untermassverbot*).

Na esteira de Willis Santiago Guerra Filho, entendemos que o princípio da proporcionalidade possui uma natureza tríplice - ou duplamente dúplice - por ser norma material de natureza dúplice, a de princípio e a de regra, mas também por não ser só norma material, pois é igualmente processual, ao consagrar um procedimento - portanto, outra vez uma natureza dúplice, material e processual. E esta norma agasalha ou consagra uma garantia fundamental, derivada do devido processo legal. Além disso, dela deriva - ou a ela se relaciona - um cânone ou critério de interpretação constitucional, dito da concordância prática, da harmonização ou “cedência recíproca”. Enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia a ser resolvida pela perda de validade de uma das regras em conflito, ainda que em um determinado caso concreto, as colisões entre princípios (no caso concreto) resultam apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique o desrespeito completo do outro. Não é suficiente, para caracterizá-la como mera regra - ou meta-regra, postulado -, o que em nada altera o argumento - caracterizar como sua

88 Willis S. Guerra Filho, “Teoria processual da constituição”, 3ª. ed., São Paulo: RCS, 2009, pp. 81-82.

89 J. J. Gomes Canotilho, “Direito constitucional e teoria da constituição”, 2ª. ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 259.

90 Gilmar Ferreira Mendes, “O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras”, Bol. IOB 14 (2000), p. 372.

91 Wilson Antônio Steinmetz, “Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 148.

hipótese normativa a situação inespecífica da colisão de princípios e direitos fundamentais, como também é de se repelir o esvaziamento de seu conteúdo normativo, de seu caráter deôntico, ao qualificá-la como um postulado, como o faz Humberto Ávila, fundamento para um raciocínio que se pode ou não realizar, mas não para a exigibilidade de uma conduta.

O princípio da proporcionalidade contribuiria, destarte, para uma análise filosófico-crítica do Direito, por ser possível lhe atribuir, através de um juízo filosófico-crítico-experimental, a natureza de verdadeira norma fundamental, permitindo assim uma melhor compreensão e maior efetividade do Direito, confrontando a norma hipotética fundamental postulada por H. Kelsen como sendo fruto do pensamento, meramente pensada, e não um ato de vontade, portanto, que não seria verdadeiramente uma norma, nos termo do próprio autor, de onde se conclui que seria incapaz de preencher a função de norma fundamental, a fim de validar toda a sequência de normas dela dependente.

Por conseguinte, a correta aplicação e desenvolvimento do princípio da proporcionalidade, em especial pelo Poder Judiciário e também pela doutrina pátria e internacional, permitiria alcançar uma perspectiva de humanização do Direito, sendo muitas as disciplinas do Direito que se revelam carentes de sua correta aplicação, em terrenos onde se desenvolvem, com cada vez mais velocidade, a técnica e o pensamento cartesiano de *per si*, ocasionando uma carência de elementos de justiça, de proporcionalidade e de equidade.

Vale lembrar, com Jan Broekman⁹², que “proporcionalidade”, “sopesamento”, “*equilibrium*” são ideias inerentes ao pensamento jurídico e a contrapartida necessária de uma “justiça poética”, necessária para se atingir a *beauté géométrique* do Direito enquanto uma “arte”,⁹³ aproximando-se, pelo reconhecimento da necessária

92 Jan Broekman, “Poetic Justice and Perelman”, in: *Rechtstheorie*, n. 23, Berlin: Duncker & Humblot, 1992, p. 178 ss.

93 J. Commaille “*Le droit comme science du politique*”, in: VV. AA., *L’art de la recher-*

interdisciplinaridade, Direito, Filosofia e Artes, ao invés de um Direito tido como fechado em si mesmo, estéril, comprometendo sua autopoiese⁹⁴.

O Direito demanda uma nova interpretação, e neste sentido, a importância da tese de doutorado em filosofia de Willis Santiago Guerra Filho, “O conhecimento imaginário do Direito”⁹⁵, considerando-o como um produto do desejo, com o mesmo estatuto dos sonhos, mas um sonho não individual e sim coletivo; é o Direito visto, percebido e concebido sempre *in fieri*, nunca já pronto e acabado, aproximando-se das artes, da criatividade, da poética e do erotismo (“Teoria Poética do Direito”, “Teoria Erótica do Direito”), daí o caráter autopoietico do Direito, o que se coaduna perfeitamente com a noção da Constituição Federal com sua natureza procedimental, e da necessidade de práticas que reforcem e permitam a concretização de seus valores, ideais e direitos, bem como se coaduna com o princípio da proporcionalidade, com a exigência de uma nova hermenêutica constitucional, e com as características de tal princípio, demandando todo um procedimento objetivo, racional e específico para sua correta aplicação, evitando-se o arbítrio, o subjetivismo, decisões teratológicas, o denominado “proporcionalismo” e o desequilíbrio entre os Poderes.

O “proporcionalismo”, referido na doutrina alemã como “superexpansão” (*Oberdehnung*) é repellido também na seara teológica, como se observa na Carta Encíclica “Splendor Veritatis”, de 06.08.1993, do Papa João Paulo II. Trata-se do uso indiscriminado do princípio da proporcionalidade, sem qualquer critério e objetividade, como se observa em diversos julgados do STF, como, por exemplo, a PET 3388, caso Raposa Serra do Sol, envolvendo a questão da demarcação de terras dos Yanomami, consagrando a tese

che, Paris: La documentation Française, 1994, p. 35.

94 De um modo geral, sobre a relação entre a poética e o direito, v. nossa *Teoria Poética do Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

95 Willis Santiago Guerra Filho, “O conhecimento imaginário do Direito”, Curitiba: Prismas, 2017, a partir da tese em Filosofia com este título defendida no IFCS-UFRJ em 2011.

inconstitucional do marco temporal. O princípio da proporcionalidade é citado apenas como uma forma de comparação.

Outra importante crítica aos acórdãos do Supremo Tribunal Federal,⁹⁶ em especial da lavra da relatoria do ex-ministro Carlos Ayres Britto, é a aplicação da fórmula matemática, típica do pensamento cartesiano, e, pois, técnico, limitado e limitador, com fundamento na doutrina de Alexy, de todo inadequada, insuficiente e insubsistente, deixando de contribuir para o fortalecimento da jurisdição constitucional. Não raramente, a proporcionalidade vem sendo aplicada sem qualquer critério ou congruência pelo Supremo Tribunal Federal, pois não há uma consistência nos diversos julgados, sendo aplicada ora como sinônimo de razoabilidade, adotando a fórmula de que é proporcional aquilo que não extrapola os limites da razoabilidade, ora como mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico e não sistemático, ora sendo apenas citada, mas não fundamentada de forma adequada por meio de seu procedimento e seus três subprincípios.

Questionamos, portanto, a aplicabilidade da fórmula matemática de Alexy, a nosso ver ilegítima para o fim a que se destina, qual seja, promover a ponderação entre princípios e/ou direitos fundamentais envolvidos em conflito no caso concreto e dar uma fundamentação de racionalidade a tal ponderação, uma vez que resulta em uma escolha arbitrária e subjetiva de valores a serem consignados nos algoritmos de tal fórmula, não contribuindo, neste ponto, para a necessária busca de um procedimento objetivo, racional e não discricionário, subjetivo e arbitrário. Com a adoção da fórmula matemática pressupõe-se de forma absoluta que os julgadores não incidiriam em qualquer subjetividade ou juízo de valor.

Cabe lembrar que a proporcionalidade não garante por si só a

96 Mais extensamente em Paola Cantarini, “Direito Comercial à luz do princípio da proporcionalidade - uma análise filosófico-poética”, Saarbrücken: OmniScriptum, 2015. Id., “Princípio da proporcionalidade como resposta à crise auto imunitária do Direito”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

objetividade do julgamento, já que esta objetividade não é garantida nem mesmo na aplicação de regras pelo método da subsunção, pois sempre há necessidade de se interpretar. O problema, no entanto, está na atribuição dos valores contidos na fórmula, sendo questionável a possibilidade de atribuir valores hierárquicos abstratos a cada um dos valores ou princípios. De qualquer forma, parece estar excluída uma atribuição intersubjetiva inequívoca de números para as intensidades de realização. Não é possível inferir um resultado a partir de uma quantificação fixa. Assim, não gera certeza e segurança jurídica tal fórmula, já que para fixar o peso de cada fator envolvido basta que o jurista “manipule”, conforme seus interesses e ideologia, o peso de cada variável. Se o jurista for contra o aborto, por exemplo, basta que ele atribua um peso bem elevado para a vida do feto e um peso irrisório para a liberdade de escolha da mulher, ou o inverso, se for a favor.

Entre os diversos críticos à fórmula matemática de Alexy, tais como Daniel Sarmento, Nils Jansen, Kent Greenawalt, entre outros, é J. Habermas quem pode ser destacado como um dos mais fortes críticos, em seu livro “Direito e Democracia. Entre Faticidade e Validade”^{97/98}.

Virgílio Afonso da Silva traz importante crítica à fórmula matemática de Robert Alexy⁹⁹, entendendo que a mesma corresponde-

97 J. Habermas, “Direito e Democracia. Entre Faticidade e Validade”, 2. Volumes, trad. Flávio B. Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.

98 Daniel Sarmento, “Os princípios constitucionais e ponderação de bens”, in Ricardo Lobo Torres (Org), *Teoria dos Direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2001, p. 56-57; Nils Jansen, “Die Abwägung von Grundrechten”, in *Der Staat*, n. 36 (1997), p. 53; Kent Greenawalt, *Law and Objectivity*, Oxford/New York: Oxford University Press, 1992, p. 204; Jan-Reinard Sieckmann, “Richtigkeit und Objektivität im Prinzipienmodell”, in: ARSP, n. 83 (1997), p. 29. Sobre o tema em geral, da ponderação, cf. Karl Larenz, “Methodische Aspekte der Güterabwägung”, in Fritz Hauss/Reimer Schmidt (orgs), *Festschrift für Ernst Klingmüller*, Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, 1974, p. 247-248; Gerhard Struck, “Interessenabwägung als Methode”, in Roland Dubischar et al. (orgs), *Dogmatik und Methode: Josef Esser zum 65. Geburtstag*, Kronberg/Ts.: Scriptor, 1975, p. 172 e ss. e Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts”, in Id., *Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechts-philosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 85.

99 Virgílio Afonso da Silva, “Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia”, cit., p. 175-176; p. 177-178.

ria à fórmula de otimização proposta por Vilfredo Pareto, conhecida por “eficiência (ou ótimo) de Pareto” e que Alexy “vem propondo a utilização de elementos numéricos para uma maior controlabilidade da argumentação nos casos de sopesamento”, mas que não seria possível alcançar uma exatidão matemática, nem substituir a argumentação jurídica por modelos matemáticos e geométricos, podendo servir tais modelos, quando muito, de ilustração, pois a decisão jurídica não é nem uma operação matemática, nem puro cálculo. Portanto, no seu entender, mais importante que buscar fórmulas matemáticas é a busca de regras de argumentação, critérios de valoração ou a fundamentação de precedências condicionadas. E continua o autor: “(...). Mesmo em um modelo simples como esse, não há, por razões óbvias, critérios matemáticos, que respondam a questões como: “que medida realiza melhor o objetivo?” Ou “que medida restringe menos o direito afetado?”. Perguntas como estas envolvem, necessariamente, uma valoração subjetiva por parte do juiz. (...)” Saber, em uma situação hipotética como esta – que, de resto, não parece difícil de ser encontrada em exemplos reais –, qual seria a medida necessária não é algo que possa ser mensurado de forma exata”¹⁰⁰.

Por sua vez, Luis Fernando Schuartz, de saudosa memória, com anterioridade, em seu livro “Norma, contingência e racionalidade. Estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica”¹⁰¹, traz uma crítica original, calcada em sua formação também em matemática, ao afirmar que a fórmula da ponderação não seria apta para modelar adequadamente o balanceamento de princípios, podendo ocasionar um “delírio racionalista”, em suas palavras: “como assegurar o acesso aos valores concretos das variáveis relevantes que servem de dados para efetuar os cálculos da maneira especificada na

100 *Ibidem*, p. 177-178.

101 Luis Fernando Schuartz, “Norma, contingência e racionalidade. Estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica”, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, cap. 3 – nos limites do possível: balanceamento entre princípios jurídicos e o controle de sua adequação na teoria de Robert Alexy, p. 179 e ss; p. 218 e ss.

fórmula?”.

Questiona-se também a interpretação equivocada da natureza jurídica do princípio da proporcionalidade, ora sendo considerado como simples regra, ora como uma pauta e/ou um valor, ora como sinônimo do princípio da razoabilidade, ou do princípio do devido processo legal. Observe-se o entendimento do ex-ministro Eros Grau na Adin 1040, considerando a proporcionalidade como sinônimo de equidade, não sendo, no seu entender, a proporcionalidade um princípio, mas uma pauta – similar à posição, tão difundida quanto equivocada, de Humberto Ávila que atribui à proporcionalidade a natureza de um mero postulado, confundindo os planos do que é deôntico, da ordem do dever ser, como um princípio jurídico, com aquele gnosiológico, da ordem do conhecimento, ou ontognosiológico (Miguel Reale), isto é, da ordem do ser tal como se dá a conhecer -, um (mero) critério de interpretação, a ser empregado com base exclusivamente no subjetivo (e incerto) alvedrio do intérprete.

Defendemos que a correta interpretação do princípio da proporcionalidade deve se distanciar da posição relativista, adotada entre nós comumente na jurisprudência, bem como na doutrina, destacando-se a posição de Virgílio Afonso da Silva, na esteira de seu orientador de doutorado Robert Alexy, sem a necessária, exigível, além de correta observância também ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, estabelecendo-se uma correspondência entre o fim a ser alcançado e o meio empregado, que deve ser juridicamente a melhor possível, com respeito ao “conteúdo essencial” de todo direito fundamental, isto é, com o respeito à dignidade humana, ou seja, a aplicação do princípio da proporcionalidade como uma relação de subsidiariedade entre adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, no sentido de que “a finalidade pretendida com a restrição deve ser constitucionalmente legítima ou possível”.¹⁰² Trata-se de posição absolutamente relativista, quando a

102 De último, dentre aqueles de maior repercussão, tem-se o exemplo do voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso, no Habeas Corpus 124.306 Rio de Janeiro, admitindo a interrupção

que defendemos, na esteira de Willis Santiago Guerra Filho, ao contrário, seria relativamente absolutista, ao fincar como limite absoluto à relativização o respeito ao conteúdo mínimo de qualquer princípio ou direito fundamental envolvido na colisão, onde se encontra entronizada a dignidade da pessoa humana.

Buscou-se, portanto, verificar se o princípio da proporcionalidade poderia ser considerado um *pharmakon*, já que se bem utilizado, mediante a necessária observância de um procedimento racional, objetivo, evitaria excessiva subjetividade ou arbítrio e falta de racionalidade do julgador, contribuindo para uma maior racionalidade do Direito, para a preservação dos direitos fundamentais e da dignidade humana, sendo esta sua função, bem como para a objetividade dos julgados, e portanto, para a segurança jurídica e fortalecimento do Estado Democrático de Direito e para o fortalecimento da jurisdição constitucional, já que tal princípio é mesmo uma exigência da racionalidade no Direito, lembrando-se da equivalência das expressões razão e proporção na Matemática, por exemplo. Por outro lado, tal *pharmakon* poderá ser um veneno, caso seja aplicado de forma irresponsável, sem critério, sem observância de todo o procedimento racional e objetivo necessário e sem análise, caso a caso, dos três subprincípios da proporcionalidade, quando então poderá ocasionar uma maior subjetividade e arbitrariedade dos julgados.

Por conseguinte, o princípio da proporcionalidade exige que seja observada sua reflexividade, sob pena de ocorrer o que é denominado pela doutrina germânica de superexpansão, devido ao seu uso de forma abusiva e excessiva, o que vem sendo também denominado de proporcionalismo, o qual é combatido até mesmo na seara teológica, como se observa na Encíclica “Splendor Veritatis”.

Por derradeiro, devemos lembrar que não obstante tais conceitos aparentemente contrapostos, de doença e de cura, uma nova

abordagem talvez se faça presente - ainda que resgatando uma antiga formulação sobre a questão da cura do célebre alquimista Paracelso -, enquanto critério hermenêutico e um princípio de intervenção ativa frente ao mal, no sentido de que o que sana não é mais considerado como o princípio alopático do contrário, mas o homeopático do similar, ou seja, o que cura é o veneno mesmo.

O sistema imunitário apresenta-se assim constituído sob uma aporia, já que seu funcionamento implica a presença de um motor negativo, o antígeno, o qual não deve simplesmente eliminá-lo, mas sim o reconhecer e o incorporar para poder neutralizá-lo, havendo, contudo, uma falha de tal sistema imunitário, pois o mesmo se volta contra si mesmo pelo excesso de defesa do organismo¹⁰³. Há uma desproporção, um excesso de proteção por parte do sistema imunitário, o que poderia ser resolvido mais uma vez com o recurso ao princípio da proporcionalidade, desde que na devida (pro)porção.

A partir da constatação do discurso do Direito como uma neurose, voltado à crença de que trabalha para construir fetiches, servindo à mentalidade opressora, de um saber “que faz a lei transbordar efeitos doentios de amor”, com reflexos na sua (auto)fundamentação única e exclusivamente na violência, algo que se mantém desde a sua origem até hoje, buscou-se verificar,- a partir do reconhecimento da doença -, qual a salvação, o remédio, o *pharmakon*, com vistas a contribuir para alternativas à atual crise autoimunitária do Direito. Neste sentido, além da utilização correta do princípio da proporcionalidade, verifica-se a necessidade do resgate de um vínculo transcendental das instâncias sociais - tal como no passado da modernidade - com a religião e/ou com a magia que originam, a exemplo da mitopoética presente em manifestações as mais diversas.

Assim sendo, é vital o resgate de tal fundamentação superior do Direito, que poderia se dar em termos sacramentais ou sacri-

103 Cf., mais extensamente, Willis Santiago Guerra Filho, “Immunological Theory of Law”, Saarbrücken: Lambert, 2014; *Id.*, “Autopoiese do Direito na Sociedade Informacional”, 2a. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ficiais, considerando-se o termo “religião” também no sentido de re-colher, re-ligar, re-ler, re-articular diversos campos do saber.

A legitimação do Direito, não mais em uma forma superior, mas em violência pura, é vislumbrada com a transformação da biopolítica em tanatopolítica, uma política não da vida, mas da morte, da exclusão, do isolamento, dos campos de extermínio, operando o viver de uns com a produção da morte de (nos) outros.

A aproximação do Direito com a Teologia ou com qualquer outra forma de saber com a mesma estrutura visa a alcançar respostas às perguntas fundamentais, formuladas a partir de uma reflexão, relativas às inquietações maiores dos seres humanos a respeito de sua origem, de sua essência, assim como de sua realidade e acerca do seu futuro, considerando-se a teologia como religião, “re-ligação” do ser humano e suas múltiplas formas de conhecer a si e entre si, resultando numa resignificação de termos usualmente tidos como verdades absolutas ou dogmas.

No passado, a comunidade se mantinha íntegra pela referência a uma origem comum, sacramentada por mitologias, religiões ou mesmo, mais recentemente, por mundividências filosóficas, sendo, no entanto, explodidas no presente as bases sobre as quais tradicionalmente se ergueram as diversas ordens normativas com o predomínio do pensamento científico e o correlato processo de “desencantamento” do mundo, ao qual se refere Max Weber.

A fim de que possamos construir novas bases, há a necessidade da recuperação da nossa capacidade criativa de ficções justificadoras da existência e da coexistência, sendo indispensável também a aproximação entre as mais diversas formas de criações humanas, artes, mitologias, ciências, religiões, filosofias, o que permitirá uma compreensão aprofundada e renovada do Direito e do ser humano.

4. ANTÍGONA COMO EXEMPLO DE HOMO SACER E O DECRETO DE CREONTE COMO EXEMPLO DE “ESTADO DE EXCEÇÃO”

Pretendemos analisar a tragédia grega de Sófocles “Antígona” a fim de verificar a função etopoética da erótica grega, relacionada com a constituição de sujeitos éticos no campo social e também com o cuidado de si, do outro, com o respeito à diferença, ao diferente. Antígona, representante da ética da psicanálise, do “não ceda ao seu desejo”, nos dizeres de Lacan, aproxima-se da ética do cuidado de si e do outro.

O estudo do homem grego, que estava envolto na totalidade e por isso mantendo cultivada a diferença, poderá colaborar para enriquecer o debate e a compreensão sobre os direitos fundamentais e humanos, bem como acerca do humanismo e do Direito, com o fim de fornecer um meio de comunicação, pelo qual nós seres humanos nos colocamos em contato, afirmando, concomitantemente, o que temos em comum e também em incomum, recuperando o respeito pela diversidade, pelo diferente, ao contrário do homem moderno, que cada vez mais se isola, sendo tal um dos motivos da crise autoimunitária, isto é, o isolamento dos contatos, como frisa Hölderlin.

Nas tragédias gregas teríamos a contemplação de um dos elementos propostos como sendo parte da filosofia: *Mythos* -> saber constitutivo de uma visão de mundo (mundivisão) e, logo, de um (ser no) mundo (do ser humano) => crença (silêncio, mutismo, quanto ao fundamento).

Analisamos a tragédia grega “Antígona”, tendo sua principal personagem como paradigma de pensamento-saber-conhecimento próprio da antiguidade clássica, como exemplo da figura do *homo*

sacer e o decreto de ocasião promulgado pelo tirano Creonte como exemplo claro de um “estado de exceção”, conceitos fundamentais para a compreensão aprofundada dos questionamentos que se colocam na presente obra, contando em nossa análise com o entendimento sobre tal tragédia grega de diversos autores consagrados tais como Hegel, Lacan, Hölderlin, Slavoj Žižek e Judith Butler, dentre outros. A importância de tal obra é destacada por M. Foucault como exemplar, trazendo a representação da fundamentação do Direito, ao lado da tragédia “Édipo-Rei”.

O estudo das tragédias gregas traz como possíveis respostas às perguntas que lhe são ínsitas, tipicamente filosóficas e essenciais para a compreensão aprofundada do Direito, questões fundamentais: o que é o homem? Como se deseja viver? O que pode um corpo? Sendo certo que tais questionamentos irão contribuir para uma maior compreensão do Direito, contribuindo para uma análise zetética e crítica do Direito.

Nossas sociedades modernas, por serem modernas e racionais, são contrárias à magia e aos mitos, e as religiões da modernidade também acabam se afastando do elemento mágico. Tais sociedades amparam-se na violência mesma, interna, ao contrário das anteriores sociedades onde o poder se amparava em uma força superior, a “justiça divina”, de que nos fala Walter Benjamin em “Sobre a Crítica da Violência” (e do Poder! – *Gewalt*). Neste sentido, G. Agamben, com base em Benjamin, lembra haver uma alternativa entre uma violência, inevitável, sacra, que põe (e produz) o Direito e aquela outra, nefasta, que o conserva: a violência fora do Direito, uma violência divina, que faz justiça¹⁰⁴.

Por sua vez, René Girard, em “A Violência e o Sagrado” (1972), sustenta a tese de que só o sacrifício de alguém, o “bode expiatório”, pode catalisar a violência de todos contra todos, gerada pelo desejo

104 Cf. Giorgio Agamben, “Estado de Exceção – Homo sacer II”, trad. Iraci Poletti, São Paulo: Boitempo, 2004, p. 84 s.

mimético que acomete o ser humano, desejando o desejo do outro, por não saber o porquê e o que deseja. Tais “bodes expiatórios”, seriam exemplos dos excluídos/incluídos das sociedades modernas, ou seja, os que se acham internos e internados em domicílios, reformatórios, asilos, delegacias, prisões, hospitais e também naquela instituição paradigmática dessas todas, segundo Giorgio Agamben, que é o campo de concentração para refugiados ou prisioneiros em geral com *status* indefinido. Enquadram-se em tal conceito todos aqueles na condição de mortos-vivos, ressaltando-se a afirmação de Slavoj Žižek (“Antígona”) de que todos nós somos *homo sacer*, já que ninguém está realmente imune de uma mera denúncia sem motivo, ou de sermos assassinados, sem sequer ser considerada tal conduta como criminosa. Tal possibilidade vislumbra-se em estados de exceção, em regimes ditatoriais, quando qualquer um poderia ser denunciado por meio de denúncia anônima.

Antígona é exemplo de um ser morto-vivo, vivendo além do “até”, ultrapassando os limites do que suportaria um ser humano. Assim como Foucault considera Édipo um exemplo de bode expiatório, verificamos a mesma situação também com Antígona. Explica Foucault que Édipo remeteria à noção de bode expiatório e o tal ritual ateniense, o *pharmakós*. Édipo se considera filho da Fortuna e cria da sorte, condição de possibilidade de seu saber e de seu poder¹⁰⁵, contudo, tal identificação e engano remeteriam à imagem mítica do herói exposto e salvo que se prolongaria no século V, como uma forma transposta, em certa representação do *tyrannos*, bem como do ritual ateniense do bode expiatório, o *pharmakós*, duplo do rei, mas ao inverso, semelhante aos soberanos de carnaval coroados em tempo de festa, isto é, de exceção.

Em todas as formas de organização social – e o humano só se manifesta e prospera em alguma delas – tem-se a presença do que para os seus componentes seria sagrado, índice de uma presen-

105 Michel Foucault, “Malfazer, dizer verdadeiro. Função da confissão em juízo”, p. 77, nota 72.

ça não-humana, a ser reverenciada, como divindade. Na esteira de René Girard - tal como Michel Serres em “O Incandescente” e, de uma outra perspectiva, Lévinas, em obra cujo título já indica a distinção proposta: “Do sagrado ao santo” -, é preciso distinguir, no que é tido como divino e sagrado, a sacralidade e a santidade.

O sacro é, literalmente, o excluído, o separado, mantido de fora do que é comum, profano – isto é, restrito aos que têm acesso ao lugar em que, secretamente, se pratica ritos iniciáticos -, e uma tal segregação pressupõe o emprego de violência, física ou simbólica, para que se verifique, bem como se mantenha. É um índice da presença de uma insanidade, ameaçadora, posto que, pelo que se considera sagrado se está disposto a matar e morrer. O santo, a santidade, como a própria etimologia sugere, ao contrário, como já aludimos, é correlato da sanidade, de uma compreensão sã e salutar, salvadora, capaz de desativar os dispositivos mortíferos que agem, sobre e através de nós, humanos. Esta cura, porém, requer a prévia existência e verificação da doença, do mal, a serem desfeitos.

Trata-se aqui da análise do elemento da filosofia *Mythos* -> saber constitutivo de uma visão de mundo (mundivisão) e, logo, de um (ser no) mundo (do ser humano) => crença (silêncio, mutismo, quanto ao fundamento).

A tragédia Antígona nos indaga: o que é o Direito? O que pode ser considerado Direito? Uma lei pode ser considerada legítima, e, portanto, obrigatória, se desconsiderar por completo a realização da justiça ou se ela afrontar a dignidade humana e/ou o princípio da proporcionalidade? O decreto de Creonte é legítimo, e pode ser considerado Direito? A conduta de Antígona de resistência e transgressão é legítima? Qual o papel da transgressão no Direito?

Em “Antígona”, a personagem que dá nome à tragédia grega de Sófocles é filha de Édipo e de Jocasta e retorna a Tebas como herdeira *epicler* do trono, pois pelas leis tradicionais da Grécia seria o seu primeiro filho o futuro rei, assim legítimo *basileus*. Encon-

tra-se noiva de seu primo Hêmon, filho de Creonte, irmão de sua mãe Jocasta, já que o rei de Tebas, Creonte, estava obrigado a dar seu mais próximo parente em casamento à Antígona, algo que não aconteceria em uma situação normal, por ser ela filha do incesto. O *epiclerato* segue regras específicas de casamento, ocasião em que Hêmon se veria em uma situação subordinada à Antígona, algo como um simples instrumento, não seria considerado rei, não teria pátrio poder, seria algo menos que um príncipe consorte.

Creonte privilegiou um dos filhos de Édipo, Etéocles, que havia se recusado a cumprir o combinado com o irmão Polinices, de se revezarem no trono enquanto não houvesse um só e legítimo rei em Tebas. Ambos morrem na disputa pelo trono e o rei homenageia Etéocles com honras fúnebres, algo inconcebível na Grécia para suicida e assassino, enquanto que determina uma humilhação a Polinices deixando-o insepulto, também inconcebível, pois pelos costumes e tradição ambos os irmãos deveriam ser deixados do lado de fora da *polis*, para serem enterrados de forma discreta pelos familiares próximos, sem honras públicas. Essa era a lógica dos deveres cívicos e normais.

Com a morte dos dois irmãos no combate que travaram, Creonte exerce como tirano o poder em Tebas, e nessa condição emite um decreto proibindo que se dê sepultura digna a Polinices, o que pela crença de então resultava em uma condenação eterna da alma do morto.

Antígona postula pelo respeito ao seu direito de enterrar o falecido irmão Polinices, proibido pelo decreto injusto de Creonte, fato que afetaria o espírito do morto além do seu corpo, enfraquecendo seu espírito e impedindo que este descesse ao Hades, onde se tornaria um protetor de sua linhagem, prejudicando com isso a honra da linhagem dos Labdácidas.

O decreto de Creonte determina a Polinices a sorte mais aviltante que há no imaginário grego: a putrefação e o dilaceramento

por carneiros. É uma medida excepcional, pois de acordo com os costumes e as tradições, Creonte seria obrigado a deixar os irmãos, já que ambos são suicidas e assassinos, fora dos muros da cidade para que os parentes próximos pudessem enterrá-los sem honras públicas.

A pena para quem descumprisse o decreto era a morte por apedrejamento. Mas é justamente isso o que fará sua sobrinha e futura nora, Antígona, invocando as leis tradicionais, de origem divina, que garantem aos familiares o direito de enterrar seus mortos, expondo-se assim à pena que Creonte não hesitará em mandar executar, ainda que se permitindo alterá-la para o emparedamento dela ainda viva, a demonstrar o seu total descompromisso com qualquer norma anteriormente estabelecida, mesmo que por ele próprio.

A tragédia “Antígona” traz a questão contemporânea da corrupção do Direito pela lei, do estado de exceção, da força de lei sem lei, do antidireito, da morte do Direito, quando desvinculado da busca pela justiça, finalidade do próprio Direito.

O principal conflito apontado pela maioria dos estudiosos em “Antígona” é o que existe entre Antígona e Creonte, representando aquela o direito familiar, “natural”, o direito de enterrar o falecido irmão Polinices. Trata-se de um dever religioso, com fundamento na lei de origem divina, inderrogável, justa por excelência, irrevogável, eterna nos costumes e tradições da época. Antígona representa as leis da *Diké*, não escritas, das divindades ctônicas, deuses inferiores, infernais, que habitam o Hades e que zelam pelos laços de sangue. Creonte representaria o direito “positivo”, do Estado, a lei da cidade, relacionado aos deuses olímpicos, protetores da vida na *polis*, deuses superiores.

Creonte emite um decreto proibindo que se dê sepultamento a Polinices, considerado em nosso entender um antidecreto, um decreto de ocasião, de exceção, com base na força, uma lei marcial para tempos de guerra numa época em que a guerra já havia terminado, não havendo justiça em tal lei, pois comina uma penalidade despro-

porcional e contradiz os costumes religiosos da época.

Em “Eléctra”, tragédia de Eurípidés, a penalidade de morte para o crime de matricídio de Electra e Orestes é considerada exagerada e contrária aos costumes religiosos que previam o banimento como suficiente para a purificação, ou seja, a pena de banimento era a pena religiosa tradicional para assassinatos.

O decreto de Creonte revela-se então, como um antidireito, sendo contrário à constituição tradicional, não escrita, costumeira e justa por excelência; impõe-se como uma lei ditatorial e tirânica, direito formalmente positivo e substancialmente injusto.

Seria ainda tal personagem, exemplo do direito fundamental e humano de reação às leis injustas, o que traz a questão do direito de resistência às leis injustas e contrárias aos direitos mais fundamentais, referidos desde John Locke e às ações ilegais do Estado, como no caso do (anti)decreto do tirano Creonte, representando o direito imposto e não legítimo, apesar de “positivo”.

Cabe frisar, contudo, que na Antiguidade clássica inexistia o sujeito de direito, apenas prerrogativas, poderes e deveres ligados ao *status* da pessoa e total submissão ao Estado. Não possui a personagem Antígona, portanto, um direito subjetivo, já que não se concebiam sujeitos de direitos em tal época, sendo isso uma concepção moderna. A ideia de sujeito de direito começa a se delinear no pós-cristianismo, após Paulo, o apóstolo que, de perseguidor, se converteu ao cristianismo e seguiu Jesus.

Por conseguinte, a oposição entre direito natural e direito positivo é um anacronismo, caso não seja ressalvado que tais expressões não existiam na época em que se passa a tragédia grega “Antígona”. Não se refere aí, a direitos fundamentais ou humanos ou naturais no sentido atual dos termos, mas a um direito ancestral.

A ideia de direitos subjetivos e objetivos surge com o formalismo da Modernidade; a noção de direito natural também inexistia

na época da tragédia, surgindo há pouca mais de 2.300, com (ou na época de) Aristóteles.

Antígona, segundo algumas interpretações, afirmaria, de uma perspectiva moderna, pós-cristã, a existência de direitos inerentes à pessoa humana, e enquanto tal, reproduz uma concepção jusnaturalista dos direitos humanos, tendo por fundamentação a própria natureza racional e afetiva – a *humanitas*. Assim, as leis não escritas seriam interpretadas como expressão de direitos naturais universais, ínsitos à própria natureza humana em função de sua humanidade, prerrogativas éticas e jurídicas universais, cuja validade se sobrepõe aos ordenamentos jurídico-políticos.

Entendemos, contudo, que Antígona seria melhor interpretada como fonte histórica da evolução dos direitos humanos, não como origem primária desta na sua concepção de direito objetivo, nem como direito subjetivo, nem como representante da origem da individualização do direito, já que na Antiguidade greco-romana a ideia de direitos ou liberdades individuais inexistente.

Portanto, Antígona não seria uma fonte original dos direitos humanos como direitos subjetivos, naturais, mas talvez como direitos objetivos, também positivos, mas de uma perspectiva atual, só que positivados em uma ordem de escala superior àquela em que se situa um decreto governamental como o de Creonte, e positivados consuetudinariamente, metapositivos, portanto, embora aqui seriam direitos não humanos postos também, mas pelos deuses.

Por sua vez, a distinção e o conflito entre direito natural e direito positivo envolvem os questionamentos: o que é o direito positivo? O que poderá ser considerado Direito?

O direito positivo, visto como um direito criado pelo homem, feito pela vontade do homem, decorrente de sua vontade para impor, um direito imposto, é contrário à noção de direito natural, feito pelos deuses. O direito natural seria então aquele que os deuses fizeram, o direito que faz o homem, contrariamente ao direito positivo,

o direito feito pelos homens.

A personagem Antígona poderá ser vista como lídima expressão do movimento de um ser em busca de suas raízes, *in fieri*, em um movimento do negativo ao positivo, de *homo sacer* a revolucionária, a anárquica, em um movimento de subjetivação, e nesse sentido, teriam sido dados os primeiros passos desbravadores da longa estrada que levaria na Modernidade, ao pleno reconhecimento dos sujeitos como sujeito de direitos.

Seria a personagem um exemplo de *homo sacer*, conceito desenvolvido por Giorgio Agamben, significando um ser banido, em suspensão, podendo ser morto por qualquer um? Nesse sentido são as interpretações de Judith Butler e de Slavoj Žižek. Para este último, Antígona fala por todos os excluídos do domínio público, por todas as vozes que não são ouvidas, enquanto que para Judith Butler, ela apresenta-se de forma semelhante a todos que são como as pessoas sem documento na França atual, sem um completo e definitivo *status* social e ontológico, o que para Žižek seria o conceito de *homo sacer*.

Creonte teria instaurado um verdadeiro estado de exceção já que sua lei coloca em risco toda a *polis* e vai contra os laços sociais? O tratamento dado por ele a Polinices é desnecessário, pois a prática grega previa o enterro de inimigos e rebeldes fora dos muros da cidade e sem honras públicas. A atitude de Creonte é de uma excessiva severidade. Nas demais tragédias antigas, a proibição de sepultamento e considerada cruel e ímpia.

A fórmula de contingência, segundo Luhmann, no caso do Direito é a Justiça, como a da religião seria Deus, ou seja, o Direito sem Justiça deixa de ser Direito e vira um simulacro, uma comédia de má qualidade, não se revestindo sequer mais de máscaras para provocar a ilusão, e sequer tendo o poder das tragédias gregas de provocar piedade, terror, ou assombro, um dos passos para a proposta da ética do absurdo de Camus, pois partindo-se do assombro,

atitude tipicamente filosófica, pode-se chegar a atravessar o labirinto que leva para fora de tal simulacro ou da “matrix”, nos termos da célebre obra cinematográfica.

Em “Antígona”, haveria exemplo da crise autoimunitária e do estado de exceção, quando aquele que deveria defender o Direito - o Estado, representado na figura de Creonte - o ataca, sem qualquer compromisso com a justiça, com os costumes e com as leis divinas da época.

Nesse sentido, considerando a proporcionalidade no julgamento como a maior expressão da fórmula de contingência na atualidade, verificamos que foi também isto que faltou tanto por parte de Creonte como de Antígona. Ambos são excessivos e agiram com *hybris*, levando a uma catástrofe de si mesmos e da cidade. O governo implodiu. Antígona transgrediu o decreto de Creonte e é condenada à pena de morte, exprimindo o paradoxo do Direito.

“Antígona” é considerada por Gunther Teubner como a única capaz de fazer uma crítica radical ao Direito, refutando, em especial, a corrente crítica do Direito por representar apenas um esforço de desconstrução, mas que não chega a ser uma crítica radical; esta já fora realizada na obra de Sófocles, nas palavras de Antígona que exprime o paradoxo do Direito ao se levantar contra a lei de Creonte, que proíbe o enterro de seu irmão. Nas palavras de Teubner: “Antígona aplica o código jurídico ao próprio jurídico quando sustenta que a pretensão de Creonte de definir aquilo que é legal ou ilegal, e em si mesma ilegal”¹⁰⁶.

Rebelde, anárquica, revolucionária e dionisíaca no nosso entender; revolucionária com sua ação transgressora; anarquista segundo Creonte; louca segundo o Coro; rebelde, mas não revolucionária segundo Slavoj Žižek, por lhe faltarem os elementos de comunidade e solidariedade; criminosa e rebelde segundo Judith Butler em

106 Gunther Teubner, “O Direito como sistema autopoietico”. Tradução e prefácio de Jose Engrácia Antunes, Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1989, p. 18-19.

seu livro “Antigone’s claim”¹⁰⁷, assumindo a linguagem do Estado. Segundo esta autora, Antígona agiria como criminosa e ao mesmo tempo como rebelde, tornando-se uma forma de política escandalosamente impura¹⁰⁸, ao se questionar se o parentesco e a autoridade do Estado podem se sustentar independentemente um do outro^{109/110}. Judith Butler relembra que a própria Antígona afirma ter desafiado os cidadãos com sua conduta transgressora¹¹¹, entendendo ser a lei de Creonte uma lei do instante, sem generalidade, adotada conforme as circunstâncias¹¹².

Segundo Foucault, “Édipo Rei” assim como “Antígona” e “Electra” trazem o problema da fundamentação do Direito, do confronto entre direitos da família e da cidade, o problema da fundação da lei, da vingança e da instituição originária do tribunal¹¹³. Em “Electra” e em “Antígona”, contudo, há uma diferença em relação ao “Édipo Rei”, pois enquanto esta tragédia trata da descoberta do autor do crime, do procedimento para tanto e do castigo ao assassino, as primeiras trazem a questão de como abrir espaço para o direito familiar dentro do direito da *polis*, como confrontá-los e como coordená-los entre si¹¹⁴.

Entendemos que Antígona é uma heroína, anarquista, rebel-

107 Judith Butler, “Antigone’s claim - kinship between life and death”, New York: Columbia university Press, 2000, p. 05-06.

108 *Ibidem*, p. 05.

109 *Ibidem*, p. 05 e ss.

110 *Ibidem*, p. 07 e ss. Tradução livre: “Espero mostrar, que tem relevância para nós que lemos essa peça dentro de um contexto contemporâneo em que a política de parentesco trouxe um dilema ocidental clássico para a crise contemporânea. Por duas questões que a peça coloca é se pode haver parentesco - e por parentesco eu não quero dizer a “família” em qualquer forma específica - sem o apoio e mediação do estado, e se pode haver o estado sem a família como seu apoio e mediação. E, além disso, quando o parentesco representa uma ameaça à autoridade do Estado e o Estado se coloca em uma violenta luta contra o parentesco, esses mesmos termos podem manter sua independência um do outro? Isso se torna um problema textual de certa importância quando Antígona surge em sua criminalidade para falar em nome da política e da lei: ela absorve a própria linguagem do Estado contra o qual ela se rebela, e a dela se torna uma política não de pureza oposicional, mas da política, escandalosamente impuro”.

111 *Ibidem*, p. 09.

112 *Ibidem*, p. 11.

113 *Ibidem*, p. 46.

114 *Ibidem*, p. 47.

de, revolucionária na ótica do direito não formalista, preocupado mais com o conteúdo da norma do que com a forma, embora para o “direito positivo” da época - ainda que de validade questionável como é o que produzem as tiranias - e de acordo com o atual direito positivo, sob a ótica do formalismo, da técnica e do cartesianismo, seja uma criminosa, uma espécie de terrorista. Mais do que uma princesa, ela é uma rainha, tal como demonstra a versão de Hölderlin, representante legítima do trono de Tebas, e que ousou ir além, por amor, possuída por um *daimon*, uma espécie de amor incestuoso por seu irmão e seu pai, tendo o impossível como ponto de partida.

O decreto de Creonte se revela como um antidireito, um decreto de exceção, com base na força, um decreto de guerra, uma espécie de lei marcial, agindo como se ainda estivesse na guerra que já havia acabado e vencido, sendo contrário à constituição tradicional, não escrita.

O tratamento que foi dado à Antígona, a quem não se aplicou a pena prevista de morte por apedrejamento, substituída pela condenação à morte por emparedamento viva, bem demonstra a presença de um estado de exceção. Trata-se da questão contemporânea da corrupção do Direito pela lei, do estado de exceção, do antidireito, o que se pode considerar um caso de *homo sacer*, abandonada, banida.

Do ponto de vista do direito denominado natural por parte dos estudiosos, mas na verdade costumeiro, tradicional, de origem divina e religiosa, metapositivo, seria Antígona uma espécie de santa ou uma heroína, invocando tal direito ao se opor ao decreto de Creonte, afirmando que a referida lei marcial não era originária de Zeus por ser contrária ao costume e à tradição da época, que recomendava enterrar os mortos e fazer as “libações” correspondentes. Esse referido direito era, pois, eterno, imutável, bem como um dever sagrado e familiar. Creonte afirma que seus atos devem ser respeitados, quer pareçam justos, quer não, enquanto Antígona representa a busca da legitimidade e do limite do *nomos*, bem como a exigência

da justiça, em cumprimento da *tá dikaia*, a lei imemorial, perene, divina, costumeira, lei não escrita, equitativa e justa por excelência¹¹⁵.

Antígona praticou uma ação transgressora ao enterrar o irmão, mas sua ação sequer pode ser considerada como violação de uma norma, sendo na verdade o não reconhecimento do decreto de Creonte, que não passa na verdade de mero ato de força, uma lei marcial; questiona sua legitimidade e autoridade, revelando um caráter revolucionário e, portanto, heroico¹¹⁶. Antígona incorpora os valores herdados de sua família, um dever sagrado e familiar de enterrar o irmão, tendo feito a Polinices tal promessa¹¹⁷.

115 Neste sentido, Aristóteles, “Retórica”, 1373 b e ss.; “Antígona” de Sófocles, versos 664, e 730. Tb. Paola Cantarini, “Direito Comercial à luz do princípio da proporcionalidade – uma análise filosófico-poética”, Editora Novas edições Acadêmicas: Saarbrücken, 2015, p. 14 e ss., Id., “Antígona”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

116 Willis Santiago Guerra Filho, texto blog, <http://drwillisguerra.blogspot.com/2012/12/direito-poetico-em-kafka-antigona-e-no.html>, p. 04 e ss.

117 É o que dispõe, Willis Santiago Guerra Filho: “(...) Isso porque ao final de Édipo em Colono, quando Édipo não só recusa-se a dar sua benção a Polinices, como o amaldiçoa, assim como seu irmão, a morrerem um pela mão do outro, ele apela para as irmãs, Ismene e Antígona, para que não deixem, em isso ocorrendo, que seu corpo fique insepulto, ou seja, que cumprissem com o seu papel de irmãs, no que aquiescem, dando-lhe um abraço emocionado – e aqui não resta dúvida que apenas um gesto seria suficiente para manifestar tal aquiescência, pois como Édipo dissera pouco antes a Teseu, entre amigos (*philoí*) não se precisava jurar para sacramentar uma promessa, sendo esta relação “filiação” que posteriormente Antígona seguidamente alegará, para justificar sua ação transgressora, de enterrar o irmão. Vale enfatizar o caráter revolucionário e, por isso, heroico de Antígona, que além de mulher era jovem, muito jovem (o Coro a chama mesmo de “a menina”, he país), e apesar dessa dupla condição inferiorizadora, na sociedade em que vivia, partiu mesmo para o enfrentamento com o mais velho e mais poderoso dos homens dentre os que a cercavam, Creonte, a quem inclusive devia obrigações filiais, pois sendo seu tio materno, é a quem Édipo encarrega a criação das filhas, no final do Édipo Rei. Então, a questão dela não é tanto, ou tão-somente, enterrar o irmão, ao que estava obrigada inclusive pela promessa feita a ele, conforme referido. (...). E como sabemos da peça de Ésquilo, Sete contra Tebas, se Eteocles só se envolveu pessoalmente na disputa ao saber que seu irmão tinha feito o mesmo, certamente não iria desonrar o seu cadáver, caso não tivesse morrido, ao matá-lo. Antígona, com seu gesto, recusa a transmissão do poder real ao «General» (*strategos*), como ela acertadamente qualifica Creonte, não o considerando digno sequer de reconhecimento como verdadeiro soberano (*basileus*), donde seu gesto, que não é para ser entendido sequer como violação de uma norma, mas como um não-reconhecimento como tal do decreto de Creonte, o qual seria um mero ato de força, uma lei marcial, a prolongar, por sua inépcia ou por uma estratégia de governo, o estado de beligerância civil (*stasis*), ao invés de encerrá-la, com o fim da guerra (*polemos*). (...) Hölderlin, por exemplo, em sua tradução interpretativa da peça, a qualifica de rainha, ao invés de simples princesa, na sua fala final, quando se dirige ao povo de Tebas, denunciando o modo como está sendo des-tratada. Agora, do ponto de vista, digamos, governamental, ela seria o que hoje se costuma qualificar de “terrorista”, e o tratamento que foi dado a ela, a quem também não se aplicou a pena prevista, de apedrejamento, trocada pela condenação à morte por emparedamento, viva, bem demonstra a presença de um estado de exceção, em que o detentor do poder decide a seu

Willis Santiago Guerra Filho ressalta que, sob o ponto de vista governamental, ela seria uma “terrorista”, uma criminosa e que o tratamento dado a ela ao ser aplicada uma pena não prevista para o caso de seu delito, retrataria bem o estado de exceção em que viviam, já que Creonte altera a pena prevista originalmente¹¹⁸ mesmo que isso cause a destruição de sua família e de sua cidade¹¹⁹.

O decreto de Creonte é interpretado por Jean Lauxerois como um estado de exceção, pois exclui o morto da *philia* familiar, constitutiva da cultura grega no século V aC, colocando em risco o laço social vigente. Em suas palavras: “(...) ao estado de exceção decretado por Creonte, Antígona opõe, em ato, a resistência do ser mortal como assombro na exceção”¹²⁰.

Antígona age de forma desmedida, com excesso, sem proporcionalidade, assim como também age Creonte, sendo tal característica típica da tirania, ou seja, ambos possuem características de personalidade similares, pois além de agirem dominados por uma espécie de *daimon*, agindo pela influência da *hybris*, ambos são intolerantes, não admitem ceder e são autoritários. Portanto, não pode-

arbitrio mesmo a quem (e como) se aplica as leis que arbitrariamente estabelece. Nota-se como certas coisas não mudam nesse ser o mais assombroso dentre todos os assombros, que somos o humanos, como refere a famosa ode no início de Antígona, que procura impor-se a tudo e a todos, pela associação política de muitos, só encontrando na morte um limite à sua ânsia de perdurar a qualquer custo. É ao enfrentamento desse limite que Antígona vai ser levada, por um vínculo de amor que dá sentido poético à vida, e torna sem sentido a oposição política entre os aliados e os adversários, a essência mesmo da política segundo Schmitt. Mas era isso o que seu antagonista, Creonte, queria levar ao ponto extremo de desonrar o cadáver do inimigo, seu sobrinho, um parente (*philos*), que na concepção grega não podia ser considerado assim, e cuja morte ainda seria insuficiente, para saciar uma sede tamanha de vingança, movida pelo ódio interminável e, sobretudo, a vontade de se afirmar como o soberano que decidia em Tebas sobre os destinos de seus cidadãos, sua vida, morte e mesmo além. (...). Bem diversa era a sede de Antígona, a sede de justiça, movida pelo amor, pois como ela diz em uma de suas mais belas e últimas falas, ela nasceu só para amar e ser amada, não para odiar, mas não teve essa sua destinação realizada, por ter sido pelo ódio que se definiu o destino dos que amou e que a amaram” (*Ibidem*, p. 03 e ss.).

118 Willis Santiago Guerra Filho, “Antígona ou a dissolução poética da política”. *Jornal Estado de Direito*, n. 30, 2011, p. 25. Disponível em <https://issuu.com/estadodedireito/docs/estado-ed30>. *Verbis*: “(...) Antígona foi mesmo heroica, com seu ato extremo, pondo em jogo a própria vida, ao confrontar Creonte, ao invés de tentar primeiro apelar para os laços de parentesco que os unia, ao ponto de ser chamada de louca pelo Coro (...)”.

119 Ingrid Vorsatz, “Antígona e a ética trágica da psicanálise”, Rio de Janeiro: Editora: Zahar, 2013, p. 64, p. 85 e notas 10, 68, 69; p. 72, 98.

120 *Ibidem*, p. 85.

mos ver tais personagens como contraditórias e opostas apenas, mas sim, como complementares, um como o espelho do outro. Dominados pela *hybris*, ambos agem de forma contrária à convicção geral do grego antigo, a qual é pautada pela moderação, pelo comedimento (*sophrosyne*), e equilíbrio, pelo *metron*, que seriam a melhor forma de agir e evitar o sofrimento. Interessante notar que, enquanto em “Antígona” Creonte apresenta-se como imoderado, em “Édipo Rei” ele apresenta-se como *sóphron*, sensato, prudente, moderado, possuindo a virtude do comedimento que lhe permitiria não ser arrogante nem exagerado¹²¹.

Antígona se torna mais rainha do que princesa, mais heroína e rebelde do que criminosa, tendo atitudes mais masculinas do que as de mulheres de sua época, uma vez que questiona com sua postura a lei ditatorial e tirânica, o direito formalmente positivo, mas substancialmente injusto do seu tio Creonte, posicionando-se a favor de leis divinas e eternas, imutáveis, inderrogáveis por qualquer decreto de ocasião.

Em “Édipo Rei” também o coro faz um elogio às leis – *nómoi*, às quais as palavras e os atos devem obedecer, leis que nasceram no Olimpo e que não foram gerados por nenhum mortal, denunciando o descomedimento do tirano que tenta escapar ao que foi fixado pelos deuses e pelas leis no exercício do seu poder¹²², violando o que não deve ser violado.

Creonte afrontou a lei divina que dispõe sobre o que se deve fazer com um morto para se respeitar as forças do Hades, e para que se mantenha o equilíbrio do universo e das divindades; é contra tal lei divina e eterna que Creonte atua. Não há assim, por parte de Antígona, ato de desobediência civil, pois age contra algo injusto, contra uma ordem injusta de Creonte. Há por parte dela uma legítima objeção de consciência.

121 Michel Foucault, “Malfazer, dizer verdadeiro. Função da confissão em juízo”, p. 60.

122 *Ibidem*, p. 63.

Antígona desobedece às leis do Estado, no caso ao direito “positivo” imposto por seu tio, mas está respeitando e tentando fazer cumprir a lei dos deuses, uma lei costumeira, imemorial, eterna, sendo uma questão de honra para os deuses o respeito aos ritos fúnebres, e uma questão mesmo de saúde pública para a cidade, pois o corpo insepulto de seu irmão Polinices no meio da cidade traria miasma e doenças; seria um mau presságio, poluindo toda a cidade e colocando, assim, em risco a vida de todos.

A tragédia, em seu final, traz a figura de Creonte arrependido de seus desmandos, reconhecendo seu erro, afirmando em uma das últimas frases a que custo aprendeu a ser humano. Creonte tenta voltar atrás, ao se dirigir até a tumba onde ordenou o emparedamento de sua sobrinha Antígona, noiva de seu filho Hêmon, para salvá-la, mas era tarde, pois quando é aberta a entrada da caverna, ela já se encontra morta por enforcamento, com uma corda amarrada em seu pescoço, repousando no túmulo com seu irmão, alcova nupcial e prisão eterna, tendo seu noivo Hêmon ao lado em desespero. Após o fato, Hêmon investe contra seu pai e acaba se matando com a espada com que o atacou, assim como também se suicida sua mãe, ao saber da morte do filho em decorrência dos atos desmedidos do marido. Há também a hipótese de ter sido Hêmon que enforca Antígona, evitando com isso que ela tivesse uma morte mais sofrida, aos poucos, sem água e sem comida, deixando para si tal destino como sinal do seu amor.

A reflexão sobre o papel de Antígona e de Creonte relaciona-se com as perguntas do que é o Direito, do que pode ser considerado o Direito, e se uma lei seria considerada legítima, e, portanto, obrigatória, se desconsiderasse por completo a realização da justiça, cominando uma penalidade desproporcional como a de Creonte.

CONCLUSÃO: KRISIS - DIREITO COMO ALIENAÇÃO TÉCNICA OU O QUE A ARTE E A RELIGIÃO PODEM ENSINAR AO DIREITO

A partir de E. Husserl é questionada a concepção do Direito como ciência, como técnica, apartando-se do mundo da vida, e as consequências de sua aproximação cada vez maior com a técnica, com a utilização do uso de inteligência artificial para a produção do Direito.

Pretendemos rever nesta parte final de nossa análise os principais fundamentos para a elaboração de uma crítica à concepção técnica e formalista do Direito, por se distanciar do humano, ao se distanciar do mundo da vida, em sua pretensão de busca da verdade e da certeza, desconsiderando-se a subjetividade humana na produção do conhecimento, ocorrendo o que E. Husserl já denunciava como alienação técnica, em seu excesso de formalismo.

O excesso de formalismo é a consideração apenas da causa formal, típica da ideologia da modernidade, considerando a obediência ao Direito como elaborado pelo poder, sem questionar seu conteúdo como defende, por exemplo, Hans Kelsen, desprezando-se as demais causas que fundamentam toda ciência tal como preconizado por Aristóteles, quais sejam as causas material, formal, eficiente e final.

Com o formalismo e seu conseqüente individualismo possessivo, todas as causas limitam-se a uma só, a causa formal, no sentido de formalismo. Portanto, minaram-se as bases da construção do saber antigo e medieval de cunho aristotélico que dá surgimento às ciências e ao pensamento tipicamente moderno, com a distorção correlata, ao exacerbar-se sem medida o formalismo, levado às suas

últimas consequências, a exemplo do que já vimos ocorrer com o Nazismo.

No Direito moderno há o predomínio da técnica e do pensamento meramente científico e cartesiano, positivista, formalista, e de um modo geral, a robotização e a mecanização do pensamento, desconsiderando aqui outros aspectos fundamentais na tomada de decisões judiciais, principalmente nos denominados *hard cases*, aqueles que envolvem colisões entre direitos fundamentais. Podemos concluir que esse direcionamento jurídico é insuficiente para uma solução adequada, no sentido de proteção da dignidade da pessoa humana, com a utilização de uma simples fórmula matemática algorítmica, como na proposta de Robert Alexy, a qual infelizmente vem sendo adotada em inúmeros acórdãos mais recentes da lavra do Supremo Tribunal Federal no Brasil.

Ao se matematizar e quantificar o pensamento jurídico, transformando-o em cálculo, desconsidera-se com isso que o Direito e a Ciência, e o Direito enquanto Ciência possuem uma história, e que a própria cientificidade do Direito depende também do elemento empírico, da experiência (Pontes de Miranda, Miguel Reale), e logo, novamente, da história. A redução referida reduz a realidade jurídica a um simulacro.

Revela-se aqui uma crise de paradigmas no Direito e a necessidade de uma transmutação, a fim de encontrarmos alternativas a uma possível morte do homem e da história, da autopoiese (Luhmann), em função de sua substituição por máquinas, robôs ou supercomputadores, sendo aquela uma das condições de nossa possibilidade de existência. Isto porque, na natureza tudo o que não é mais relevante e não tem função acaba sofrendo mutações ou é descartado com o tempo.

Restam as questões: a utilização em larga escala e de forma progressiva da inteligência artificial, representará o fim do homem e da história? Chegamos ao que Nietzsche denomina de “demasiado

humano”? Estaremos diante da superação definitiva da era do carbono, e com esta da extinção da forma humana e do início da era do silício, de onde virá uma nova forma, tal como preceituam Michel Foucault e Gilles Deleuze? Trata-se da era do *phylum maquínico*, termo forjado por Gilles Deleuze e Felix Guattari, mencionando o silício no agenciamento contemporâneo homem-natureza¹²³.

O Poder Judiciário de diversos países vem se “beneficiando” do uso de sistemas de algoritmos matemáticos, como o Estado de Wisconsin nos EUA, para determinar o grau de periculosidade de criminosos, relacionado à possível redução de penas. Tais problemáticas foram objeto do documentário no Netflix “Making a Murderer”, mostrando a condenação de um inocente, tendo sido a sentença calculada com a ajuda de um algoritmo matemático. Verifica-se ainda a utilização em todo os EUA do “Compas”, um questionário que avalia a potencialidade ou probabilidade de uma pessoa cometer um crime futuramente, já havendo uma advertência feita pela Suprema Corte de Wisconsin sobre o “Compas” onde aponta que ele pode dar uma pontuação maior para minorias étnicas.

Tais questões envolvem a dimensão ética e moral da automação e digitalização, o uso indiscriminado e a mercantilização, sem responsabilidade e sem controle, de nossos dados pessoais por empresas, a correlação de tal temática, com o uso discriminatório, racista ou sexista em casos jurídicos decididos por meio da inteligência artificial, envolvendo dados obtidos por meio da mídia digital.

As mídias integram o Direito, pois também o constroem porquanto são meios de comunicação privilegiados na sociedade contemporânea, sendo sua linguagem mais amplamente divulgada, e o Direito é linguagem, com função similar¹²⁴.

Diante de tais transformações, estaríamos frente a um ponto

123 Deleuze, “Conversações”. Trad. P. Pál Pelbart, Rio de Janeiro: Editora 34, 2000, p. 125.

124 Cf. Paola Cantarini; Willis Santiago Guerra Filho. “Adeus à Linguagem e (a) o Direito”. In: Direito e Cinema Francês, Juliette Robichez (org.), Lisboa: Lisbon International Press, 2020, p. 412 – 430.

de mutação, a uma nova virada autopoietica, em um momento de ponto crítico na forma de produção do Direito e de como este é interpretado e aplicado?

O desenvolvimento indiscriminado e sem controle, totalmente desvinculado de uma fundamentação superior, ética e moral do Direito em sua aplicação por meio da inteligência artificial, poderia indicar o fim da humanidade?

Teria chegado de fato o fim da história e a morte do homem?

Tratar-se-ia do império da máquina que se aproxima, tal como vislumbrado em obras de ficção científica?

O Direito, sendo a expressão da *humanitas*, poderia ser aplicado de forma legítima por meio da inteligência artificial, a qual por não possuir sentimentos, intuição e emoções, tampouco possui consciência e alma, capacidade jurídica, limitando-se a uma aplicação fria e seca da legislação?

A utilização da inteligência artificial se impõe como realidade e isso produz um impacto ainda imprevisível sobre o Direito e sobre a humanidade, já que a realidade impacta e também produz o Direito. Segundo Niklas Luhmann (“A realidade dos meios de comunicação”), a nossa realidade, na atual sociedade informacional, é criada pelos meios de comunicação. Já foi noticiada a existência do primeiro robô juiz do mundo na Estônia, o qual irá julgar causas de menor valor econômico. Está também em andamento o projeto de pesquisa denominado “Cérebro humano”, ou “Human Brain Project”, visando a recriar, até 2024, um cérebro humano graças a um supercomputador.

O denominado e conhecido *trolley problem* demonstra a existência de questões morais e éticas de mais alta importância envolvidas com a impossibilidade de uma automatização absoluta da Justiça, vez que esta, sem a presença do elemento humano, se transforma em outra coisa. O MIT Media Lab, estudando tais temáticas desen-

volveu a “Moral Machine”, plataforma para coletar dados relativos a decisões morais pelos seres humanos (moralmachine.mmit.edu), e o resultado de tal pesquisa conclui que em países com alto grau de desigualdade econômica há uma tendência a tratar de forma bastante desigual as pessoas de acordo com seu *status* social (Revista “Nature”).

O Direito depende para sua evolução e reconstrução *in fieri* da *poiesis*, sendo tal característica marcante dos seres humanos como seres biológicos, depende da criatividade e da sensibilidade dos que se relacionam com o Direito.

Portanto, o Direito, devido à predominância de sua compreensão e aplicação de forma cartesiana, técnica, limitado a ser concebido apenas como ciência técnica, afasta-se cada vez mais da *poiesis*, da poética, da sensibilidade, da criação, ocorrendo atualmente, em grande parte, apenas uma eterna repetição do igual, do mesmo, *ad nauseam*; sem criação, apenas reprodução.

Considerando o Direito enquanto Ciência, tal forma de tomada de decisão pela inteligência artificial nos parece que seria uma espécie de retorno ao entendimento de que as ciências, baseadas na observação de regularidades na ocorrência de fatos, permite elaborar leis mecanicistas gerais explicativas da realidade. Contudo, devemos estar atentos, pois tais fatos eram recortados do conjunto da realidade, para assim dar-se a eles um tratamento analítico e limitados e reduzidos a uma determinada localização espaço-temporal.

Trata-se de um tipo de aplicação próprio da física mecanicista-newtoniana, superada atualmente pela física quântica e relativista, a demonstrar a fragilidade de sua construção teórica e aplicação, utilizando-se de observações obtidas em escala limitada, como a que se observa na utilização de um banco de dados, sabe-se lá construído por quem, na construção de uma decisão jurídica por meio de inteligência artificial, ainda mais na seara do Direito, por desconsiderar que o Direito e as ciências no geral possuem história.

Há ainda, em nosso ponto de vista, outras questões a serem consideradas: a inteligência artificial, por não possuir uma consciência e uma alma, não tendo a possibilidade do maravilhar-se e do assombrar-se, limitada a uma perspectiva inodora, inorgânica e mecanicista da vida, contrária, pois às ações tipicamente humanas, seria indicada e apta a tomar decisões que envolvem não apenas o lado racional da inteligência, mas sobretudo o imaginário, o imaginal (Henry Corbin), a sensibilidade, as emoções e as intuições?

Os estudos de Husserl e sua doutrina do conceito diferenciam dois tipos de representações possíveis: a representação própria e direta de um objeto somente seria alcançada pela intuição, enquanto que o conceito limitar-se-ia a fornecer uma representação imprópria, simbólica ou mediante símbolos, possuindo sempre um caráter intencional. Intencionar é tender, por meio de conteúdos dados à consciência, a outros conteúdos que não são dados.

A questão da produção de “conhecimento” por meio da inteligência artificial consubstanciada em decisões judiciais produzidas por meio de algoritmos, em uma forma de cálculo, traz a problemática da perigosa alienação na técnica, também trabalhada por Husserl, já que há a construção de um universo simbólico apartado das evidências da intuição sensível, a qual está impossibilitada de ser produzida por uma máquina. Merece atenção, nesse sentido o entendimento de Hermes Reis de Araújo¹²⁵:

(...) a matematização da ciência não representa apenas a substituição de um discurso por outro. Ela caracteriza justamente o fim da linguagem (discursiva, do logos), como modo privilegiado de reflexão pelo qual o homem dizia a verdade.

Há uma relação entre Direito e Religião, já que ambos são crenças e fundados em dogmas, havendo uma estrutura dogmática de pensamento, e entre Ciência e Religião, assim como entre Direito e Ciência. A própria origem do procedimento probatório científico

125 Hermes Reis de Araújo, “Apresentação”, in: “Tecnociência e Cultura. Ensaios sobre o tempo presente”, São Paulo: Estação Liberdade, 1998, p. 12.

situa-se no processo da inquisição católica medieval, regida pelo direito canônico, tal como nos afirma Foucault. Daí ser toda espécie de ciência, seja empírica seja formal, seja natural seja humana, subsumível, segundo Piaget, na categoria das “Ciências das leis”, abrangendo a cibernética¹²⁶.

Contudo, a filosofia natural com Isaac Newton e J. Locke como *fellows* da Royal Society of London, instituída para a busca da melhoria do conhecimento natural, se impõe e se opõe à escolástica na Inglaterra (que compreende o período da Idade Média, compreende a patrística com destaque para Santo Agostinho, e a baixa Idade Média onde temos os pensamentos de Scot e Ockham, que é o movimento de São Tomás de Aquino, o tomismo); daí a importância como precursores medievais da modernidade científica e jurídica de João Duns Scotus (Scot) e de Guilherme de Ockham que se opunham ao tomismo de Tomás de Aquino, que se baseava no aristotelismo (tomista), enquanto Scot e Ockham se baseiam na tradição platônico-agostiniana. Eles são os precursores portanto da modernidade científica e jurídica. Scot e Ockham são cristãos, ocorrendo a cristianização da ciência. Ocorre o início da via moderna, opondo-se à *via antiqua*, da Escolástica, correspondendo esta ao período da Baixa Idade Média.

Locke e Newton se opunham também à concepção de Aristóteles, além de se oporem a Descartes e ao autoritarismo, dando início ao distanciamento da filosofia humanística. A filosofia natural e a filosofia humanística se distanciam em mundos isolados.

Guilherme de Ockham demonstra que apenas restaria uma causa, a causa eficiente, a única considerada como causa válida, enquanto que todas as demais são consideradas interferência na onipotência de Deus. Neste ponto é onde se dará a revolução quântica da física e do pensamento.

126 Cf. Jean Piaget, “Psicologia e Epistemologia. Por uma Teoria do Conhecimento”, 2ª. ed., trad. Agnes Cretella, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978, p. 133 ss. e aí p. 142.

Portanto, Scot e Ockham defendiam a tradição platônica-agostiniana, opondo-se ao tomismo (São Tomás de Aquino), baseado no aristotelismo tomista. O tomismo na verdade inviabilizaria o desenvolvimento da ciência, pois era a favor da ciência aristotélica. Contudo, acaba ocorrendo também na modernidade o entendimento distorcido de Scot, dando origem ao formalismo.

Scot estaria envolvido na “querela dos universais”, denominados de transcendentais na época medieval, os quais iriam além das categorias aristotélicas (substância, ou essência, quantidade, qualidade, relação, tempo, lugar, situação, ação, paixão e possessão). Tal perspectiva universalista considera o todo maior do que a soma de cada uma das partes, opondo-se ao nominalismo, segundo o qual os universais são apenas meros nomes, só tendo realidade e existência verdadeira cada um dos entes abrangidos por tais nomes.

A opção nominalista vai antecipar o que na modernidade se chamará de empirismo e experiência. Scot vai trazer uma solução intermediária e original, constituindo a matriz do desenvolvimento do racionalismo moderno, o formalismo. Na tradição aristotélica tendo como expoente Santo Tomás de Aquino defendia-se o hiemorfismo ou hilomorfismo, considerando todos os corpos como resultado de dois princípios complementares, a forma e a matéria. A matéria, segundo o princípio da individuação, era o que diferenciaria dois seres humanos, e não sua forma, humana em ambos os casos. Scot apresenta uma posição inovadora, afirmando que o que produz a diferença é um traço identificador singular exclusivo de cada um, a *haecceitas*, *ecceidade*, ou *ipseidade* (si mesmo). Os universais, não seriam meras criações do intelecto humano, a humanidade comum a dois humanos existe de fato, mas não ocorreria sem o princípio individuador. A eternidade da alma é nossa distinção formal.

Scot se opõe à concepção tradicional agostiniana (Henrique de Gant), no sentido de ser necessária uma iluminação por meio da graça divina para ter acesso ao conhecimento acerca de Deus e à pro-

va de sua existência, também opondo-se à concepção tomista, que acreditava na razão natural como suficiente para tudo compreender. Deus, segundo Scot, contrapondo-se à doutrina das causas, é fundamento de toda ciência com base em Aristóteles; entendendo que a causa primeira e eficiente e também a causa final é Deus.

Afirma-se assim a existência independente da forma em relação ao conteúdo de um objeto, ou seja, sua causa formal em relação à causa material, sendo tal ideia desenvolvida posteriormente como a base do domínio científico, da ciência moderna e tudo mais característico da modernidade, desde a revolução copernicana, com Galileu Galilei, falando-se apenas em causa eficiente. Já não mais se distingue entre o que é forma e matéria, eficiência e finalidade, estando todas reduzidas a uma só causa, a causa formal. Consequência disso é o distanciamento dos fundamentos do saber antigo e medieval, de cunho aristotélico e o exacerbamento do formalismo.

Característico deste tipo de forma de “conhecimento” típico da ciência é a utilização de signos nos cálculos matemáticos de que se vale, típico de nossa sociedade da informação, onde se produz cada vez mais informação e em uma relação inversamente proporcional, cada vez menos conhecimento reflexivo, pois seriam estes antagônicos. Há o aperfeiçoamento de uma racionalidade meramente técnica, vazia, segundo Husserl, sem a produção de conteúdo cognitivo algum¹²⁷.

A partir, principalmente, de Newton, o padrão de ciência vai desqualificar como ciência o que até então não havia muito de diferença em termos de ciência. Começa tal processo na verdade desde a química, no século XVIII, como bem relata Isabelle Stengers (“A invenção da Ciência”). Daí na alquimia, por não ser a química, não há separação entre o sujeito e o objeto do estudo, do conhecimento, nem apropriação de descobertas pelo mercado e a indústria. O Su-

127 Willis S. Guerra Filho. “*Quantum critic*: conhecimento e comunicação em transmutação físico-matemática”. Tese de Doutorado em Comunicação e Semiótica. São Paulo: PUCSP, 2017.

jeito está, em seus estudos, envolvido na sua própria transformação, típica conclusão da alquimia, e a pedra filosofal buscada seria a própria transformação pessoal durante tal processo. Não havia distinção, portanto, até o surgimento da química, entre as ciências herméticas e as ciências alquímicas. Antigamente o objetivo da ciência não era econômico, utilitário como vem a se transformar após Newton, não por acaso, aquele que também exerceu de maneira tirânica e inclemente a função de chefe da casa da moeda na Inglaterra, do mesmo modo como antes presidira a Royal Society.

A informática e a inteligência artificial na utilização de algoritmos para a produção de decisões judiciais baseiam-se na matemática, ou seja, na lógica simbólica, diferente da lógica aristotélica. A inteligência artificial é um simbolismo, um pensamento abstrato. Sob o ponto de vista do formalismo não há tanta diferença entre o Direito e a Matemática, pois ambos são formalismos, números e normas, ambos passíveis de gerar fórmulas.

A partir do momento em que consideramos o formalismo como um modo reducionista de se olhar para a realidade do Direito, questiona-se se a física quântica, por se basear na matemática e na física pós-newtoniana estaria apta a uma compreensão holística e aprofundada do fenômeno jurídico.

Há uma fratura, com a divisão das culturas, das ciências e das humanidades, promovendo uma desumanização das ciências naturais e matemáticas e também uma atrofia das humanidades, de um tipo de raciocínio lógico-matemático que poderia em muito contribuir. Há uma dupla atrofia, portanto.

Promove-se uma diferenciação, o que é denominado já na década de 1930 por Husserl em suas reflexões reunidas no livro sobre a “Crise da civilização europeia”, das matrizes europeias, ou seja, do modo ocidental de estudar a realidade, intervindo nesta realidade de forma diversa do que era postulado pela alquimia, antes da transformação da ciência em algo utilitário.

Husserl, assim, já antecipando até mesmo conclusões de Heidegger, seu aluno, aponta para o grave problema civilizacional no cerne do pensamento matemático, tendo efeitos catastróficos do ponto de vista político e social, isso porque a ciência, ao se utilizar da lógica matemática, do simbolismo e da abstração típicos da matemática, se descola do que se denominou de *Lebenswelt*, mundo da vida, ou mundo vivido, isto é, da vivência mundana, e, pois, de nós seres humanos.

Nós humanos pensamos o tempo de forma linear, como se a história fosse um *continuum*, trazendo uma certa inércia ao pensamento e à sociedade, pois esta vem atrelada ao conceito e à ideia de progresso. Ou seja, a ciência é tida como o conhecimento mais apto a gerar tal progresso, pois a ciência progride ela própria e traria sempre melhoria, não se considerando, porém que ela promove também diversas piores e problemas.

O conhecimento, proveniente da ciência moderna, ao se descolar do mundo da vida, do verdadeiro solo que justificaria toda a construção do conhecimento, acaba se tornando alienado, estranho a quem o produz, o que Husserl qualifica como “alienação técnica”. Trata-se do que se denomina de ciência como religião, de uma religião científica, assumindo como verdade as fases do desenvolvimento da realidade, tal como se situa o pensamento e proposta epistemológica de A. Comte, em sua filosofia positiva. Neste sentido, para ele, a terceira fase, a fase científica, é tida como a derradeira e definitiva, correspondendo à ideia de progresso.

Passa-se com Newton à concepção do homem como calculador, como se denota da sua lei da física mecânica, da ação e da reação. A noção do homem como calculador não é moderna, tendo suas raízes nos denominados “calculadores” do Merton College, no século XIV, buscando-se a renovação ou depuração do pensamento de Aristóteles (no qual havia similitude com a dedução euclidiana), coincidindo em tal época com a introdução do método matemático

no estudo da física. Os nomes mais representativos da época são Thomas Bradwardin, iniciador do grupo mertoniano, influenciado pelo empirismo de Oxford e pelo nominalismo de G. Ockham, William Heytesbury, John Dumbleton e Richard Swineshead, este último chamado pelo próprio nome de “calculador”. Os calculadores, portanto, promoveram a matematização, sendo um possível antecedente da ciência que surge no século XVII.

A modernidade é uma ideologia que sobrevaloriza o conhecimento científico e desvaloriza os demais. Mas, quais são os critérios para qualificar um conhecimento que o torne produzido em bases científicas ou aquele que inova, no sentido de que o bom é aquilo que é novo, ou seja, moderno? Abrir mão da história é o modelo científico de conhecimento, com base no mito do progresso, constitutivo da ideologia da modernidade. Entende-se com base em tal ideologia, já que a própria modernidade é uma ideologia, que para ser ciência tem que ter objetividade, o que corresponde a um mito, pois jamais deixamos de ser sujeitos, sendo impossível, pois, uma objetividade absoluta. São crenças em absolutos que não divergem de outras crenças que creem em absolutos, como na onipotência de Deus. Contudo, a ciência tem história e é histórica.

Os pressupostos teológicos (absolutistas e monoteístas) da ciência moderna são afastados para que surja a própria ciência moderna para ir além, por exemplo, da física relativista. Após ultrapassar a física clássica moderna, Newton, que remeteu a um absoluto que é Deus, traz esses resquícios teológicos existentes na física (monoteístas – teístas), diversos da física contemporânea.

A física moderna e a concepção matemática do mundo possuem, contudo, uma validade delimitada, são relativas, embora tidas como verdades absolutas, já que partem de alguns pressupostos, e estes também são limitações; ao se livrar de alguns pressupostos criam-se outros pressupostos.

Com Einstein e a física quântica se produzem novos

métodos para a ciência, ocorrendo uma revolução de paradigmas, uma revolução científica. Como ponto positivo, a física quântica contemporânea vai ao mesmo tempo nos trazer para outras formas de espiritualidade, como a indiana, a chinesa, aproximando-se mais do esoterismo e do místico. Como ponto negativo, destacamos ser, a crença na ciência, uma espécie de crença na descrença. Uma espécie de fundamentalismo na ciência. Cria-se uma espécie de alergia, e se torna o humano ainda mais indefeso e frágil com a postura individualista e defensiva.

Devemos então promover a reconciliação das ciências e das religiões na busca de mais convergências do que diferenças.

A inteligência artificial, ao pretender-se substituir a racionalidade humana e o logos humano, ao tomar decisões judiciais com força de coisa julgada, não teria a *physis* humana entrelaçada a esta, nem tampouco a corporeidade humana. Como então seria possível tal substituição que não corresponde à mesma lógica, por mais que seja a inteligência artificial baseada em algoritmos criados por seres humanos?

Husserl entende que somente a filosofia grega conduz através de um desenvolvimento próprio a uma ciência em forma de teorias infinitas, dentro da qual a geometria grega foi exemplo e modelo. Relembra a origem da filosofia no *thaumátzein*, segundo Platão e Aristóteles, dispondo que: “(...) só entre os gregos realiza-se, no homem da finitude, uma mudança radical de atitude para com o mundo circundante, atitude na qual reconhecemos um puro interesse pelo conhecimento e, por antecipação, designamos um interesse puramente teórico”¹²⁸.

A crise europeia se daria por conta de uma aberração do racionalismo, já ocorrendo tal aberração no período do Iluminismo, embora uma aberração compreensível. Tal aberração e crise se revelam

128 Edmund Husserl, “A Crise da Humanidade Europeia e a Filosofia”. Trad. Urbano Zilles, Porto Alegre: Edipucrs, 2006, p. 53.

pelo esquecimento do que é mais próprio e humano, do mundo da vida, do mundo circundante intuitivo, do fator meramente subjetivo, e assim se esquece da mesma forma do próprio sujeito atuante, no ofuscamento da busca da objetividade¹²⁹.

Husserl pretende alcançar com sua proposta, além do retorno às coisas mesmas, do combate aos conceitos alienantes e à crise da ciência, da humanidade e do sentido, uma relação íntima entre os seres que são um no outro e um para o outro¹³⁰.

Conclui Husserl que o fracasso de uma cultura racional não se encontra “na essência do próprio racionalismo, mas só em sua alienação, no fato de sua absorção dentro do naturalismo e do objetivismo”¹³¹.

A filosofia grega após ser colocada como serva da teologia cristã, aliando-se esta ao poder do império romano ao tornar-se a religião oficial, e fundando-se como política eclesiástica, forja ideologicamente a modernidade, bem como produz o modelo jurídico (o Estado) e econômico (o capitalismo) modernos.

A filosofia de Husserl vai apontar para o fracasso das ciências, sua *Krisis* pelo afastamento, justamente pela matematização do mundo da vida, da própria vida, criticando o objetivismo, ou a pretensão de que “a verdade do mundo apenas se encontra naquilo que é enunciável no sistema de proposições da ciência objetiva”¹³².

O autor considera como causa da crise das ciências - que também se revela como crise da cultura contemporânea, crise do sentido, crise da filosofia e da humanidade europeia - a moderna matematização das ciências, apontando para a ruptura surgida entre o objetivismo fiscalista e o subjetivismo transcendental, criticando o objetivismo científico. Propõe no livro “Investigações lógicas” o

129 *Ibidem*, p. 57, p. 62.

130 *Ibidem*, p. 64.

131 *Ibidem*, p. 66.

132 *Ibidem*, p. 27 e ss.

contato e o retorno do filósofo à intuição originária como fonte do verdadeiro conhecimento.

Tal crise revela-se no fracasso da compreensão do homem, e no entendimento de que “a verdade do mundo apenas se encontra no que é enunciável no sistema de proposições da ciência objetiva, no objetivismo”.

Segundo Husserl, o *telos* da filosofia na sua origem grega, de querer ser uma humanidade a partir da razão filosófica, foi perdido com o desenvolvimento das ciências, promovendo o esquecimento e o distanciamento trágico do mundo da vida.

As ciências modernas, ao se pautarem em uma visão do mundo na qual predomina o objetivismo, a matematização, a quantificação, a formalização, a tecnificação, transformaram o mundo em mutilado ou parcial, promovendo um empobrecimento e uma redução da realidade, do ser e da racionalidade, do mundo da vida repleto de experiências subjetivas imediatas, dotado em si mesmo de sentido e finalidade. Como consequências, temos o esquecimento do sujeito e de seu mundo vital, e a perda da dimensão ética, pois o método científico-matemático-objetivista não toma posição sobre o mundo do dever-ser.

Para Husserl, só o retorno à subjetividade transcendental poderá recuperar o sentido do humanismo e superar o desvio objetivista, devendo a filosofia se interessar de novo pelo homem e pelas suas criações culturais, pela sociedade e seu sistema de valores, distanciando-se do formalismo científico, e com isso se aproximando novamente do mundo da vida.

Husserl, ao mencionar ser imprescindível a recuperação da instância transcendental para superar tal crise, estaria se referindo a uma espécie de alquimia, de transformação de si, o que também encontramos ressonância em Foucault ao se apropriar da etopéica grega, e de sua função de cuidado de si e do outro? A função etopéica da erótica grega é responsável por permitir aos indivíduos inter-

rogar-se sobre a sua própria conduta, vigiá-la, formá-la e moldar-se a si próprios como sujeitos éticos, com destaque para a relação da erótica com a verdade (Foucault).

Nas palavras de Husserl: “O fênix de uma nova interioridade de vida e de espiritualização, como garantia de um futuro humano grande e duradouro”¹³³.

Os computadores, que já estão substituindo os humanos na produção de decisões judiciais, possuem linguagem, mas nunca terão a língua, já que a língua só os seres humanos a temos ou podemos ser por ela possuídos, falados, e por possuí-la, temos a necessidade de vivermos em comunhão uns com os outros e não isolados, já que somos os únicos a terem linguagem articulada, a fala.

Mas, é a linguagem que nos tem, somos seus escravos voluntários. E se um dia nos rebelarmos e puséssemos um fim à linguagem, ou quisermos ter a linguagem como nossa serva? Ela nos destruiria? Como a criatura não pertence ao criador?

A linguagem cria o ser humano e a ordem. O ser humano significa ordem. A ordem propriamente, não a ordem pré-estabelecida. O ser humano é um ser desviado, da natureza, é uma improbabilidade que deu certo; o mais frágil dos animais, ao se apropriar da linguagem se diferencia, resta fora, é um ser externo, portanto, capaz das maiores maravilhas e das piores desgraças. Único entre os animais que pode viver no presente, passado e futuro, já que os demais vivem apenas o presente, com pouca memória e sem consciência da morte, e, portanto, da vida em si.

O que é o ser humano? Como diz Aristóteles (*zoon politikon logon echon*), um animal político, mas também o são as abelhas e os lobos, logo o que define e caracteriza o ser humano não é ser político. O modo que distinguiria o ser humano é o modo de associação no sentido da *zoé*, não do mero *bios*, pois habita no *logos*, já

133 *Ibidem*, p. 34 e ss.

que ao humano pertence a linguagem, o humano é propriedade da linguagem, com a qual pastoreia o Ser, na conhecida formulação de Heidegger, em sua “Carta sobre o humanismo”. Mas a linguagem fala, *die Sprache spricht*, como ele também vai referir, em seu texto “A caminho da linguagem”, publicado em obra com o mesmo título. E reitera inúmeras vezes a frase, como que a nos dizer que não há o que dizer a mais que isso, além disso – além disso, o indizível do Ser.

O Direito é um elemento antropogênico, que compõe a nossa gênese, portanto. A origem da linguagem, a primeira emissão sonora do ser humano, a primeira linguagem humana teria sido um imperativo, uma ordem. Surge assim o sujeito humano quando surge uma ordem, sendo emitida a ordem que foi acatada e institui um ritual. Ou foi primeiro a palavra amorosa, no encontro com o Outro? Um imperativo categórico-amoroso? Um ritual amoroso?

Logos, diálogo, como constituinte em uma sociedade sem sentido, mergulhada em instituições fantasmas, e com seres adormecidos, mergulhados nas redes antissociais, em um Estado muito longe do antigo assistencial, por neoliberal, e já produzimos alguma outra coisa que é não comunicação. Esta passou de improvável a impossível? Flashes metalinguísticos esvaziados de significantes em relações mortas, já que virtuais, em espaço-tempos diversos, sendo como uma espécie de relações entre coisas.

A Modernidade colocou fim aos diversos matizes de “direitos” que fundamentaram a Idade Média e ainda trouxe a separação entre o mundo religioso e o mundo profano, o direito canônico e o direito do Estado, contudo isso não significou o completo abandono das influências do modelo religioso nas formas de apreensão estatais. Verificamos no modelo contratualista e nas formas liberais de pensamento filosófico a presença da religião, como por exemplo podemos notar na concepção de John Locke acerca do direito de propriedade como a liberdade conferida por Deus, bem como em Thomas Hobbes, na obra “Leviatã”, já constatada no próprio sub-

título da obra, qual seja, “Matéria, Palavra e Poder de um Governo Eclesiástico e Civil”, revelando que, embora separados, o religioso e o profano permanecem ligados.

As relações humanas e sociais estão permeadas pela religião e isso se reflete no Direito e na edificação de doutrinas, legislações, tratados e abordagens de vertentes humanísticas que promovem, associadas aos ramos da filosofia, que integram as relações do homem em sociedade visando ao bem comum da humanidade, na tentativa de defesa das minorias em toda a sociedade.

Da mesma forma, os direitos humanos estão embasados em muitos aspectos pela incidência desses referenciais religiosos, não unicamente cristãos, ao privilegiar a dignidade humana, abandonando-se uma visão utilitarista do Direito, se coadunando com os dogmas religiosos que atuam nas sociedades do Século XXI.

O Direito, ao ser colocado a serviço da humanidade e não contrário a ela, em muito se beneficiará de sua relação com a religião, sendo tal relação de suma importância tal como é reconhecida por Habermas¹³⁴, com sua função de salvaguardar o homem em sua essência de homem, enquanto ser de relação, a depender sempre de um outro humano que com ele se solidarize, a fim de assim ir se tornando crescentemente humano, logo, algo indispensável para que os direitos humanos possam se estabelecer em nossas sociedades e venham a se apresentar com sua necessária efetividade.

Buscamos, portanto, o resgate da relação do Direito com as Artes e com a Filosofia, ligação indissolúvel, a qual na modernidade, com o formalismo (e com o humanismo) foi rompida. É uma visão alternativa àquela tradicional do Direito como ciência ou, menos que isso, mera técnica, puro, cartesiano, entendendo aqui o Direito como poético, como criação, sendo essencial para sua compreensão o estudo das tragédias gregas, e portanto, um retorno à Antiguidade

134 Cf., sobre a valorização da religião no desenvolvimento mais recente do pensamento de Habermas, os inúmeros textos contidos em sua obra “Nachmetaphysisches Denken II”, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012.

clássica.

A função de transgressão das artes passa a ser entendida como necessária para a autopoiese do Direito. A arte nos permite o assombro, o êxtase, ter de volta a humanidade perdida, a re-humanização do Direito, permitindo acessar novos usos e possibilidades para ele. O êxtase, o abandono de si, o desprezo de si de que já falava Nietzsche, ao referir o mais desprezível dos homens como aquele que não despreza mais a si mesmo, foi retomado por Foucault, como essencial no cuidado de si, ao abrir-se assim um espaço, um entre, onde o novo possa se manifestar.

Destaca-se o entendimento poético de Hölderlin, valorizando a fluidez e a *sfumato* poética, ao valorizar a energia não verbal, que reverbera no que é dito, o alicerce estético da experiência e do conhecimento, conferindo à experiência estética um papel privilegiado. No mesmo sentido entendemos a análise de Foucault ao propor seu interesse pelas heterotopias, não pelas utopias, ou seja, pelos espaços absolutamente outros, nas margens, espaços e indivíduos desviantes, postulando por virar no avesso a narrativa, retomar o não dito, e conseguir outra significação. Uma abordagem que leve em conta o não dito, o resto, possibilitando novos usos, um uso anárquico e dionisíaco, uma ação política revolucionária, dionisíaca, no sentido de dissolução, revogação e desativação das amarras e da distinção entre o profano e o sagrado, não uma forma de sacralização das artes, mas de profanação das artes e profanação do direito, restituindo ao uso comum o que antes estava separado, segregado pelo sagrado ou sacralização.

Do que se tratou, então, é de trazer algumas contribuições para uma reflexão jusfilosoficopoética acerca da relação indissolúvel, coconstitutiva e de simbiose entre Direito, Filosofia e Artes (magia/religião/mitopoética), a fim de respondermos em que medida tais componentes coexistem e se relacionam. O importante é encontrar novos usos para a linguagem, sendo a poética, a poesia, as artes, para

isso, essenciais, permitindo-se a desativação de dispositivos do micropoder, necessária para a abertura de um novo uso para o Direito, após sua desativação e inoperatividade.

Pelo desenvolvimento de uma teoria/prática sensível à criatividade e à reflexividade inerentes a toda coletividade, na expectativa de despertar o mesmo em quem mais se disponha.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. “Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua”. Tradução de António Guerreiro. Lisboa: Presença, 1998.
- _____. “El Lenguaje e la Muerte. Un seminario sobre el lugar de la negatividade”. Traducción: Tomás Segovia. Valencia: Pre-Textos, 2002.
- _____. “A zona morta da lei”, Folha de São Paulo, 16.03.2003.
- “Estado de Exceção – Homo sacer II”, trad. Iraci Poletti, São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. “Che cos’è un Dispositivo?”, Roma: Nottetempo, 2006.
- _____. “Homo Sacer IV: Il regno e la gloria. Per una genealogia teologica dell’economia e del governo”, Torino: Bollati Boringheri, 2009.
- _____. “Homo Sacer V: Altissima povertà. Regole monastiche e forma di vita”, Vicenza: Neri Pozza, 2011.
- _____. “Homo Sacer VI: Opus Dei. Archeologia dell’ufficio”, Torino: Bollati Boringheri, 2012.
- _____. “Pilato e Gesù”, Rome: Nottetempo, 2013.
- _____. “O mistério do mal: Bento XVI e o fim dos tempos”. Tradução de Patrícia Peterle e Silvana de Gaspari. São Paulo: Boitempo Editorial, 2015.
- _____. “Pulcinella ovvero Divertimento per li ragazzi”. Roma: Editora Nottetempo, 2016.
- _____. “Creazione e anarchia. L’opera nell’eta dela religione capitalista”, piccola biblioteca. Vicenza: Neri Pozza, 2017.
- _____. “O fogo e o relato, ensaios sobre criação, escrita, arte e livros”. São Paulo: Boitempo Editorial, 2018.
- _____. “Uma biopolítica menor”. Série Pandemia, N-1 edições, entrevista publicada originalmente em francês na revista Vacar-

me n. 10 em 2020, tradução de Vinícios Nicastro Honesko.

ALEXY, Robert. “Theorie der Grundrechte”, Baden-Baden: Nomos, 1985.

_____. “Rechtssystem und praktische Vernunft”, in: *Rechtstheorie*, n. 18, Berlin: Duncker & Humblot, 1987.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. “Princípio da Proporcionalidade: significado e aplicação prática”, Campinas: Copola, 2002.

ARENDT, Hannah. “Origens do totalitarismo”. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

Aristóteles, “Retórica”, Editora Cia das Letras, 2017.

ÁVILA, Humberto. “A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade”, in: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, n. 215, 1999.

_____. “O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário”, São Paulo: Dialética, 2000.

BADIOU, Alain. “Saint Paul: The Foundation of Universalism”, trad. Ray Brassier, Stanford: Stanford University Press, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. “Interpretação e Aplicação da Constituição”. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTIDE, Roger. “O Sagrado Selvagem e outros ensaios”. São Paulo: Editora Cia das letras, 2010.

BATAILLE, Georges. “Teoria da Religião”. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2015.

BENJAMIN, Walter. “A obra de arte da era de sua reprodutibilidade técnica”, São Paulo: Brasiliense, 1986.

_____. “Crítica da Violência”. In.: *Documentos de Cultura*. Documentos de Barbárie: escritos escolhidos. São Paulo: Cultrix, 1986.

_____. “Gesammelte Schriften”, vol. I, 2, Rolf Tiedemann; Hermann Schweppenhäuser (eds.), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

_____. “Escritos sobre mito e linguagem, Por uma crítica da violência”, São Paulo: Editora 34/Duas Cidades, 2011.

BENVENISTE, Emile, “Le vocabulaire des institutions indo-européennes”, Paris, 1969, vol. II.

BONAVIDES, Paulo. “Curso de Direito Constitucional”, 5ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

BROEKMAN, J. “Poetic Justice and Perelman”, in: RECHTSTHEORIE, n. 23, Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

BUTLER, Judith. “Antigone’s claim - kinship between life and death”, New York: Columbia University Press, 2000.

CANOTILHO, Gomes. “Direito constitucional e teoria da constituição”, 2ª. ed., Coimbra: Almedina, 1998.

CANTARINI, Paola. “Direito Comercial à luz do princípio da proporcionalidade - uma análise filosófico-poética”, Saarbrücken: OmniScriptum, 2015.

_____. “Princípio da proporcionalidade como resposta à crise autoimunitária do Direito”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. “Teoria erótica do direito”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. “Antígona”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

_____. “UNFINISHED∞poiesis. Teatralizando o Direito, poetizando a Filosofia”, Ed. Clube de Autores, 2020.

_____; GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Adeus à Linguagem e (a)o Direito”. In: Direito e Cinema Francês, Juliette Robichez (org.), Lisboa: Lisbon International Press, 2020, p. 412 – 430.

COMMAILLE, J. “Le droit comme science du politique”, in: VV. AA., L’art de la recherche, Paris: La documentation Française, 1994.

COULANGES, Fustel Denys. “A Cidade Antiga”, São Paulo: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, 1961.

DELEUZE, Gilles. “Nietzsche”. Tradução de Claudia Sant’anna Martins, São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.

DERRIDA, Jacques. “Força de lei: o fundamento místico da autoridade”. Tradução: Leyla Perrone-Moisés, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. “Fé e saber as duas fontes da religião nos limites da simples razão”. “A religião”. Organizadores Jacques Derrida e Gianni Vattimo. Editora Estação Liberdade, São Paulo-SP, 2000.

_____. “A besta e o soberano II”. Chicago, University of Chicago Press, 2006.

_____. “O animal que logo sou” (A seguir), trad.: Fábio Landa, São

Paulo: EDUNESP, 2002.

DWORKIN, R. "Taking Rights Seriously", Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1978.

ELIADE, Mircea. "História das crenças e das ideias religiosas, volume I: da idade da pedra aos mistérios de Elêusis". Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

ESPOSITO, Roberto. "Immunitas. Protección y negación de la vida". Buenos Aires: Amorrortu, 2009.

_____. "Bios - biopolítica e filosofia". Lisboa: Edições 70, 2004.

_____. "Filosofia e Biopolítica", in *ethic@*, vol. 9, n. 2, Florianópolis, 2010.

_____. "Due. La macchina di la teología política e il posto del pensiero", Einaudi: Torino, 2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. "A ciência do Direito", 2ª.ed. - São Paulo: Atlas, 1980,

_____. "A validade das normas jurídicas", Sequência nº 28, junho/94, pag. 72.

_____. "O Justo e o Belo - Notas sobre o Direito e a Arte, o Senso de Justiça e o Gosto Artístico", Fonte: Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, v. 2, São Paulo: FD-USP, 2000.

_____. "Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação", 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FOUCAULT, Michel. "O governo de si e dos outros", 2ª. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2013.

_____. Michel Foucault. "Discourse and Truth: The Problematicization of Parrhesia (six lectures given at Berkeley)", Oct-Nov. 1983. Ed. by Joseph Pearson in 1985. The text was compiled from tape-recordings made of six lectures delivered, in English, by Michel Foucault at the University of California at Berkeley in the Fall Term of 1983. www.repb.net.

_____. "Subjetividade e verdade", São Paulo: Editora Martins Fontes, 2016.

_____. "Malfazer, dizer verdadeiro. Função da confissão em juízo". Curso em Louvain, 1981. São Paulo: Martins fontes, 2018.

_____. “A hermenêutica do sujeito”, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. “História da sexualidade. A vontade de saber (Vol. 1)”. São Paulo: Editora Paz & Terra, 2014.

_____. “História da Sexualidade II – O Uso Dos Prazeres”. Lisboa: Relógio D’água, 1984.

_____. “Em defesa da sociedade”. 1ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes Editora, 1999.

_____. “O governo dos vivos: Curso no Collège de France, 1979-1980: aulas de 09 e 30 de janeiro de 1980”. São Paulo: Centro de Cultura Social, 2009.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. “Nietzsche. O humano como memória e como promessa”. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2014.

_____. “Nietzsche como psicólogo”. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

_____. “Agamben. Por uma ética da vergonha e do resto”. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. «Conjectural Knowledge and *Inclusive Theories* in *Legal Epistemology*”, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n. 75, 1989.

_____. “Ensaio de Teoria Constitucional”, Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989 (2a. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018).

_____. “Os Princípios da Isonomia e da Proporcionalidade como Direitos Fundamentais”, in: Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Ceará (RPGE-CE), n. 13, Fortaleza: IOCE, 1994/1995.

“Autopoiese do Direito na Sociedade PósModerna. Introdução a uma Teoria Social Sistêmica”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. “Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito, in: Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides”, Eros R. Grau, & Id. (eds.), São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. “O Princípio Constitucional da Proporcionalidade”, in: Willis Santiago Guerra Filho, Ensaio de Teoria Constitucional, cit., pp. 69 ss., esp. pp. 84 ss.; Id., “Os Princípios da Isonomia e da Proporcionalidade como Direitos Fundamentais”, in: Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Ceará (RPGE-CE), n. 13, Fortaleza: IOCE, 1994/1995.

_____. “Processo Constitucional e Direitos Fundamentais”, 5ª. ed., São Paulo: RCS, 2007.

_____. “Teoria processual da constituição”, 3ª. ed., São Paulo: RCS, 2009.

_____. “Immunological Theory of Law”, Saarbrücken, Lambert, 2014.

_____. “A Crise Autoimunitária da Nova Ordem Internacional”, in: *Poliética. Revista de Ética e Filosofia Política*, São Paulo, v. 2, n. 1, 2014, p. 7 – 25, disponível em <http://revistas.pucsp.br/PoliEtica>.

_____. “Antígona ou a dissolução poética da política”. *Jornal Estado de Direito*, n. 30, 2011. Disponível em <https://issuu.com/estadodedireito/docs/estado-ed30>.

_____. “Luhmann and Derrida: Immunology and Autopoiesis”, in: *Luhmann Observed: Radical Theoretical Encounters*, A. La Cour e A. Philippopoulos-Mihalopoulos (eds.), Londres/Nova York: Palgrave, 2012.

_____. “Teoria Política do Direito”, 2a. edição, São Paulo: Editora RT, 2013.

_____ & CANTARINI, Paola. “Teoria poética do direito”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

_____. “O poliedro do pensamento e das ocupações humanas fundamentais”, *Revista Diálogo jurídico*, n. 19 (ago./dez.2015), Fortaleza: Faculdade Farias Brito, 2015.

_____ & Paola Cantarini, “Mais (sobre a) Parresía - como Suplemento à Teoria Poética do Direito: um fundamento também dos direitos”, in *O estudo do imaginário*, vol. 1, coordenação Willis Santiago Guerra Filho e outros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. Tese de Doutorado em Comunicação e Semiótica. “*Quantum critic: Comunicação em transmutação científica*”. São Paulo: PUC-SP, 2016.

_____. “O conhecimento imaginário do Direito”. Curitiba: Editora Prismas, 2017.

_____. “Autopoiese do Direito na Sociedade Informacional”, 2a. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GIACCOIA JR., Oswaldo “Agamben. Por uma ética da vergonha e do

resto”. São Paulo: N-1 Edições, 2019.

GIRARD, René. “A violência e o sagrado”, tradução: Martha Conceição Gambini, São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista (EDUNESP), 1990.

GREENAWALT, Kent. “Law and Objectivity”, Oxford/New York: Oxford University Press, 1992.

HABERMAS, Jürgen. “Religion in der Öffentlichkeit der ‘postsäkularen’ Gesellschaft”. in: Id., “Nachmetaphysisches Denken II”, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2012.

_____. (2003) “Era das transições”, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

_____. “Direito e Democracia entre Facticidade e Validade”, 2. Volumes, trad. Flávio B. Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.

HONESKO, Vitor Hugo N. “A Norma Jurídica e os Direitos Fundamentais”. São Paulo: RCS, 2006.

HUSSERL, Edmund. “A Crise da Humanidade Europeia e a Filosofia”. Porto Alegre: Edipucrs, 2006.

IANNI, O. “A sociedade global”. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

JESI, Furio, “Spartakus. Simbologia da revolta”, São Paulo N-1 Edições. 2018.

KANTOROWICZ, Ernst H. “Os Dois Corpos do Rei: um estudo sobre teologia política medieval”, trad.: Cid Knipel Moreira, São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LÉVY, P. “A inteligência coletiva. Por uma antropologia do ciberespaço”, traduzido por Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

_____. “Cibercultura”. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2000.

LUHMANN, Niklas. “Sociologia do Direito”, vol. I, trad. G. Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. “Das Recht der Gesellschaft”, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

_____. “Sistemas Sociais. Esboço de uma teoria geral”, Petrópolis: Vozes, 2016.

LÉVI-STRAUSS, Claude. “O pensamento selvagem”. São Paulo: Ed.

Nacional. 1976.

_____. “As estruturas elementares do parentesco”, tradução de Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982.

_____. “O cru e o cozido”. Trad. Beatriz Perrone-Moisés, Rio de Janeiro: Editora Cosac Naify, 2004.

LIBÂNIO, J.B. “Teologia e Interdisciplinariedade: Problemas Metodológicos, Questões Epistemológicas no Diálogo com as Ciências”, in: “*Mysterium Creationis*. Um olhar interdisciplinar sobre o Universo, Luiz Carlos Susin (org.) São Paulo: Soter/Paulinas, 1999.

MACHADO, Roberto. “Impressões de Michel Foucault”, São Paulo: N-1 Edições, 2017.

MARCUSE, H. (1997) “Cultura e sociedade”. v1. Tradução de Wolfgang Leo Maar, Isabel Maria Loureiro, Robespierre de Oliveira. São Paulo: Editora Paz e Terra.

MBEMBE, Achille. “Crítica da Razão Negra”, trad. Sebastião Nascimento, São Paulo: n-1, 2018.

_____. “Necropolítica”, 3ª. ed., trad. Renata Santini, São Paulo: n-1, 2018.

MEDICUS, Dieter, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Privatrecht”, in: Archiv für die Civilistische Praxis, n. 192, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. “O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras”, Bol. IOB 14, 2000.

MEULI, Karl. “Gesammelte Schriften”. Basel-Stuttgart: Schwabe, 1975. 2 Vols.

MOTA, Marcel. “Pós-Positivismo e Restrições de Direitos Fundamentais”, Fortaleza: Omni, 2006.

NANCY, Jean-Luc. “Deconstruction of Monotheism, in: Postcolonial Studies”, Vol. 6, No. 1, pp. 37–46, 2003. Tradução Amanda Macdonald.

_____. “El ser abandonado, in *L'impératif catégorique*”. Paris: Flammarion, 1983, Tradução de Ernesto Hernández B. Cali, Colômbia,

NERY JR., Nelson. “Princípios do Processo Civil na Constituição Federal”, 5a. ed., São Paulo: RT, 1999.

NEVES, Marcelo. “A Constitucionalização Simbólica”, São Paulo: Aca-

dêmica, 1994.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. “Além do bem e do mal”. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

_____. “Assim falou Zaratrusta: um livro para todos e para ninguém”. 9ª Edição, São Paulo: Civilização Brasileira, 1991.

_____. “O nascimento da tragédia ou helenismo ou pessimismo”. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

_____. “Crepúsculo dos ídolos, ou como se filosofa com o martelo”, Hemus Livraria, Distribuidora e Editora S.A., Curitiba, 2001.

_____. “Para além do bem e do mal”, São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

NOBLE, S. U. “Algorithms of oppression: How search engines reinforce racismo”. Nova Iorque (USA): NYU Press, 2018.

PENALVA, Ernesto Pedraz. “Constitución, Jurisdicción y Proceso”, Madrid: Akal, 1990.

PIAGET, Jean, “Psicologia e Epistemologia”. Por uma Teoria do Conhecimento, 2ª. ed., trad. Agnes Cretella, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

SARMENTO, Daniel. “Os princípios constitucionais e ponderação de bens”, in Ricardo Lobo Torres (Org), Teoria dos Direitos fundamentais, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2001.

SCHUARTZ, L. F. “Norma, Contingência e Racionalidade. Estudos Preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica”. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

SIECKMANN, Jan-Reinard, “Richtigkeit und Objektivität im Prinzipienmodell, in: ARSP, n. 83, 1997.

STEINMETZ, Wilson Antônio. “Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

REALE, Miguel, “Lições Preliminares de Direito”, São Paulo, 1984, pp. 147-148. “Filosofia do Direito”, 7. ed., vol. II, São Paulo, 1975, n.º 192.

ROSENFELD, Kathrin H.. “Antígona, intriga e enigma. Sófocles lido por Holderlin”. 1ª. Ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2016.

SANTAELLA, Lúcia. “Pós-humano – por quê?”, in Revista USP, n. 74, São Paulo, 2007.

_____. “Navegar no Ciberespaço. O perfil cognitivo do leitor imersivo”. São Paulo: Paulus, 2004

_____. “Linguagens líquidas na era da mobilidade”, São Paulo: Paulus, 2007.

SARTRE, Jean Paul. “A questão judaica”. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Ática, 1995

SIBILA, Paula. “O homem pós-orgânico”, Rio de Janeiro: Relumê-Dumará, 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “O Proporcional e o Razoável”, in: Revista dos Tribunais, vol. 798, 2002.

_____. “Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia”, Editora RT, 2009.

SILVA, Tomaz Tadeu da. “Nós, ciborgues: o corpo elétrico e a dissolução do humano”. In: Antropologia do ciborgue. Tomaz Tadeu da Silva (org.e trad.). Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

SLOTERDIJK, Peter. “O quinto evangelho de Nietzsche”, trad. Flávio Breno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

_____. “A loucura de Deus. Do combate dos três monoteísmos”, trad. Carlos Correia Monteiro de Oliveira, Lisboa: Relógio D’Água, 2009.

SÓFOCLES. “Antígona”. São Paulo: L&PM EDITORES, 1998.

SOLON, Ari Marcelo. “Hermenêutica radical”. 1.^a ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

TEUBNER, Gunther. “O direito como sistema autopoietico”. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

VIRILIO, Paul. “Cibermundo: A Política do Pior”. Francisco Marques. Lisboa: Relógio d’Água, 2000.

_____. “A Bomba Informática”. Luciano Vieira Machado. São Paulo. Estação Liberdade, 1999.

VORSATZ, Ingrid, “Antígona e a ética trágica da psicanálise”, Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

WARAT, Luis Alberto. “Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade”. Vol I. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

- _____. “A epistemologia e o ensino do direito: o sonho acabou”. Vol II. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- _____. “Terceiro manifesto do surrealismo jurídico: O amor louco”. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2008.
- _____. “Direitos Humanos: subjetividade e práticas pedagógicas”. Porto Alegre: Síntese, 2009.
- _____. “A Rua Grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia”. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.
- YOUNG, Katharine G. “Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights”, in Vicki C. Jackson; Mark Tushnet, Proportionality. New frontiers, new challenges, Cambridge (GB): Cambridge University Press, 2017.
- ŽIŽEK, Slavoj. “Antigona”, Ebook, Editorial AKAL, 2017.

Visou-se, em suma, verificar a relação co-institutiva e de simbiose entre o Direito, a Filosofia e a mitopoética (Religião e arte), bem como a análise dos mitos (religiosidade) e sua relação com o Direito e com a Filosofia, a fim de respondermos em que medida tais componentes coexistem e se relacionam, favorecendo assim uma compreensão renovada do Direito e do humano, de uma perspectiva humanista igualmente inovadora; visou-se, destarte, contribuir para se repensar filosófica e criticamente o Direito, dessa maneira em que ele se associa a estes elementos essencialmente humanos, que são os elementos de ordem poética, ficcional, mítico, religioso, a favor de um saber prático e teórico que permita a transformação da realidade em que nos encontramos, como uma possível alternativa à atual crise autoimunitária do Direito. Trata-se de uma pesquisa pautando-se pela interdisciplinaridade, e pelo desenvolvimento de uma hermenêutica poética, trazendo aspectos inovadores no âmbito da pesquisa em Direito. Por conseguinte, a partir do reconhecimento da existência de quatro pilares fundamentais, mitos e ritos (Religião e magia), Direito (e política), mitopoética (artes) e erótica, como domínios contíguos, visou-se analisar as intrincadas relações de complementaridade e oposição que entre eles se estabelece, dando sustentação a todo projeto humano de construção da para-realidade que nos suplementa. Outrossim, visou-se trazer uma contribuição para uma análise aprofundada, renovada, crítica e filosófica do Direito, dos direitos humanos e fundamentais e do humano, por meio do enfrentamento dos problemas atuais, como a questão da sua crescente desumanização, e da ineficácia dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Desta forma, visou-se trazer uma contribuição para a Teoria Fundamental do Direito, trazendo contribuições críticas para o paradoxo dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais.

ISBN 978-65-5908-021-2



9 786559 080212

