

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS**  
**Instituto de Filosofia, Sociologia e Política**  
**Programa de Pós-Graduação em Filosofia**



**Dissertação de Mestrado**

**A decisão judicial e o “micrototalitarismo”:  
Uma leitura a partir do referencial arendtiano**

**Lílian Velleda Soares**

**Pelotas, 2019**

**Lílian Velleda Soares**

**A decisão judicial e o “micrototalitarismo”:  
Uma leitura a partir do referencial arendtiano**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Pelotas, como requisito parcial à obtenção do título de Mestra em Filosofia.

Orientadora: Sônia Maria Schio (UFPel)

Pelotas, 2019

Universidade Federal de Pelotas / Sistema de Bibliotecas  
Catalogação na Publicação

S676d Soares, Lílian Velleda

A decisão judicial e o “micrototalitarismo” : uma leitura a partir do referencial arendtiano / Lílian Velleda Soares ; Sônia Maria Schio, orientadora. — Pelotas, 2019.

126 f.

Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, Universidade Federal de Pelotas, 2019.

1. Filosofia política. 2. Hannah Arendt. 3. Totalitarismo. 4. Micrototalitarismo. 5. Decisão judicial. I. Schio, Sônia Maria, orient. II. Título.

CDD : 320.01

Elaborada por Leda Cristina Peres Lopes CRB: 10/2064

Lílian Velleda Soares

A decisão judicial e o “micrototalitarismo”:  
Uma leitura a partir do referencial arendtiano

Dissertação aprovada, como requisito parcial, para obtenção do grau de Mestra em Filosofia, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, Universidade Federal de Pelotas.

Data da defesa: 26 de agosto de 2019

Banca examinadora:

---

Profa. Dra. Sônia Maria Schio (orientadora)

Doutora em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

---

Prof. Dr. Fernando José do Nascimento

Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Pernambuco

---

Prof. Dr. Sérgio Ricardo Strefling

Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Para Hannah Arendt, com respeito e admiração.

## **Agradecimentos**

À minha família.

Aos meus colegas de *Vellino, Soares, Signorini & Moreira Advogados Associados*.

Ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Filosofia.

À Universidade Federal de Pelotas, por seu caráter público, e pela segunda acolhida.

*Para ser o que o mundo é sempre destinado a ser, um lar para os homens durante sua vida na Terra, o artifício humano tem de ser um lugar adequado para a ação e o discurso, para as atividades não apenas inteiramente inúteis para as necessidades da vida, mas de uma natureza inteiramente diferente das múltiplas atividades de fabricação por meio das quais o próprio mundo e todas as coisas nele são produzidos (CH, 2016, p. 216).*

*[...] a Revolução Francesa esmigalhara as tradicionais formas políticas e sociais, e em virtude disso, começara uma era que, conscientemente ou não, confessadamente ou não, dirigia-se à subjugação despótica de massas niveladas, atomizadas, desprovidas de contatos entre si, e tal e qual o indivíduo, impotentes (Thomas Mann, Doutor Fausto, p. 511).*

## Resumo

SOARES, Lílian Velleda. **A decisão judicial e o “micrototalitarismo”**: uma leitura a partir do referencial arendtiano. 2019. 127 folhas. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2019.

Esta investigação tem como ponto central o possível caráter micrototalitário da decisão judicial, no Brasil; procura-se compreender o que poderia ter em comum com o “Totalitarismo”, o evento ocorrido no séc. XX, e que Hannah Arendt reputa o mais importante de seu tempo. A hipótese que orienta a investigação é de que a decisão judicial, na sociedade de massa (Século XX), tem um perfil micrototalitário, segundo o pensamento político de Arendt. O termo “micrototalitarismo” não aparece explicitamente nos escritos da pensadora política, mas é possível pensar que possa ser depreendido, a partir de suas reflexões. Constata-se que há pontos em comum: a pretensão de domínio dos indivíduos por meio da “correção” do passado e a determinação do futuro, o uso do raciocínio lógico, e o espaço vazio na suspensão do ordenamento. Assim é porque na Modernidade (séc. XVII) ocorreram eventos como a Descoberta do Novo Mundo, a Reforma Protestante e as Revoluções Científicas e Industrial, que, alterando o conceito de sujeito (tornou-se indivíduo), possibilitaram o desencadeamento do processo de acumulação da propriedade, não mais como um lugar na Terra comum, mas como riqueza. O Estado garantiu o processo de acumulação. Essas alterações deram origem à sociedade de massa (séc. XX), caracterizada pela atomização dos indivíduos, prontos à adesão ao Totalitarismo. O direito é o instrumento do Estado que garante os processos, ainda que existam Cartas Políticas formalmente comprometidas com a diminuição das desigualdades. A resposta do direito às demandas, (decisão), não visa satisfazer o processo vital do metabolismo humano (*labor*), ou ser a ação política que origina o novo (*action*), pois ela não ascende ao espaço público, no qual os homens se distinguem, por seus feitos e pela palavra, na pluralidade. Ela ocorre no isolamento do *homo faber* (*work*), em conformação a um modelo. No Direito Brasileiro isso ocorre em decorrência de sua estrutura, função, e “modo de fazer”. Ou seja, na perspectiva do direito praticado, o que pode ser percebido na prática jurídica, e que é a perspectiva deste estudo. Mas, como afirma Arendt, o homem é aquele que, nascido, instala-se na lacuna entre o passado e o futuro, podendo dar início ao novo, por meio da ação. Nesse sentido, embora o caráter instrumental do direito, é preciso que ele deixe de ser a lei, para ser o organizador da vida em comum.

**Palavras-chave:** Arendt; totalitarismo; *work*; decisão judicial; micrototalitarismo.



## Abstract

SOARES, Lílian Velleda. **The decision-making and the “micro-totalitarianism”: a reading from Arendtian referential**. 2019. 127 leafs. Dissertation (Master Degree in Philosophy) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2019.

This investigation's central point is the possible micro-totalitarian character of the legal decision-making in Brazil; it aims to understand what it could have in common with 'Totalitarianism', an event that took place in the 20th century and is regarded by Hannah Arendt as the most important of her time. The hypothesis that orients this investigation is that the legal decision-making in the mass society (20<sup>th</sup> century) has a micro-totalitarianism profile, according to the political thinking of Arendt. The term 'micro-totalitarianism' does not appear explicitly in the writings of this political thinker, although it is possible to be interpreted on her reflections. We notice some common grounds: the intention of the dominion of individuals through the 'correction' of the past and the determination of the future, the usage of logical thinking, and the blank space from the suspension of the order. It is so due to the events that took place in the Modern Era (21<sup>st</sup> century), such as the Discovery of the New World, the Protestant Reformation, and the Industrial and Scientific Revolutions, which, by altering the concept of subject, made possible the kickoff of the process of property accumulation, not as a place in the common land, but as wealth. The State has guaranteed the process of accumulation. These alterations gave origin to the mass society (20<sup>th</sup> century), characterized by the atomization of the individuals, making them ready to join Totalitarianism. The Law is the instrument of the State that guarantees the processes, yet there are Political Letters formally committed to the diminishing of inequality. The Law's answer to the demands, which is the decision, does not aim to satisfy the vital process of the human metabolism (*labor*), or to be the political action that origins the novelty (*action*), because it does not ascend to the public space, in which men distinguish themselves through their accomplishments and their words, in the plurality. It occurs in the isolation of the *homo faber* (*work*), in conformity to a model. In the Brazilian Law, it occurs due to its structure, function, and its "means". In other words, in the perspective of the Law that is practiced, from what can be observed in the legal practice - which is the perspective of this study. But as Hannah states, the man is the one that, being born, is placed right in the gap between past and future, being able to create novelty through action. In this sense, in spite of the instrumental bias of the legal practice, it must cease being solely the about the laws, but the organizer of the common living.

**Keywords:** Arendt; totalitarianism; work; decision-making; micro-totalitarianism.

## Lista de abreviaturas

CH	<i>A Condição Humana</i>
EPF	<i>Entre o Passado e o Futuro</i>
OT	<i>Origens do Totalitarismo</i>
C	<i>Compreender</i>
CR	<i>Crises da República</i>
SR	<i>Sobre a Revolução</i>
QP	<i>O Que é Política?</i>
LK	<i>Lições Sobre a Filosofia Política de Kant</i>
KU	<i>Crítica do Juízo</i>

## Sumário

<b>1 Introdução .....</b>	<b>11</b>
<b>2 Interrogar o passado .....</b>	<b>17</b>
2. 1 Direito Grego: do pré-direito ao direito .....	18
2. 2 Os romanos: a lei e a ordem; o processo e a coerção .....	28
2. 3 O Medievo é o caminho.....	34
<b>3 O salto na Modernidade.....</b>	<b>44</b>
3. 1 Do entrelaçamento entre o Medievo e a Modernidade .....	49
3. 2 O Estado Moderno como garantidor da riqueza.....	55
3. 3 A Tradição de Pensamento Político e a impossibilidade de respostas .....	71
<b>4 “O direito é aquilo que é bom para o movimento”.....</b>	<b>82</b>
4. 1 A relação entre norma e decisão: uma e mesma coisa .....	87
4. 2 O lugar da norma e a imagem da pirâmide: o sistema é racionalidade .....	92
4. 3 O espaço vazio.....	106
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>116</b>
<b>Referências bibliográficas .....</b>	<b>120</b>

## 1 Introdução

Esta investigação tematiza o possível caráter micrototalitário da decisão judicial, no Brasil, para verificar e compreender o que poderia ter em comum com o “Totalitarismo”, enquanto domínio dos indivíduos em todas as esferas da vida. De acordo com Hannah Arendt (1906-1975), a existência de pessoas próximas umas das outras não implica necessariamente em uma organização para resolver os problemas comuns. Isto porque, por seu número, ou por indiferença em relação àqueles, ou pela mescla de ambos, tornam-se politicamente indiferentes. Esta indiferença em relação aos assuntos públicos caracteriza as massas e torna possível o Totalitarismo, cuja persuasão adequa-se às experiências e necessidades imediatas daquelas.

Nesse contexto, a decisão é o “como” o direito se revela na vida das pessoas, sendo possível afirmar que o Poder Judiciário, enquanto sistema parcial<sup>1</sup>, na sociedade da massa, estrutura/organiza a esfera do social. Além disso, a ruptura com a Tradição de Pensamento Político Ocidental permite que o Poder Judiciário Brasileiro tenha característica micrototalitária. Isto se manifesta nas suas subestruturas, e por isso, a decisão judicial apresenta características micrototalitárias, o que ocorre por meio da burocracia. O estudo, então, é interdisciplinar: ele se assenta sobre um tripé: Filosofia Política, Direito e História. A relação entre decisão judicial e Totalitarismo, articulada com o pensamento de Arendt, se conecta com elementos fornecidos pelas três disciplinas.

Conforme Arendt, (CH, 2016, p. 29), Platão e Aristóteles entendiam o fato de ser impossível aos homens a vida sem a companhia uns dos outros; no entanto, para eles, ela era uma exigência natural, vinculada à satisfação de necessidades biológicas, e nisso radicava a semelhança daqueles com outras espécies animais. É que em todos os seres vivos “Ser e aparecer coincidem; são criaturas adequadas à

---

<sup>1</sup> Conforme Campilongo (2002, pp. 20 - 21), na Modernidade originaram-se sistemas com racionalidade própria, e o direito, neste sentido “é visto como um mecanismo de seleção e estabilização de expectativas. [...] [e] o sistema jurídico se diferencia e se especifica funcionalmente em relação ao seu ambiente.” Pode-se pensar, assim, na coexistência de sistemas e microssistemas, internos aos primeiros, com “Sanções, procedimentos e programas condicionais que viabilizam esse caráter seletivo e funcional.”

existência mundana” (VE, 2016a, p. 36). É por meio das atividades espirituais (pensar, querer, julgar) que os homens se diferenciam de outras espécies animais (*ibidem*, 2016a, p. 38). Ainda segundo Arendt (CH, 2016, pp. 32 - 33), a definição de homem como *zōon politikon*, formulada por Aristóteles, torna-se compreensível [ e completa], se a ela se agrega uma outra, de mesma lavra, segundo a qual o homem é *zōon logon ekhon* (“um ser vivo dotado de fala”) [pois no modo de vida da *polis*] “[...] somente o discurso tinha sentido e [...] a preocupação central de todos os cidadãos era falar uns com os outros.” Assim, se o homem vive em sociedade, a sociabilidade é uma qualidade da humanidade. Ela permite, entre seres que percebem o que aparece, um mundo compartilhado e a garantia da realidade<sup>2</sup> (senso comum), na pluralidade.

Se o convívio se impõe, a temática insere-se nesse âmbito, em que a decisão judicial é a resposta dada às perguntas “como devo viver, o que se deve fazer”, em um caso concreto, sob a perspectiva jurídica. Dito de outro modo, a decisão judicial é o ato do juiz pelo qual se faz o acerto das relações humanas, de acordo com o direito produzido em uma determinada sociedade.

Arendt deu visibilidade ao neologismo “Totalitarismo”, cujo conceito estava previamente fixado quando da escrita de *Origens do Totalitarismo* (1951). Segundo Cornelsen (2008, *on line*, não paginado), o termo “totalitário” foi referido pela primeira vez na década de 1920 pelo filósofo italiano Giovanni Amendola (1882–1926), para criticar o caráter antidemocrático do fascismo italiano<sup>3</sup>.

O termo “micrototalitarismo” não está explícito nos escritos de Arendt. Ela, embora analise o sistema totalitário e seus “microsistemas” internos<sup>4</sup>, não “cria” um sistema; assim, é possível pensar que possa ser aquele depreendido, em especial

---

<sup>2</sup> CH, 2016, p. 63.

<sup>3</sup> Afirma o autor: “No sentido original, “totalitários” seriam aqueles sistemas de governo que tentariam conformar os cidadãos dentro de uma ideologia, para isso fazendo uso de mecanismos de controle e coação, e, ao mesmo tempo, buscariam mobilizá-los (JESSE, 1996, p. 12). Todavia, em 12 de maio de 1923, Benito Mussolini utilizou pela primeira vez a expressão “sistema totalitário” aplicado ao Estado fascista, usurpando o conceito e tornando-o de pejorativo, no sentido empregado por Amendola, em positivo (JESSE, 1996, p. 28). Cabe lembrar que foi justamente na Itália, durante os anos 20, que se iniciou o debate em torno do conceito de totalitarismo”.

<sup>4</sup> Em OT (2014), e especialmente dentro da “Parte III”, Arendt examina a formação e o funcionamento dos “microsistemas” internos do Totalitarismo, como a propaganda e a polícia, por exemplo, quando no poder (N. A.).

da obra *Origens do Totalitarismo*, bem como dos conteúdos de suas outras reflexões. Entre elas, *A Condição Humana* (1958), *Entre o Passado e o Futuro* (1954), *Compreender* (1954), *Sobre a Revolução* (1963), *Crises da República* (1972).

Na vida de relação entre os seres humanos são realizadas restrições, entre as quais o direito, que medeia a convivência entre homens únicos, incompletos e singulares<sup>5</sup>, delimitando as regras e as possíveis expectativas de cada um. O direito, que na *polis* era *ius*, na Modernidade foi reduzido à lei, produto do Parlamento<sup>6</sup>, aplicado por meio das instituições do Poder Judiciário. Nesse sentido, há uma fonte formal, os instrumentos de elaboração em um determinado grupo e em uma determinada época. As fontes são históricas, na medida em que certos sistemas de direito, atualmente, reverberam institutos cujo vigor encontra-se na Antiguidade Clássica e no Medievo<sup>7</sup>. Compreender este aspecto é necessário quando se pretende analisar algo sempre presente na manifestação do jurídico, a decisão.

O direito é polissêmico. Diante da multiplicidade conceitual, opta-se pela definição oferecida por Norberto Bobbio (1989, p. 31), segundo o qual o direito é um

---

<sup>5</sup> Mito da criação do homem. Platão escreveu que Protágoras, personagem do diálogo de mesmo nome, narra a Sócrates terem os deuses encarregado Epimeteu (o que sabe depois) e seu irmão Prometeu (o que sabe por antecipação) de operar a distribuição dos talentos necessários à sobrevivência de cada uma das criaturas. Epimeteu, após pedir a Prometeu que o deixasse fazer a partilha, executou-a. Porém, àquele faltava a reflexão, razão pela qual usou todas as qualidades disponíveis nos animais. Quando chegou a vez do homem, nada mais havia para lhe fornecer. Prometeu chegou para inspecionar a divisão feita e constatou que os animais tinham todo o necessário para viver, e que o homem permanecera nu, completamente desprovido (incompleto). Prometeu então roubou de Hefesto a arte de trabalhar com o fogo e de Atena a sabedoria das artes, dotando o homem do necessário para a vida, menos a arte da política, monopólio de Zeus (PLATÃO, 2002, p. 65-67). Em “Contar a lei – as fontes do imaginário jurídico”, François Ost observa que Zeus presenteia com algo muito mais enigmático do que “leis determinadas, mandamentos precisos, interdições cominatórias, instituições e procedimentos políticos prontos para usar” (Ost, 2005, p. 64).

<sup>6</sup> O sistema brasileiro admite outras formas de atividade legislativa; a Constituição Federal de 1988, em seu Título IV, que trata da “organização dos Poderes, do Poder Legislativo e do Processo Legislativo”, prevê, no art. 62, a adoção de Medidas Provisórias, com força de lei, de competência exclusiva do Presidente da República. Também estabelece e regra o Decreto Legislativo, em seu art. 49, cujas matérias são de competência exclusiva do Congresso Nacional, como por exemplo, tratados e acordos internacionais a que o país adere.

<sup>7</sup> Segundo Glilissen (2001, p. 25 e s.), as fontes reais “respondem à pergunta “de onde vem a regra de direito?”, as fontes históricas constituem os “elementos que contribuíram, ao longo dos séculos, para a formação do direito positivo actualmente em vigor num país da do, e a fonte formal “os modos ou formas através das quais as normas de direito positivo se exprimem.”

sistema normativo, resultado da atividade estatal<sup>8</sup>. O Direito Brasileiro tem matriz conhecida, configurando-se a partir de um espaço. Neste estudo, o espaço é o do Ocidente, e o tempo será contado a partir da Grécia arcaica.

Arendt não tematizou o direito e sua expressão mais explícita (a lei positiva), ou a decisão judicial. No entanto, trata de suas implicações, na medida em que na sua reflexão há preocupação com esses temas. Ela referiu a importância dos acordos, da lei, do direito positivo, porquanto existentes, "em tese", para estabilizar as relações sociais, movimentos de um homem que, capaz de pensar, de colocar-se no lugar do outro, atua. Arendt demonstrou que na Antiguidade Grega o homem que agia o fazia na esfera pública, espaço em que era livre e igual aos demais, porque não premido pelas necessidades biológicas (*labor*), estabelecendo, pela palavra, pela persuasão, no exercício da política (possível na pluralidade), o regramento para a vida em comum.

Observa Arendt que a partir da Modernidade (séc. XVII) outra realidade se afirmou. Segundo a pensadora política, houve a projeção das estruturas da esfera privada (espaço da organização da vida humana naquilo que ela tem de orgânico) para o que se denominou sociedade, fazendo desaparecer a esfera pública, no que se chama "sociedade": primeiro, a "boa sociedade" (séc. XVII-XIX) e depois, a "sociedade da massa" (séc. XX). Nesta, por meio da decisão judicial, o Poder Judiciário estrutura a esfera do social. Conforme Arendt, a esfera do social é a da economia e da administração burocrática. Estas categorias, na Antiguidade, pertenciam à esfera privada, familiar.

Na sociedade da massa, o ser humano perdeu (ou teve diminuída) a sua capacidade para iniciar o novo, o inusitado, aquilo que é próprio da ação (*action*). O movimento, na sociedade de massa, apresenta o direito como fenômeno materializador de decisões (*work*) que afirmam o caráter instrumental do poder constituído. Arendt constatou ser próprio dos Totalitarismos um movimento com as

---

<sup>8</sup> Goyard - Fabre (2007, pp. XVII- XVIII, grifos da autora) explica que a doutrina jurídica reconhece haver muitas definições de "direito", o conceito não é unívoco, e que a "indecisão semântica da palavra *direito* encontra-se em todas as épocas [...] e corresponde à *ambiguidade essencial de seu conceito*: na verdade, a multiplicidade de relações que o direito mantém com outros campos da existência humana mostra a dimensão da dificuldade existente para circunscrever seu campo próprio, o que obsta a um empreendimento de definição rigorosa". No entanto, com o advento das codificações, nos países de *civil law*, e a partir do séc. XIX, o direito foi reduzido ao conjunto de regras estabelecidas pelo Estado. Este é o caso do Brasil.

mesmas características, no qual todos os aspectos da vida ocorrem como em uma linha de montagem. Aplicados ao fenômeno jurídico, as categorias de pensamento de Arendt revelam a inconsistência de formulações que afirmam ser o Poder Judiciário uma garantia contra o arbítrio de quem detém o mando. É que a lei, tal como entendida por Arendt, pressupõe, para ser aplicada, igualdade e liberdade, elementos da ação e condições da política ausentes na sociedade de massas. Neste contexto, as decisões judiciais (no Brasil), desde o século XX, são manifestações micrototalitárias de poder, por meio da burocracia.

No primeiro capítulo, descreve-se o processo de formação do Direito Ocidental. Trata-se de apreender o fenômeno “decisão” em suas origens um tanto imprecisas. A observação volta à Grécia arcaica para verificar (quais) comportamentos são originários de juridicidade. Na sequência, examina-se o que, segundo Arendt, configura o direito e a lei. A transição do pré-direito para o direito indica não apenas uma sucessão cronológica, mas, também, aspectos determinantes na constituição do direito e que, por meio do Direito Romano e do direito no Medievo, vão se fazer presentes na Modernidade.

No segundo capítulo investiga-se a possibilidade de a ruptura da Tradição de Pensamento Político Ocidental permitir que o Poder Judiciário tenha característica totalitária. Na obra *Entre o Passado e o Futuro*, Arendt afirma que os totalitarismos somente foram possíveis porque houve o “rompimento do fio da Tradição de Pensamento Político Ocidental”, que perdurou de Platão a Marx. A ruptura é caracterizada pela separação entre o pensar e o agir. Nessa perspectiva, far-se-á uma análise dos eventos que estão no início da Modernidade, do Estado como garantidor do processo infundável de acumulação da riqueza. Ao mesmo tempo, verificar-se-á se que o direito tornou-se um produto (codificação). Trata-se, portanto, de investigar como o processo de ruptura da Tradição está articulado na compreensão do fenômeno jurídico.

O terceiro capítulo abordará o fenômeno da decisão judicial no Brasil. Observar-se-á que ela é incapaz de garantir a efetivação de direitos previstos na constituição Federal. Esta incapacidade não depende da formação do juiz, mas poderia ser compreendida quanto ao ambiente e modo de elaboração da decisão, na medida em que há características comuns entre o “modo de fazer” do Totalitarismo,



e o “modo de fazer” da decisão judicial. A abordagem é realizada a partir do direito praticado, e não a partir de uma “teoria da justiça”. Os pontos em comum se fixam em torno da pretensão de domínio dos indivíduos por meio da “correção” do passado e a determinação do futuro, o apelo ao raciocínio lógico, e o espaço vazio na suspensão do ordenamento. A Constituição de Weimar (1919-1949) não foi revogada durante o Nazismo (1933-1945), por exemplo. No direito, isso pode ser percebido na prática jurídica, mas não é compreendido, na medida em que o Totalitarismo não faz parte das análises críticas da Teoria do Direito. Se há características do Totalitarismo na decisão judicial, há uma perplexidade, porque ela “promete” ser democrática, mas não é, nem pode sê-lo.

Com o objetivo de demonstrar o possível caráter micrototalitário da decisão judicial, no Brasil atual, far-se-á uso das categorias filosóficas de Arendt, de aportes de seus comentadores, e outros autores, relacionados no referencial bibliográfico. Sabe-se que os métodos de pesquisa não existem na forma pura. Assim, são adotados como métodos de procedimento o histórico e o funcionalista, por meio dos quais elabora-se a investigação de acontecimentos, processos e instituições, a fim de verificar o seu influxo na atualidade. Como método de abordagem, utilizam-se o método analítico, vinculando-se realidade, conhecimento e linguagem, e o dialético, segundo o qual os conceitos têm valor de verdade. Além deles, utiliza-se o método de abordagem hermenêutico, segundo o qual explicam-se as relações fáticas por intermédio da linguagem.

## 2 Interrogar o passado

A compreensão de uma possível natureza micrototalitária da decisão judicial, a partir de Arendt, requer seja produzida uma "imagem" do direito desde um referencial histórico. O objetivo é o de investigar as origens do direito moderno vigente no Ocidente e o porquê, na sua forma de aplicação (decisão judicial), ele tem a marca "micro" totalitária. Não se trata de considerar as experiências jurídicas precedentes em termos comparativos com o presente, mas de verificar se e como aqueles acontecimentos marcam o presente. A linha de análise parte da experiência grega, do pré-direito ao direito, passando pelo período romano e medieval. A marca originária do Direito Ocidental é a *polis* grega. Isso não significa, contudo, que na sua conformação, ao longo do tempo, ele não tenha sofrido influência de outras culturas. Mas foi na Grécia que o direito passou a ter um desenvolvimento sincrônico com as estruturas política e intelectual.

Interroga-se o passado grego na primeira parte do Capítulo, desde o chamado "pré-direito" até o surgimento de um direito propriamente dito. A referência ao "pré-direito" justifica-se, na medida em que nele são detectados elementos de juridicidade com matriz mágico-religiosa, no período anterior à *polis* democrática, e incorporados nas práticas processuais atenienses, por força dos pactos engendrados a partir do debate público<sup>9</sup> e da partilha do poder. Viveu-se, no período, uma experiência cultural que fez o ser humano interrogar o mundo e para este buscar explicações racionais. O acontecimento referido é inaugurado com os Pré-Socráticos e se mantém atualmente, ou seja, trata-se da própria Filosofia.

---

<sup>9</sup> Segundo Arendt (2016, pp. 217 e s.), pelos atos e pelo discurso, os homens se fazem compreender e se distinguem, ainda que iguais, pois é "com palavras e atos que nos inserimos no mundo humano", e ocorre o desvelamento de cada um na *pólis*. Esta é "a organização das pessoas tal como ela resulta do agir e falar em conjunto", é o espaço de aparência em que, pelo diálogo (troca de opiniões), trata-se dos assuntos humanos e organiza-se o domínio público. A compreensão de Franca D'Agostini sobre o "debate público", *mutatis mutandis*, vai ao encontro de Arendt. Para D'Agostini, "Il dibattito pubblico è lo scambio di opinioni che si verifica quotidianamente sui media e nelle sedi del confronto politico" (este ocorre no "espaço da aparência"). Segundo a autora, "Questo scambio ha diversi obiettivi, riconducibili in linea di principio ai tre seguenti: valutare azione di interesse comune [...], presentare e valutare ipotesi programmatiche [...]; ricostruire o rivedere identità collettive" (D'Agostini, 2010, p. 23).

Na segunda parte, a análise tem por objeto o Direito Romano, especialmente quanto à lei e às construções processuais da decisão. A experiência grega influenciou o Direito Romano, mediante a adoção da lei escrita, recolhida da experiência de Sólon. No Direito Romano estabiliza-se, enquanto “forma”, o modo de operar o direito “pela via da declaração”. Esta constituiu-se numa técnica jurídica, numa formulação ordenada de textos e de conceitos jurídicos, reveladora do pragmatismo característico do povo romano.

Por fim, na terceira parte, a investigação versa sobre o direito no Medievo e a origem da ideia de sistema jurídico (estrutura hierarquizada). Nesse período ocorreu a fusão das estruturas resgatadas do Império Romano com a compreensão cristã de mundo. O recorte privilegiará ao final, o pensamento de Marsílio de Pádua, que compreende a lei e o julgamento e, portanto, a decisão – que se deixa entrever, mas não se deixa apreender –, como algo próprio do homem, dialogando com a Modernidade.

## **2. 1 Direito Grego: do pré-direito ao direito**

É comum pensar a origem do Direito Ocidental no Direito Romano. No entanto, o recuo na História permite localizá-la na Grécia Clássica. O direito tem sua origem mais profunda no processo histórico-filosófico de alteração das relações de governo, iniciado na Grécia Arcaica, de onde passa à Grécia Clássica, à Roma, ao Medievo e permanece na Modernidade, com o surgimento do Estado. O recuo permite verificar a matriz daquilo que veio a se constituir na forma hegemônica de ordenação da vida.

Afirmar que no período da Grécia Clássica surgiu a ideia de um direito válido para todos, significa reconhecer algo diferente no momento anterior, o que torna necessário recuar um pouco mais para evidenciar como e por que esta mudança

ocorreu e se materializou em uma reorganização política da comunidade,<sup>10</sup> resultando na alteração do universo mental da cidade, de uma visão mítica para uma explicação racional do mundo. Em outros termos, do reconhecimento de que a natureza estava sujeita a princípios gerais (elementos arquetípicos), e não à obediência a deuses ou demônios. Os gregos, ao dispensarem os deuses, conferiram maior importância à razão e às decisões humanas, na construção de uma cidade e de um direito, que se afastando da religião e do mito, distanciou-se do “pré-direito”. O pré-direito deve ser entendido como o complexo de “formas primitivas do mágico e do sagrado”, marcado pela solidariedade familiar e clânica, monopolizadas pela realeza homérica e pela aristocracia e utilizadas na prática jurídica que antecede a lei escrita, pois

É somente [nas] culturas que utilizam a escrita para fins jurídicos que acontece [...] uma evolução em que mandamentos e fórmulas linguísticas epigramáticos são desvinculados da cultura jurídica oral e fixados em formas sintáticas modernas sobre os mais diferentes materiais de escritas (VESTING, 2015, p. 18).

Embora não haja fonte direta a documentar o pré-direito, é possível, como faz Louis Gernet (1882-1962), recortar de um passado que remonta à monarquia<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Adota-se, neste trabalho, o exemplo de Atenas, por ser, entre as cidades gregas, a que radicalizou a experiência democrática. Nesse sentido, cita-se Giordani: “Atenas, a cidade jônica, é o campo aberto para o desenvolvimento das liberdades individuais: o Estado existe para o cidadão. As instituições se adaptam às novas circunstâncias, evoluindo constantemente num sentido democrático. [...] As ideias livres criam doutrinas filosóficas inovadoras [...]” (Giordani, 1984, p. 111).

<sup>11</sup> Aristóteles trata das formas justas de governo enquanto exercício do poder de Estado, e as apresenta articuladas com suas respectivas degenerações. A *monarquia* é o governo de um só (que o exerce tendo em vista o interesse comum); à forma degenerada corresponde a *tiranía*, na qual o monarca/tirano exerce o poder “sem qualquer responsabilidade ou censura [e que] comanda em seu próprio interesse, e não no de seus súditos”. Na *aristocracia*, o governo é exercido por mais de um, entre os *melhores*, em que “o título de bom cidadão é sinônimo de nobreza”, de acordo com o mérito, e que, degenerada, apresenta-se sob a forma de *oligarquia*, na qual “as magistraturas são dadas às grandes riquezas”. Por último, o Filósofo menciona a *politeia*, na qual a “multidão governa para a utilidade pública, reunindo “o que há de bom em dois regimes degenerados, a oligarquia e a democracia, “tomando os dois extremos” como “propriedade do justo meio”, sendo necessário que “nenhum dos dois se sobressaia demais”. Em sua forma degenerada, a *politeia* apresenta-se na forma de *democracia*. Depois de apresentar as várias *partes* de que se compõe o Estado ou “sociedade política” (plebeus agricultores, artesãos, comerciantes, marítimos, trabalhadores manuais; nobres pela riqueza, ou nascimento, ou mérito, ele estabelece quatro espécies de democracia. Diferenciam-se, segundo o Filósofo por atributos como: distribuição dos poderes segundo as posses “até certa mediocridade”, o direito ao voto nas eleições da Assembleia, admissão no governo de todos que sejam livres, e por último, aquela que possibilita a igualdade absoluta, “isto é, a lei coloca os pobres no mesmo nível dos ricos”, e se pretende que uns não tenham mais poderes que outros, e na qual pode vicejar o demagogo (Aristóteles. A Política - Livro III, 2006, pp.105-130). Estas

micênica, episódios significativos para a compreensão das fontes de onde se originavam obrigações. Havia elementos de juridicidade (regras, relação intersubjetiva, coercibilidade/exigibilidade) nas práticas que antecederam o direito escrito, desde os compromissos assumidos a partir de uma noção de valor. A noção de valor não estava vinculada à economia no sentido da administração da escassez dos bens. Ela ligava-se a determinadas regras de conduta, convencionadas de acordo com um tipo de presente ofertado e recebido, isto é, um tipo de “*don*” (GERNET, 1980, p. 86). O *don* qualifica e determina o comportamento esperado por quem o recebe, pois o que é recebido encerra a compulsoriedade de uma resposta submetida à álea (acaso ou risco). Gernet explica que o valor incide sobre determinados objetos, cuja estimação é dominada por elementos subjetivos – sentimentos e ideias (*ibidem*, 1980, p. 85). O valor, portanto, em um contexto em que a moeda, como expressão abstrata (medida) daquele ainda não existia, integrava-se a determinados objetos – *agalmatas*<sup>12</sup> –, cuja posse significava riqueza, importante atributo na disputa do poder.

É o tempo da realeza micênica (séc. XII – VIII a. C.), presente nas lendas narradas por Homero e em vários mitos. A nobreza, cuja distinção era havida como decorrente de uma investidura divina, tinha a posse de objetos preciosos (*agalmatas*) obtidos por meio de premiação – na guerra, nos jogos –, ou como presente. Eles eram sinal exterior de riqueza e distinção do *ánax*<sup>13</sup>, que exercia o poder em todos os domínios. Segundo Aristóteles<sup>14</sup>, o rei detinha três ordens de prerrogativas, consistentes no comando supremo na guerra, na direção dos

---

classificações já estavam presentes no “Político”, de Platão, ao tratar “As diversas formas das constituições” (Platão. Diálogos. Político, 1979, p.239).

<sup>12</sup> Gernet (1980, p. 89) explica a palavra: trata-se de objeto precioso, (podendo ser aplicada a um ser humano específico), e expressa a ideia de riqueza nobre, e embora resultante da indústria (artesanias), é classificado como luxo.

<sup>13</sup> *Ánax*, ou *wanax*: na realeza micênica, aquele que enfeixa em si todos os aspectos da soberania; “apoia-se em uma aristocracia guerreira, os homens dos carros, sujeitos à sua autoridade mas que formam na organização do reino um grupo privilegiado com estatuto particular”, e que habitam o *damos*, comunidades rurais relativamente independente do palácio; é neste mundo rural que aparece o *basileu* homérico, que é simples senhor em suas terras e vassalo do *ánax* (Vernant, 2013, p. 31-35). Ulisses, personagem central da Odisséia homérica, é o exemplo. Senhor de Ítaca, tem obrigações de vassalagem em relação a Menelau, razão pela qual vai a Troia (N. A.). Aymard e Auboyer, citados por Giordani, consideram que “a hipótese de uma preponderância honorífica, reconhecida a um deles e que justificasse o seu comando nos empreendimentos coletivos, apóia-se, apenas, na *Ilíada*” (Giordani, 1984, p. 92).

<sup>14</sup> A Política, Livro III. Dos Governos. 2006, p. 111.

sacrifícios religiosos e a autoridade judiciária, ou seja, ele concentrava em si todos os atributos do mando, da soberania. O termo *wanax* (ou *ánax*) era usado pelos aqueus em referência aos deuses, o que reforça a suposição de titulação (pelo rei) de um caráter divino (GIORDANI, 1984, p. 93). Por encerrarem um valor religioso, os objetos constituíam propriedade dos deuses, e apropriar-se deles de forma indevida ou desviá-los da linha sucessória, porque pertencentes a uma linhagem determinada, à qual conferiam prestígio, era conduta (ilícita) sacrílega (GERNET, 1980, pp. 87 - 90) criadora de obrigações.

A lenda tebana, exemplificativamente<sup>15</sup>, revela o caráter dúplice encerrado no bem precioso (um colar) como portador de poder sobrenatural e como origem de obrigação.<sup>16</sup> Sobre o significado do rompimento da cadeia sucessória (o colar não poderia ter saído do *gene* Labdácida), Gernet (1980, p. 97) constata que certos presentes ofertados por ocasião dos casamentos, constituem herança dentro do *gene*, e a saída do bem da linhagem, “inaugura uma carreira de desastres”, “de descumprimento de obrigações”.

Anfiarau foi combater em Tebas porque o presente – “*don*” recebido por Erifila – encerrava “força coercitiva”. É coercitiva porque, enquanto manifestação de poder, é externa ao sujeito obrigado, caracterizando a relação obrigacional e, assim, Polinice tem o domínio do outro, impondo-lhe o dever de combater. O nascimento da obrigação, para Anfiarau, implica na interdição de sua liberdade<sup>17</sup>, sem que haja, para fundamentar esta interdição, “a lei escrita”

---

<sup>15</sup> Diz-se exemplificativamente, porque Gernet, (1980, pp. 162 e s.), discorre sobre várias situações descritas em mitos, pelos quais obrigações eram originadas: assim, a partilha de refeição/banquete dada em agradecimento; o recebimento de um presente; não prover o rei os alimentos necessários à alimentação de um necessitado; a tomada de posse e a reivindicação de uma herança, pela colocação do pé do reivindicante na tumba paterna; a “libação” (derramamento de vinho), como fórmula contratual, pela qual (o contrato) é objetivado.

<sup>16</sup> Sete Contra Tebas, de Ésquilo: Polinice, expulso de Tebas por seu irmão Etéocles, montou uma expedição militar para atacar a cidade. Refugiado em Argos, genro do rei Adrasto, que o apoiou, buscou a adesão de Anfiarau, cunhado do rei e adivinho, que nesta condição previu a derrota e a sua própria morte. Polinice sabia que entre Adrasto e Anfiarau havia um acordo: em caso de desavença, Erifila (Eris, luta, discórdia e phylé, tribo, com o significado de “a que dissemina a discórdia entre seus familiares”), casada com Anfiarau, decidiria. Polinice então presenteou-a com o colar da Harmonia, presente nupcial ofertado por Vulcano a esta, quando do casamento com Cadmo. Anfiarau morre, e Erifila é punida, com a morte, pelo filho Acméon, que também teve fim trágico. (Brandão, 1991, p. 350).

<sup>17</sup> São três os significados essenciais do termo: “1ª. como autodeterminação ou autocausalidade, segundo a qual a L. é ausência de condições e limites; 2ª. a concepção da L. como necessidade, que

[...] é um comércio muito típico feito por meio de uma proposta apoiada por um juramento e que automaticamente provoca a contrapartida: pois quem recebe nem sequer sabe o que lhe será pedido [*álea*], o que não o impede de sentir [...]. Na troca de *dones*, *contradones*, oferecimentos e promessas que caracterizam as "formas arcaicas", resulta uma obrigação aceitar o pedido de um aliado, por mais excessivo que pareça (*ibidem*, 1980, pp. 160 - 163)<sup>18</sup>.

Ou seja, à imposição do dever corresponde a adesão compulsória a um compromisso, por parte do "devedor", em função do sentimento de [...] obrigação para com uma pessoa. Afirma Gernet (1980, p. 181) acerca do compromisso, enquanto elemento indicador de existência de juridicidade, que nas obrigações geradas por meio de presentes, não é necessário que o compromisso apareça explícito, pois ele se encontra subentendido pelas regras do jogo. Esse aspecto revela juridicidade.

O dever e a obrigação materializavam elementos de juridicidade. Eles demonstram abundar na Grécia arcaica "los testimonios de prederecho y, de manera general, eso que nosotros llamamos aspecto jurídico" (GERNET, 1980, p. 156). Desses testemunhos ressalta não comportar a obrigação o sentido atribuído no presente, em que a ela se vincula a característica de economicidade. Ou seja, a origem do direito não é necessariamente marcada pela economia.

Isso pode ser assim compreendido na medida em que a obrigação não nasce das relações econômicas – como será fundamental na Modernidade –, mas das relações de poder, implicando um lugar particular do direito não no contexto do

---

se funda sobre o mesmo conceito da precedente, isto é, sobre aquele de autodeterminação à totalidade (Mundo, Substância, Estado); 3ª. a concepção de L. como possibilidade ou escolha, segundo a qual a L. é limitada e condicionada, isto é, *finita*". Os dois primeiros têm como núcleo a ideia de *causa sui*, mas enquanto na primeira a liberdade é atribuída à parte, na segunda é ao todo (ordem cósmica ou divina). No terceiro, a liberdade é critério de possibilidade, escolha motivada (Abbagnano, 1982, pp. 577-582). Ou seja, Anfiarau tem a liberdade restrita pela necessidade, na medida em que não há escolha possível. Quanto maior a exigência imposta a uma vontade, maior é a restrição da liberdade. No direito penal, modernamente, tem-se o exemplo máximo da diminuição da liberdade, mediante a aplicação de pena de reclusão (prisão em regime fechado), em face da característica fundamental da prescrição normativa: é sempre proibitiva ou obrigatória (N. A.).

<sup>18</sup> [...] es un comercio muy típico hecho por médio de una proposición respaldada por un juramento y que provoca automaticamente la contrapartida: pues el que recibe ni siquiera sabe lo que se le pedirá [*álea*], lo que no impede el que se sienta obligado [...] En el intercambio de *dones*, *contradones*, *ofrecimientos* y *promesas* que caracterizan las "formas arcaicas" resulta una obligación el acceder a la petición de un aliado, por excessiva que parezca.

espaço privado (do lar), mas no do público. A “promessa/obrigação” era do âmbito das relações do “espaço público” (dele só se falará na *pólis*). O *don* era ofertado por quem tinha riqueza, a alguém que pudesse cumprir a promessa. Ainda que vinculada à *álea*, havia marcadamente um sinalagma: “dou, para que dê”. Não se tratava de um instrumento formalizador de circulação de mercadorias, bens ou produtos. O (pré) direito não estava localizado no reino da necessidade (não é lei da natureza), mas no da contingência. Se a obrigação não tinha conteúdo econômico (o que ocorrerá na esfera pré-política), porque ela se ocupava da “relação de poder”, é possível, a partir disso, reconhecer-lhe como resultante da “ação”. Ou seja, a “ação” como antecedente do surgimento do direito, no sentido de *ius* e não de *lex*. Essa é a constatação de Arendt: o direito não se confunde com a atividade do legislador, mas resulta da ação:<sup>19</sup>

Para os gregos, as leis, como os muros ao redor da cidade, não eram um resultado da ação, mas um produto da fabricação. *Antes que os homens começassem a agir, era necessário assegurar um lugar* definido e nele erguer uma estrutura dentro da qual pudessem ocorrer todas as ações subsequentes; o espaço era o domínio público da *pólis* e a estrutura era a sua lei; legislador e arquiteto pertenciam à mesma categoria [dos artesãos, porque sua atividade tem um fim] (CH, 2016, p. 241, grifos nossos).

A passagem do pré-direito para o direito está relacionada com transformações políticas e intelectuais, mais precisamente entre os regimes políticos (democracia) e o surgimento de instituições jurídicas (tribunal). Na crise que se instaura, a oligarquia reclama a reorganização do corpo social. Em consequência, a partir do séc. VIII, o poder deixa de ser identificado com uma pessoa, para ser uma função dividida entre a elite militar e a aristocracia agrária. A realeza perde espaço para a aristocracia, e o basileu, possuidor da “superintendência da guerra, de sacrifícios e o julgamento de processos, uns sem jurar, outros sob a autoridade do juramento levantando o cetro” (ARISTÓTELES. A Política, Livro III, Dos Governos, 2006, p. 111), manteve apenas a função religiosa. Surge o arcontado, com função administrativa, e o polemenco,

<sup>19</sup> Schio e Peixoto (2012, p. 292) esclarecem a ideia, como segue: “Na polis grega, exemplo caro à autora, a lei – *nomos* – era concebida como um “muro”, fronteira que delimitava o espaço em que os cidadãos estavam abrigados e podiam vivenciar a política (cf. ARENDT, 1989, p. 444). A lei instituiu um “espaço” entre os homens, pois lhes concedia um “estatuto jurídico” que os habilitava a fazer parte de um espaço público ou comum, na qualidade de cidadãos. Este espaço era regido pela igualdade que, por sua vez, não era oriunda de uma “natureza humana”, mas derivava de uma convenção artificial, ou seja, um predicado “do mundo feito pelos homens” (ARENDT, 2011, p. 59).



com função militar (ARISTÓTELES. A Constituição de Atenas, Fragmento III, 1995, p. 19.).

A nova “partilha das honras”, com a conseqüente circulação do *cratos* mediante a ocupação, por eleição<sup>20</sup>, de cargos, agora públicos, não é suficiente para acomodar os tensionamentos. Os desfavorecidos passaram a exigir novas formas de participação nos assuntos humanos. Esse fato está na origem da mudança de perspectiva que constrói a cidade, ao mesmo tempo em que desenvolve o direito.

Os processos de disputa pela participação nos negócios humanos encontraram novas soluções no arcontado de Sólon (594 a. C), que redige “leis iguais para o *kakós* (mau) e para o *agathós* (virtuoso), com isso reunindo violência e justiça na lei. A tarefa de Sólon foi acelerada por Clístenes (565 a. C.). Transpondo para a vida da cidade a noção filosófica de que o equilíbrio impede que uma potência se apodere do comando, estando todas em posição de *isonomia* em relação ao centro, Clístenes deposita os elementos da soberania: a *arché*, a *dynasteia* e o *kratos*, no centro, na *Ágora*. Os cidadãos são intercambiáveis no exercício das funções públicas, colocados todos em posição equidistante em relação ao centro, onde estão depositados os elementos da soberania. A cidade, sob o arcontado de Clístenes, emulando o espaço geometrizado do cosmos, cria o espaço político, centrado:

O *kratos*, a *arché*, a *dynasteia*, já não estão situados no ápice da escala social, ficam *es meson*, no centro, no meio do grupo humano. É este centro que agora é valorizado; a salvação da *pólis* repousa sobre os que se chamam *hoi mesoi*, porque, estando a igual distância dos extremos, constituem um ponto fixo para equilibrar a cidade. Com relação a este centro, os indivíduos ocupam todas as posições simétricas. A *ágora*, que realiza sobre o terreno essa ordenação espacial, forma o centro de um espaço público e comum. Todos os que nele penetram se definem, por isso mesmo, como iguais, como *isoí*, [de relações recíprocas], [é um espaço] centrado, espaço comum e público, igualitário e simétrico, [...] laicizado, feito para a confrontação, o debate, a argumentação (grifo do autor) (VERNANT, 2103, pp. 135-136)

É nesse ambiente da *polis* democrática, que os admitidos a ocupar os diversos “pontos geométricos”/cargos do governo e do Poder, porque *isoí*, se

<sup>20</sup> Russel, ao tratar da “Política”, de Aristóteles, comenta que para este, “eleger magistrados é oligárquico, ao passo que é democrático designá-los por sorteio” (Russel, 1969, p. 220).

manifestam. Pode-se, assim, elaborar um direito/justiça fundado na racionalidade universal, eterna, capaz de produzir e preservar a felicidade entre os que convivem na cidade, pois “A *polis* ateniense funcionou sem uma divisão entre governantes e governados” (EPF, 2014a, p. 45). No entanto, é necessário compreender, com Arendt (*ibidem*, p. 45), que a cidade

não foi assim um Estado, se usarmos esse termo, como Marx o fez, em acordo com as definições tradicionais de formas de governo, isto é, governo de um homem, ou monarquia, governo por uns poucos, ou oligarquia, e governo pela maioria, ou democracia. [E que os] cidadãos atenienses, além disso, eram cidadãos apenas na medida em que possuísem tempo de lazer, em que tivessem aquela liberdade face ao trabalho que Marx prediz para o futuro.

Liberados das tarefas impostas pelas necessidades biológicas do corpo (*labor*), desobrigados da produção de artefatos que constituem o mundo humano (*work*), os cidadãos, com “palavras e atos [se inserem] no mundo humano, e essa inserção é como um segundo nascimento” (CH, 2016, p. 219) por meio da ação<sup>21</sup>. Na ação, “o discurso corresponde ao fato da distinção e é a efetivação da condição humana da pluralidade, isto é, do viver como um ser distinto e único entre iguais” (CH, 2016, p. 221), no espaço político horizontalizado da cidade. Neste espaço elaboram uma cidade e um direito (*ius*) democráticos, mediante as trocas mediadas pela ocupação alternada dos cargos políticos, pela ocupação do poder de julgar e pela aplicação de uma lei resultante desses processos. É a ação, praticada em conjunto (pluralidade), numa teia de relações, a criadora da *polis*, organização da cidade para a busca de soluções de problemas humanos. Em suma, no espaço da aparência e no exercício da palavra (CH, 2016, pp. 224 e s.).

---

<sup>21</sup> Na obra “A Condição Humana”, a pensadora política Hannah Arendt estabelece diferenças entre as atividades que compõem a chamada “vida ativa”, em oposição/complementação à “vida contemplativa” (tratada na sua obra “A Vida do Espírito, em que desenvolve reflexões sobre o pensar, o querer e o julgar). Assim é que a chamada vida ativa se desdobra em três aspectos, fundamentais para que se tenha uma vida propriamente humana. O primeiro diz respeito às tarefas necessárias à manutenção do ritmo biológico da vida (reprodução da espécie, alimentação, repouso etc.), e às quais ela denomina *labor*. O segundo aspecto é composto pelas tarefas necessárias para a construção de um mundo propriamente humano. Mediante a fabricação de artefatos – *work* –, é composta a moldura sobre a qual desenvolve-se uma vida humana, entre o nascimento e a morte, inclusive a lei. O último aspecto é denominado de *action*, e no qual, estando o homem liberto da necessidade, pode, em igualdade (ele é um “ser com”) e liberdade, iniciar o imprevisível, o irrepetível, o ilimitado, o novo. (CH, 2016, pp. 9-21).

A lei não se destinava a definir as ações humanas (o que ocorrerá na Modernidade), mas era o seu antecedente necessário e delimitador do espaço de manifestação da liberdade. “Assim, liberdade era para o pensamento grego enraizada, ligada a uma posição e limitada espacialmente [pela lei], e as fronteiras do espaço da liberdade coincidiam com os muros da cidade, da *polis* [...]” (QP, 1999, p. 103). A relação entre *lex* e *ius* não era de identidade. A qualidade do *ius*, a virtude do justo, a justiça, era imanente à ação e não dependente da *lex*. Fruto da ação, como essa era inédita, ao *ius*, também não se lhe dava um antecedente lógico (FERRAZ JR, 2003, p. 24). Para melhor figurar essa relação, a imagem da balança e do mapa são convenientes (FRASER, 2012, livro eletrônico). As duas escalas de medida podem ser aplicadas àquela elaboração. O *ius* estaria associado à balança, ao equilíbrio, cujo êxito dependia da *ars* e da *techné* (FERRAZ JR, 2003, p. 24), ou da *diké* (justiça) e do *aidós* (respeito). A *lex*, por outro lado, estabelecia as fronteiras territoriais ou os limites – no sentido do não-fazer/não-ultrapassar. A *lei* correspondia ao *work* e o *ius*, à ação. A lei não podia pré-determinar o *ius*.

O direito (*ius*) era elaborado pelos homens, enquanto habitantes da *polis*, participantes da atividade política por meio da palavra, e que, nesta condição, precisavam de elementos modalizadores da sua conduta, a *diké* e o *aidós*, ofertados por Zeus. A justiça<sup>22</sup> implicava no equilíbrio entre o interesse particular e o interesse dos cidadãos<sup>23</sup>, o que pode ser obtido por meio da política. Esta, conforme Arendt, “trata da convivência entre diferentes” (QP, 1999, p. 21). Enquanto atividade exercida pelo cidadão no espaço organizado e delimitado pelas leis, é o meio adequado para equilibrar os interesses em disputa; constitui-se na prática correta

---

<sup>22</sup> Em Aristóteles, a justiça preside as relações entre os homens, por meio do “igual”, na busca do bem para o indivíduo e para a comunidade, e “é o dar a cada um o que lhe convém, no sentido de que o excesso e a falta são situações adversas, construtoras, ademais, de situação de injustiça, e de afastamento de um estado otimizador ótimo” (SANTO TOMÁS. Da justiça. Tradução Tiago Tondinelli, 2012, p. 8). Para ele, ela é distributiva ou comutativa, conforme se trate da “distribuição comum dos bens a serem divididos entre quem compartilha da comunhão civil [...]”, da que se aplica nas transações comuns, e que reclamam sempre retidão (*ibidem*, 2012, pp. 37-42).

<sup>23</sup> Aristóteles, na Política, estabelece critérios de cidadania. Após afastar como critério a residência, porque o estrangeiro e o escravo também habitam a cidade, a capacidade de ser parte em processo – “direito de citar em justiça”, bem como negar a cidadania às crianças, às mulheres, aos infames e aos banidos, afirma ser o direito de votar nas Assembleias e de participar no exercício do poder público, aquilo que caracteriza propriamente o cidadão. (ARISTÓTELES. A Política. Livro II, Capítulo IV, 2006, p. 42). E como a finalidade do Estado é bem viver juntos”, o cidadão é o homem detentor de riqueza suficiente para não precisar trabalhar, curvado sob o jugo da necessidade, educado para o exercício da temperança, da prudência e da justiça (ARISTÓTELES. A Política. Livro II, Capítulo IV, 2006, pp. 48-51).

para a vida na cidade. Por outro lado, o respeito é às leis produzidas pelos cidadãos. E isto porque, sendo o homem mortal, precisa estabelecer relações, em um espaço comum, a cidade, no qual

a alteridade, que ele partilha com tudo o que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se singularidade revelada pela ação e pelo discurso [modos] pelos quais os seres humanos aparecem uns para os outros [e que constitui] iniciativa da qual nenhum ser humano pode abster-se sem deixar de ser humano (CH, 2016, p. 218).

A *lex* não resultava da ação; ela protegia (o muro) a ação. Essa distinção é importante e remete a uma necessária relação entre lei e política com base no critério meios e fins. A ordem dos problemas humanos dos quais se ocupava a política não resultava em solução legislada. Dessa sorte, a política não era meio, mas um fim em si. Ao passo que a lei (e não o *ius*) era o meio para a política<sup>24</sup>. "Pode-se dizer: a legislação enquanto trabalho do legislador não se confundia com o direito como resultado da ação. Em outras palavras, havia diferença entre *lex* e *ius* na proporção entre *trabalho* [*work*] e *ação*" (FERRAZ JR, 2003, p. 24).

Quando o mundo grego entrou em declínio, a civilização romana estava em processo de consolidação. Do espólio grego, os romanos incorporaram o valor da lei escrita, produzindo *corpus* legais que ultrapassaram os séculos e chegaram aos dias de hoje. "Expressando o anseio romano por ordem e justiça, o direito romano foi o grande legado de Roma à civilização ocidental" (PERRY, 2002, p. 112).

---

<sup>24</sup> Pode-se pensar, neste passo, sobre as relações entre a democracia e a lei, no contexto do julgamento, condenação e morte de Sócrates, acusado de "impiedade" e corrupção da juventude". Para Arendt (DP, 1993, p. 96), Sócrates, em sua Apologia, "dirigiu-se a seus juízes de forma dialética", motivo pelo qual a cidade foi incapaz de se deixar persuadir. Na medida em que "respeitou as limitações inerentes à persuasão, sua verdade" passou a ser a sua opinião, e não mais do que uma *doxa* entre outras. Assim, a tese que ganha relevo, pode-se pensar, é de que a democracia matou Sócrates. O interessante ensaio de Adriana Cavarero, intitulado *Il Socrate di Hannah Arendt*, publicado em *Socrate* (Arendt, 2015, p. 73 e s.), afirma, em reforço, que "il pensiero consista in un'attività critica piuttosto che un bagaglio di conoscenze oggettive, un sapere cristallizzato. Disgraziatamente, il tribunale ateniese condanna però Socrate proprio perché egli si rifiuta di rinunciare a questo esercizio."

## 2. 2 Os romanos: a lei e a ordem; o processo e a coerção

O Direito Romano acompanhou as variações da própria história de Roma. O seu desenvolvimento e aperfeiçoamento, no entanto, foi posterior ao Direito Grego. Enquanto este já atingira a fase individualista (princípio da não transcendência da responsabilidade), aquele encontrava-se no estágio clânico (GILISSEN, 2001, p. 80). Embora esse descompasso originário, ao longo do tempo o Direito Romano foi ganhando força a ponto de transformar-se, em termos institucionais, no berço do direito continental (direito legislado). Um breve resgate histórico possibilita relacionar o Direito Romano com o Direito Grego e, a partir disso, inferir consequências que se projetaram no Ocidente.

No período da Realeza não havia uma perfeita diferenciação entre os diversos tipos de regras morais, religiosas e comportamentais. Era um direito arcaico, baseado na solidariedade clânica, ritualizado e rígido. Nesse tempo não havia legislação escrita. A responsabilidade atingia o grupo social (clã) do qual fazia parte a pessoa que eventualmente tivesse praticado um delito. A República (séc. V a. C.), é o período em que o Direito Romano sofre influências do Direito Grego. Em termos jurídicos, é uma época mais evoluída no sentido de o direito ser fixado em leis escritas. Além disso, verificava-se a prática do processo formular, conjunto de procedimentos que passam a ser observados na declaração do direito. Nesse período, "a *lex* [...] é [era] um ato emanado das autoridades públicas e formulando regras obrigatórias [...] definem-se como ordem geral do povo ou da plebe, feita a pedido do magistrado [...]" (GILISSEN, 2001, p. 85). A lei aos poucos foi predominando sobre os costumes. No Império, época do Direito Romano Clássico, a lei torna-se o ato de regência das relações privadas e públicas. Ela passa a ter uma função relevante como fonte do direito e decorre da *leges* (emanava dos magistrados e das assembleias populares e foi a única forma de legislação no fim da República e início do Império) do *senatus-consultos* (poder do Senado de legislar) e, especialmente, das Constituições Imperiais (GILISSEN, 2001, p. 90).

A partir da *lex*, o Direito Romano estruturou-se em bases que se projetaram para além da existência do Império. No mundo grego, a *polis*, como lugar da ação e da palavra, não se constituiu em estratégia de conquista territorial e de dominação

política. A despeito da inegável contribuição grega para o direito (*ius*) elaborado na *polis*, essa experiência não foi absorvida por completo pela civilização romana. Nesse sentido, Roma ultrapassou tal concepção e desenvolveu um ideal expansionista. Para tanto, o direito foi elemento fundamental, porque houve uma combinação do *ius/lex* com o *imperium*.

Na tradição grega a lei não era produto da *polis*, ao contrário, era o seu antecedente. No caso romano, a atividade legislativa era do campo da política, consistente, agora, na relação vertical entre governantes e governados. A lei também resultava do tensionamento entre partes (a Lei das XII Tábuas é, talvez, o exemplo mais notório). Conforme Arendt,

Nisso, porém, é decisivo que só para os romanos a atividade legisladora e com isso a própria lei caíam no âmbito da verdadeira coisa pública, ao passo que segundo a concepção grega a atividade do legislador era tão radicalmente separada das verdadeiras atividades e ocupações políticas dos cidadãos dentro da *polis* que o legislador nem ao menos precisava ser cidadão da cidade, podendo ser contratado de fora - um escultor ou um arquiteto a quem se podia encomendar o que fosse preciso para a cidade. Em contrapartida, a lei das doze tábuas de Roma, se bem que em seus pormenores possa ter sido determinada por modelos gregos, não é obra de um único homem, mas sim o contrato entre duas partes em luta, o patriciado e os plebeus, que precisava do assentimento de todo o povo, aquele *consensus omnium* ao qual a historiografia romana sempre atribuiu um "poder singular" (Altheim) quando da redação de leis (QP, 1999, p. 112).

Houve, em Roma, um desvanecimento da noção de política como um fim em si. A política passou a ser meio para a produção da lei. Em termos conceituais a atividade legislativa ganhou importância porque passou a abranger todas as relações sociais: "todas as relações entre pessoas, ou entre estas e a autoridade, para as quais em determinadas circunstâncias está programada a intervenção coativa do poder" (CAPELLA, 2002, p. 70). A lei passou a dar conta do mundo frágil e imprevisível, substituiu a ação. "A base da técnica jurídica de domínio social ficou assim posta. Os juristas aprenderam a pensar em termos de 'direitos' as relações sociais" (CAPELLA, 2002, p. 71).

Na lei romana, desde os primórdios, subsistiu a ideia de "força" e não de "política", pois os elementos de soberania não estavam depositados no centro do espaço público, mas centralizados no cume da organização social. Naquele

contexto, a lei passou a ser resultado de antagonismos e resistência recíproca entre forças hierarquicamente diversas. A lei (em Roma) era elaborada em uma sociedade hierarquizada, primeiro sob um rei, depois sob um senado, por último, sob um imperador. Se as relações sociais entre "partidos" estavam formalizadas na lei, ela não era medida de conciliação "no sentido de abolir pura e simplesmente a diferença entre patriciado e plebeus" (QP, 1999, p. 112). A partir da relação verticalizada, a lei passa a ser concebida como um vínculo de ordem e obediência. O governante sobrepuja-se ao governado não apenas usando a lei, mas acrescentando ao modelo legal o elemento coercitivo e invocando para si a autoridade absoluta. Com isso, segundo Arendt, muda completamente a experiência da *polis* grega, porque o ato de legislar passou a ser um ato político.

Para avaliar corretamente a extraordinária fecundidade do conceito romano de lei além da coisa moral [...], é preciso rememorar em poucas palavras, a concepção grega, moldada de modo bem diferente, daquilo que originalmente é a lei. A lei, como os gregos entendiam, não era acordo nem contrato, não surgiu entre os homens no falar de duas partes e no agir e contra-agir e, por conseguinte, não é algo inserido no âmbito político, mas é, em essência, imaginado por um legislador e precisa ser aprovado, antes de poder entrar na verdadeira coisa política. Como tal, é pré-política, no sentido de ser constitutiva para todo o ulterior agir e o lidar politicamente entre si (QP, 1999, p. 113).

Com efeito, verifica-se o predomínio do não-humano sobre o humano, a vontade do imanente e necessário sobre o livre e concreto (VETÖ, 1989, p. 69). A lei subtraiu a incerteza e a fragilidade dos assuntos humanos para conferir-lhes estabilidade. A agenda política, a partir disso, foi definida desde essa concepção: uma concepção reduzida à relação entre governantes e governados. A lei delimita o espaço, mas também define as relações entre os cidadãos por meio da autoridade e da coerção. Em essência, na origem do Direito Romano, expresso na *lex*, está a sua sujeição a uma autoridade superior:

A busca deste fundamento é, sem dúvida, complicada porque autoridade envolve obediência, e, no entanto, exclui a coerção, pois quando ocorre o emprego da força, da violência, não existe autoridade. Por outro lado, por envolver obediência, a autoridade se situa no campo da hierarquia e, conseqüentemente, exclui a persuasão igualitária que anima o diálogo político (EPF, 2014a, p. 23)

Há uma mudança de perspectiva. Passa-se a observar na política relações hierarquizadas. Quando Marco Túlio Cícero (106 – 43 a. C.) refletiu sobre a lei, a justiça e o direito (conceitos distintos em Roma), o fez sob o influxo de uma comunidade para quem o caráter instrumental, ordenador, da lei, é uma realidade. Ele entendeu que a lei humana deve encerrar uma ideia de “justo ético”. Em outros termos, uma associação entre a forma/texto e o conteúdo/justiça, sob pena de ser puro arbítrio, vontade de Estado. Cícero, então, não separou mundo fático e razão

a lei é a razão suprema da Natureza, que ordena o que se deve fazer e proíbe o contrário. Esta mesma razão, uma vez confirmada e desenvolvida pela mente humana, se transforma em lei. Por isso afirmam que a razão prática é uma lei cuja missão consiste em exigir as boas ações e vetar as más. Julgam que esta lei deriva seu nome grego da ideia de dar a cada um o que é seu, e eu julgo que o nome latino está vinculado à ideia de “escolher”: pois sob a palavra *lei* eles apresentam um conceito de equidade e nós um conceito de escolha, e ambos são atributos verdadeiros da lei. [...] e a lei é a força da Natureza, é o espírito e a razão do homem dotado de sabedoria prática, é o critério do justo e do injusto (CÍCERO, 1967, p. 40) (grifo do autor).

Na política não mais atua a ação e o discurso entre livres e iguais, ela passou a ser o espaço do *work*. A *polis* converteu-se em *oikia*. Esse aspecto é relevante, pois a “*polis*” ficou privada da ação e se transformou em lugar de fazer as leis, o direito. Ao estabelecer as relações entre os cidadãos romanos, o direito passou a ser produto da política e, com isso, teria conferido às relações sociais maior estabilidade. Como se disse, a função da lei não era apenas demarcatória de uma especialidade, era também constitutiva de direitos formais. O reconhecimento formal, embora indicasse estabilidade, não operou a superação das desigualdades. A finalidade da *lex* não era a de, por meio da conciliação entre as partes, eliminar as suas diferenças. "Numa sociedade tão desigual, desigualitária e atravessada por redes de clientelas, não é necessário dizer que os direitos formais não eram reais e que um fraco pouco tinha a ganhar processando um poderoso " (ARIÉS & DUBY, 1990, p. 165).

No entanto, o reconhecimento formal, para além da exigência de os comportamentos estarem em conformidade com o direito - doravante ninguém era obrigado a fazer o que a lei não prescreve -, deflagrou manifestações pretendendo fossem aqueles direitos reconhecidos objetivamente. Essas manifestações



passaram a constituir um procedimento que envolvia não apenas aquele que tinha a pretensão (autor), mas também o que violou o direito (réu) e uma autoridade administrativa (*iudex*). Isso ensejou o desenvolvimento de um proto-processo judicial que, mais tarde, especializou-se em termos de jurisdição e deu as bases para o processo judicial moderno.

Os romanos não sistematizaram as regras (leis) processuais que eram (e continuam sendo) utilizadas para decidir um conflito. A decisão é uma escolha para aplicação prática. Transposta a ideia para o processo, tem-se que à escolha, segue-se a decisão (declaração), pela qual o magistrado<sup>25</sup> “non dice: io ti ordino o ti vieto di far questo; ma io riconosco in te l’esistenza di questo potere” (DA SILVA, 2007, p. 19).

Nesse contexto, o processo é uma atividade para resolver questões caso a caso. Exceção feita às regras organizadoras do Estado (administração) e aplicação de penas,<sup>26</sup> tudo o mais dizia respeito ao chamado *ius civile*, ao direito privado, em relação ao qual as regras aplicadas eram as da *actio*, diante de um juiz privado. Estas são ideias importantes, pois os sistemas jurídicos com matriz no Direito Romano, que são a regra geral na Europa Ocidental e na América Latina, “conservaram-se fiéis, [mudando o que precisou ser alterado] aos esquemas e princípios do processo privado da *actio*” (DA SILVA, 2007, p. 2).

A jurisdição tinha a finalidade meramente declaratória. Ou seja, declara que a lei está em favor do demandante. A sua execução, no entanto, dependia da atuação daquele a quem se reconheceu o direito: “nada mais nos resta senão executar pessoalmente a sentença, desde que tenhamos os meios” (ARIÉS & DUBY, 1990, p. 166).

---

<sup>25</sup> “não diz: eu te ordeno ou te proíbo de fazer isto; mas eu reconheço em ti a existência deste poder.” (Trad. A).

<sup>26</sup> Embora hoje, e especificamente no Brasil, estejam dentro das atribuições daquele que “declara, diz o direito” também o poder de fazer cumprir decisões com atos de império (*potestas*), em Roma, nos processos envolvendo o interesse público, não havia nem *ius dicere* nem *iurisdictio* (não havia declaração): “Fuori del ambito dei processi civile, sia che si trattasse di processo penali (tendenti a stabilire se e quale pena dovessi irrogarsi agli accusati di uno fre vari crimina) sia si trattasse di processa per cosí dire amministrativi (nei quali um magistrato faceva valere gli interessi del *populus romanus* nei consfronta di um privato e nello stesso tempo decideva la relativa controversia), non si aveva nè *ius dicere*, nè *iurisdictio* (Pugliesi, *apud* Da Silva, 2007, p. 22)

A "composição da lide", realizada através de um *decidire* confiado a um *iudex* provado [...] está inteiramente fora do *imperium*, atribuído ao *praetor* [a jurisdição correspondia à declaração do *iudex*] [...]. O conceito de jurisdição, como de resto os demais conceitos, ou modo como os romanos entendiam ou descreviam o que fosse *iurisdictio*, sofreu, no curso do tempo, uma profunda transformação. Temos que ter presente que o direito moderno utilizou-se, em sua formação, das fontes romanas dos últimos períodos de sua história [...]. Veremos, então, que o conceito de jurisdição que nos foi legado pelo direito romano tardio pressupunha a distinção clara e radical entre a função declaratória do direito, enquanto *ius dicere*, e o *facere* com que o magistrado haveria de socorrer o litigante, impondo uma *ordem*, a ser cumprida pelo demandado, quer dizer, se o direito não fosse "da se sufficiente" para realizar-se através de uma atividade própria e exclusiva do juiz (DA SILVA. 2007, p. 23).

O processo judicial romano parece, assim, ser uma decorrência da natureza da *lex romana*, que se originava de uma relação verticalizada entre governantes e governados sob a forma ordem/obediência. O modo de equacionar essa relação, no sentido de a ordem ser obedecida, não podia depender da vontade do ordenado. Caso não houvesse a observância do comportamento estatuído, restaria ineficaz a ordem. O mecanismo para constranger o obrigado foi o processo. Inicialmente na sua forma meramente declaratória e, mais tarde, na sua forma ordenatória. Portanto, foi por meio do processo, especialmente pela jurisdição, que o elemento coercitivo (que elimina a persuasão) tornou-se nuclear no direito.

O interesse, aqui, limitou-se a demonstrar a natureza do Direito Romano e referir o surgimento de uma metodologia da decisão judicial. Em outras palavras, se o direito material e processual romanos foram preservados na Modernidade, não se terá como evitar que as suas concepções originárias (coerção, por exemplo) de algum modo também estejam conservadas. O Direito Romano não pode ser tomado de modo absoluto como a origem do direito no Ocidente, porque esse lugar é do Direito Grego, mas foi o que forneceu bases conceituais, institutos, procedimentos etc. e elaborou constantes de caráter instrumental (lei e decisão) que terão consequências no advento do Totalitarismo<sup>27</sup>, e, também, no perfil "micrototalitário" da decisão judicial.

---

<sup>27</sup> Schio (2012, p. 38), conclui ser o Totalitarismo uma "forma de organização total, [um] regime que tudo procura prever e controlar, eliminando a livre iniciativa dos indivíduos, por meio da vigilância sobre a vida dos cidadãos em todas as suas esferas, seja privada, seja pública".

## 2.3 O Medieval é o caminho

No período denominado de Idade Média (séc. V a XV) verificam-se, na perspectiva da História como processo, não apenas rupturas, mas também continuidades. Refletir, pois, sobre a decisão judicial e o micrototalitarismo é compreender esse fenômeno na categoria do agir humano em perspectiva de continuidade, pois é importante considerar que não há algo inaudito, inaugural. Nesse contexto, o Direito Grego e o Direito Romano são as bases a partir das quais se pode compreender a decisão judicial.

Com o fim do Império Romano do Ocidente (476 d. C.), o Ocidente latino-cristão apresentou uma configuração formada pela população romana e pelos invasores germânicos (CAENEGEM, 1995, p. 17), e isto indicou uma mudança de tendência. Se, no plano político, o Estado Romano mantinha a influência dominadora de uma autoridade central em um vasto território, com a fragmentação do Império aquele foi dividido em vários reinos tribais germânicos.

A geografia política do Ocidente latino-cristão assinalou o início de uma nova tendência, consistente na fragmentação da unidade política. Nesse sentido, é possível afirmar uma "tradição", consistente no desenvolvimento de uma consciência (modo de pensar e modo de agir) e de instituições que, mais tarde, fornecerão os materiais para a compreensão da Modernidade. Ou seja, o Período Medieval foi relevante, e não simplesmente um intermediário cronológico, pois

O imenso campo histórico do Ocidente medieval – o campo fundador da modernidade – foi o palco em que o magistrado romano, o monge católico e o guerreiro germânico se viram obrigados a negociar suas diferenças, processo que levou à criação de estruturas que nenhum deles imaginava (DAWSON, 2014, p. 17).

No grande período que antecede a Modernidade foram equalizadas as diferenças, pois no Medieval surgiram instituições, estruturas, perfis, ideologias fundamentais que mais tarde iriam dar forma e conteúdo para a sociedade moderna. Se a separação entre Igreja e Estado, o surgimento de profissões jurídicas, o nascimento de escolas de Direito, o surgimento dos tratados jurídicos

etc., eram antes inimagináveis e foram gestados nesse espaço, isso somente foi possível a partir de uma comunidade preexistente,

*o populos chirstianus*, formado na Europa do século V ao XI. Nesse período, a Europa consistia de uma multiplicidade de unidades tribais, locais e feudais (senhorio), que, contudo, vieram a partilhar uma fé religiosa comum e a lealdade ao imperador, e fora do império, aos reis [...]. Essa comunhão de fé não só era uma pré-condição necessária para o posterior surgimento da identidade jurídica sob o controle papal, mas também um fundamento necessário para aquela identidade jurídica, já que sem ela não haveria uma realidade social a ser juridicamente identificada (BERMAN, 2006, p. 67).

A identidade jurídica foi garantida pelas estruturas do Direito Romano. Com o fim do Império Romano, aquele não desapareceu, foi conservado em algumas regiões da Itália, da Espanha e da França. A experiência legislativa dos germanos, comparada à excelência dos legisladores romanos, que elucidava, especificava e interpretava o direito, foi tímida. O direito tradicional, quando redigido, apenas fixava o direito tribal. Esse declínio da atividade legislativa não se deve à queda do Império Romano, pois os germanos entendiam que o direito brotava do espírito do povo e não da lei.

Em sua visão, o direito não era uma técnica social que podia ser manipulada e adaptada quando as autoridades centrais desejassem, mas uma realidade eterna, um princípio fixo e intemporal de orientação, que devia ser elucidado e interpretado, mas jamais alterado fundamentalmente. Reconhecia-se que o rei tinha o poder de elucidar o significado do direito e desenvolver princípios jurídicos, desde que respeitasse os fundamentos existentes e incontestáveis, mas mesmo assim ele não podia de modo algum alterar a lei antiga (CAENEGEM, 1995, p. 22).

Por outro lado, o Cristianismo – que havia sido reconhecido como religião oficial dos romanos –, com o colapso do Império Romano subsistiu tanto entre os romanos como entre os germanos: “seus dignitários substituíram, de forma mais eficaz do que todo o resto, a administração, a autoridade, a cultura, a jurisdição e as técnicas documentais, processuais e notariais das autoridades seculares” (WIEACKER, 1967, p. 17). Esse processo de alheamento cultural, social, político e jurídico dos povos germanos pela perspectiva cristã de mundo ocorreu em razão da atuação determinante e eficaz do movimento monástico.

O Cristianismo “revelou” aos povos germânicos o conceito de comunidade, uma noção que ultrapassa uma perspectiva de organização social clânica ou tribal em um determinado território. Embora esse aparente distanciamento entre o Direito dos povos germânicos e o Direito Romano, o que se manteve na memória social, especialmente por influência do Cristianismo, foi a ideia de que o direito poderia ter um papel na organização das relações políticas e sociais. “A Igreja também reteve muitos elementos do Direito Romano, assim como do Bíblico; conseqüentemente, após sua conversão ao cristianismo, um líder tribal germânico deveria promulgar um conjunto de leis consistindo principalmente dos costumes de seu povo” (BERMAN, 2006, p. 70).

Com o Papa Gregório VII (1100-1187), houve o que se pode chamar de “Revolução Papal” (1075-1122). Esta “revolução” determinou a chefia do Papa sobre toda a Igreja, bem como a separação entre poder temporal e eclesiástico. Um dos meios que possibilitaram esta separação foi o gradual desenvolvimento do direito enquanto *sistema* coerente e ordenado, que encontrou suas bases, (elas se completam apenas na Modernidade) a partir do séc. XIII, nas estruturas do Direito Canônico. Neste, a lei passou a ser a norma emanada de um poder (aqui, religioso), a justiça é a realização de um comportamento de acordo com a lei, e o direito passou a ser o objeto da justiça.

Até então, havia ordem, mas vinculada a práticas sociais, ritos, costumes, e as soluções para os problemas eram encontradas na medida em que esses (problemas) se apresentavam; não havia um conjunto de regras prévias, gerais, aplicáveis a casos particulares, emanadas de um poder constituído. Ou seja, no período anterior ao século XI não havia, na Europa Ocidental, um direito sistematizado, enquanto um conjunto organizado de normas interdependentes e escalonadas hierarquicamente.

A transformação do direito começou no fim do século XI, passou por todo o século XII, e se consolidou no início do século XIII. Assim, é possível afirmar: o que é conhecido hoje como “sistema jurídico” (regras e princípios de direito) não existia entre os povos europeus. A expressão “sistema” é usada conceitualmente para designar algo mais estrito do que o direito em geral, ou aquilo que se pode chamar de “ordem jurídica”. Como se disse, é mais do que um conjunto de normas e regras,

pressupondo interdependência e hierarquia entre essas normas (BOBBIO, 1995, p. 122). O direito pode ser associado à ideia de ordem jurídica. Por isso, assim como entre os gregos e romanos, também houve uma ordem jurídica entre os povos germanos. Nesse contexto (de ordem jurídica), as regras e os procedimentos não eram substancialmente diferentes dos costumes sociais e das instituições políticas e religiosas.

Antes da organização sistemática do direito, não havia órgãos que exercessem funções, como Poder Judiciário, advocacia profissional e literatura jurídica profissional. Ou seja, o direito não era conscientemente organizado, pois não havia um conjunto independente, integrado e desenvolvido de princípios jurídicos e de procedimentos claramente diferenciados de outros processos de organização. Berman (2006, p. 112) explica:

No fim do século XI [...] uma transformação essencial ocorreu na Europa Ocidental, na mais profunda natureza do Direito, tanto como instituição política quanto como ciência – ele tornou-se autônomo. Politicamente, surgiram pela primeira vez autoridades centralizadas fortes, tanto eclesiásticas como seculares, cujo controle era exercido por oficiais delegados, do centro para as localidades. Parcialmente ligado a esse fato, uma classe de juristas profissionais emergiu, incluindo juízes e advogados profissionais. Intelectualmente, a Europa Ocidental viveu, ao mesmo tempo, a criação de suas escolas de Direito, a redação de seus primeiros tratados jurídicos, a organização consciente da imensa herança de materiais jurídicos e o desenvolvimento do conceito de Direito como um conjunto de procedimentos e princípios jurídicos autônomos, integrados e em pleno desenvolvimento (BERMAN, 2006, p. 112).

A percepção desses fatores redundou na criação dos sistemas jurídicos. Inicialmente o da Igreja Católica Apostólica Romana, o Direito Canônico. Em seguida, os reinos europeus começaram a criar seus próprios sistemas jurídicos seculares (BERMAN, 2006, p. 112), como resposta às mudanças econômicas e sociais. O Direito Canônico surgiu em decorrência da afirmação feita (em 1075) pelo papa Gregório VII, da supremacia política e jurídica do Papado sobre a Igreja e a independência em relação a poderes seculares.

Com a pretensão de separar o secular e o religioso, a Igreja passou a propagar um discurso pela paz. Essa narrativa encontra ressonância entre as autoridades seculares. Estas concordam em proibir, sob pena de excomunhão,

“qualquer ato de guerra ou vingança contra os clérigos, peregrinos, mercadores, judeus, mulheres e camponeses, e também contra propriedades agrícolas e eclesiásticas” (BERMAN, 2006, p. 116). No entanto, a autonomia eclesiástica não era uma questão pragmática para a Igreja. Ela encontrava sua genealogia, (STREFLING, 2002, p. 16), no mais profundo das escrituras, e recebeu a denominação de doutrina das “duas espadas”:

Em suas diversas concepções e com grande variedade de questões, o tema das *duas espadas* ou dos *dois poderes* domina o cenário político do medievo e torna-se o pano de fundo, a partir do qual se desenvolve a teoria da *plenitudo potestatis* dos Pontífices. (STREFLING, 2002, pp. 15 e 16).

A referência a essa doutrina é importante e ultrapassa a mera ilustração, porque esse conflito está na base do surgimento do sistema jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana, que é o Direito Canônico. A cronologia do debate, embora iniciada por Agostinho, teve protagonismo com o Papa Gelásio I e projetou-se até o Papado de João XXII, contemporâneo de Marsílio de Pádua.

A Igreja reformou-se por intermédio do direito. Sob esse aspecto, ela reconheceu no direito a mesma finalidade a ele dada pelos romanos. Ela se estabeleceu como entidade jurídica, corporativa e visível, independente das autoridades reais, feudais e urbanas. Ela passou a atuar nos moldes de um Estado moderno: exercia os poderes legislativo, administrativo e judiciário e assumiu um sistema racional de Jurisprudência: o Direito Canônico. Esse evento é considerado pelos historiadores do Direito, como Berman (2006, p. 123), revolucionário.<sup>28</sup>

Assim, foram estabelecidas as condições para a construção do direito moderno, cuja expressão concreta será a “decisão judicial”. Ocorreu uma transformação total, uma nova consciência social, e nela está, também o direito. Três fatores vão exercer forte influência na Tradição Jurídica Ocidental: “[...] uma nova noção de identidade corporativa por parte do clero, uma nova noção de responsabilidade do clero em reformar o mundo secular e uma nova noção de tempo

<sup>28</sup> Para Arendt (2011, p. 47), “as revoluções são [...] eventos políticos que nos colocam diante do problema dos inícios de uma maneira frontal e inescapável”; elas estariam, assim, na origem de um novo corpo político capaz de estabelecer a liberdade, interrompendo o curso da história. A centralização de poderes e a organização do Direito Canônico enquanto sistema, pela Igreja, configurou um evento político que articulou um modo de agir até então novo (N.A.).

histórico, incluindo os conceitos de modernidade e progresso” (BERMAN, 2006, p. 135).

Nesses termos, é importante fazer referência ao pensamento de Marsílio de Pádua, cuja centralidade está na concepção do Estado laico, orientado pela lei humana, governado por uma só ordem, a civil. O pensamento de Marsílio de Pádua (1280 - 1342) foi marcado pelas disputas e pelas transformações acima referidas. O pensador abre sua obra, “O Defensor da Paz”, citando Cassiodoro, para quem a tranquilidade (em Marsílio, paz), “proporciona o desenvolvimento da população” (PÁDUA, 1997, p.67). A palavra central contida na referência a Cassiodoro é “desenvolvimento”, cujo significado é crescimento, progresso. A ideia de progresso é importante, na medida em que encerra uma escatologia, um discurso sobre o fim último do homem, e ao qual Arendt irá se contrapor, por vinculá-lo a uma espécie de “fé” própria da Modernidade<sup>29</sup>, embora com os mesmos conteúdos (a crença no fim último), mas de outro modo: o religioso cederá espaço ao jurídico-político.

Há, assim, no pensamento de Marsílio, uma finalidade na sociedade<sup>30</sup> civil, consistente na busca da tranquilidade, ou paz, para a qual deve o homem se esforçar, já que são melhores os frutos deste tipo de associação humana, em que a obrigação de prestar auxílio mútuo se fundamenta no direito natural que a une (PÁDUA, 1997, p. 70). Citando Cícero, ele considera “imprescindível tomar a natureza como modelo a ser imitado, colocando no centro das atividades humanas o bem comum” (PÁDUA, 1997, p. 70.) Conforme noticia Strefling (2010, p.117), Pádua desenvolve uma teoria política de base filosófica (parcial) em Aristóteles, “apoiando-se no argumento de que o todo é maior do que a parte”.

Assim, em Marsílio de Pádua, a sociedade civil ou política é uma elaboração humana, que surge da necessidade de associação entre as pessoas, a fim de viver e viver bem. Ele a denomina *comunitas perfecta*, e a concebe como um ser vivo dotado de partes, as quais têm uma função específica, assim como um animal,

---

<sup>29</sup> Como ensina Arendt (LK, 1993, p. 14), na Modernidade, e para Kant, o progresso o é enquanto “da espécie, e o desenvolvimento de todas as suas potencialidades na sucessão de gerações”, gerados pela “astúcia da natureza”

<sup>30</sup> Segundo Arendt, Aristóteles e Platão não ignoravam o fato de que o homem não pode viver fora da companhia dos demais; ocorre que eles não a tinham como característica específica do humano, pois a viam como aquilo que, sendo natural, e portanto, social, constituía uma limitação imposta pelas necessidades biológicas, iguais para o homem e para os outros animais (CH, 2016, p. 29).



constituído segundo a natureza (STREFLING, 2010, p. 119). No entanto, é importante a observação feita por este comentador (*ibidem*, 2010, p.119), de que esta comparação entre ordem civil e natural tem sido entendida por alguns estudiosos como o aspecto a destacar do pensamento marsiliano, havendo quem afirme que ele reduz a vida social ao biológico e ao econômico. Reputa-se a importância porque a redução da vida ao *labor*, à “atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano” (CH, 2016, p. 9), bem como a sobreposição da economia sobre os espaços da vida política, aniquilando-a (*ibidem*, 2016, pp. 40-41), serão mais tarde pensadas por Arendt como o que resulta do desaparecimento da ação, em um mundo orientado pela categoria dos meios e fins, em uma cadeia permanente de consumo.

É no ambiente de afirmação da importância e papel da sociedade civil, e após definir as suas partes<sup>31</sup>, que Pádua (1997, p. 115) destaca também a importância da “lei”, pois além de “forma” de atuação do governante, é sob a vigência daquela que este regulará os atos civis dos cidadãos. A novidade do pensador consiste em conferir à lei o *status* de regra “criada” por um legislador humano<sup>32</sup>, que é sua causa eficiente. Ela, enquanto criação, resulta de um acordo. A compreensão de Marsílio estabelecerá as bases para uma teoria contratualista do Estado, no qual o processo de criação do direito será monopolizado pelo Parlamento, e a aplicação do direito, e, portanto, da decisão, será monopólio de um poder específico, o Poder Judiciário.

Retomando-se, porém, o tema da lei, o pensador faz distinção entre quatro significados para a palavra “lei”. Pelo primeiro, ela é “uma predisposição sensível e natural para determinada ação ou sentimento”. Em segundo, ela é hábito, “forma de algo produzível, existente na razão”, modelo a ser utilizado na produção de coisas, por meio da atividade criadora. Entende também possa a palavra ser compreendida

---

<sup>31</sup> No Capítulo V, Pádua diz que são partes os agricultores, artesãos e comerciantes (responsáveis por garantir a conservação da cidade, bem como os soldados, magistrados e sacerdotes, que constituem, em sentido estrito, o reino (PÁDUA, 1997, p. 86).

<sup>32</sup> Diferentemente de Santo Tomás de Aquino, (Suma Teológica. Volume 4. I Seção da II Parte. Questões 49-114, pp. 528-533), para quem a lei humana é ordenação dos assuntos humanos a partir da lei divina revelada na lei natural.

como regramento dos atos humanos, orientados para a recompensa ou castigo, após a morte<sup>33</sup>. Quanto ao quarto significado, diz o Paduano (PÁDUA, 1997, p. 117).

Num quarto sentido, por sinal o mais usual entre todos, o conceito “lei” indica a ciência, a doutrina ou o julgamento universal acerca do que é útil e justo para a cidade e dos seus contrários.

§ 4 – A palavra “lei” tomada conforme esta última acepção pode ser analisada sob dois aspectos. Primeiro: em si mesma, enquanto revela somente o que é justo ou injusto, útil ou nocivo, e, como tal, é chamada doutrina ou ciência do direito.

Segundo: enquanto considera o que um preceito coercitivo estipulado impõe como recompensa ou castigo a ser atribuído neste mundo, conforme a finalidade do seu cumprimento, ou, ainda, na medida em que é dado mediante tal preceito.

[...]

Portanto, a lei é um enunciado ou princípio que procede de uma certa prudência e da inteligência política, quer dizer, ela é uma ordem referente ao justo e ao útil, e ainda aos seus contrários, através da prudência política, detentora do poder coercitivo, isto é, trata-se de um preceito estatuído para ser observado, o qual se deve respeitar, ou, ainda, a lei é uma ordem promulgada através de determinado preceito.

O pensador conceitua “lei” como ciência, doutrina ou julgamento universal acerca do justo e do útil para a cidade. O atributo de universalidade é importante, pois articula-se com a ideia de uma escolha (“todos sabem o que é o bom e o justo”) verdadeira, realizada pelos melhores mediante representação<sup>34</sup>. Uma escolha dessa ordem é capaz de vencer a desordem, e, portanto, o mal que a desordem causa, garantindo que se viva bem “a fim de poder se realizar” (PÁDUA, 1997, p. 81). Conforme Strefling (2010, p. 127), a lei é mandado, e impõe penas e castigos por meio de um preceito coercitivo, o que é o destaque na conceituação de lei. Ele (*ibidem*, 2010, p. 128) também acentua carecer de conteúdo ético à formulação Paduana, pois não só ausente a ligação com a lei divina como também com a lei natural ou racional.

<sup>33</sup> Strefling ressalta o fato de em Marsílio, a cidade carecer tanto da lei divina quanto da humana, ser afirmada a nítida separação entre ambas, mas não ter, a primeira, caráter coercitivo, de modo a não poder a Igreja exercer poder de coerção sobre as pessoas (2010, p. 130).

<sup>34</sup> “O povo é o legislador, no sentido de ser a fonte do poder político. Isso significa que só o conjunto dos cidadãos tem autoridade para impor as leis, ainda que estas sejam elaboradas por um grupo restrito de homens mais habilitados para o desempenho de uma tarefa de tanta responsabilidade, que requer discernimento e prudência” (STREFLING, 2010, p. 134).

Pádua, ao ressaltar o caráter coercitivo, quer em verdade destacar que a lei “obriga” –, e obriga “neste mundo” –, com penas que devem nele ser cumpridas, e estabelecidas pelo legislador humano aos cidadãos e apoiadas na sua autoridade. Ou seja, a lei da cidade é um assunto humano. Nesse sentido, se pode estabelecer uma relação com o pensamento de Arendt, para quem a lei é um artefato, produto do *work*, *criação* humana em um mundo apartado da natureza (QP, 1999, p. 123).

Vinculada à lei, Pádua (1997, p. 119), trata da questão do julgamento, e, assim, da decisão. Para ele, se a lei é necessária para que os julgamentos civis ocorram de acordo com a forma requerida, também é necessário que o governante profira os julgamentos de acordo com o que ela determina, exigindo-se do juiz que tenha atitude correta (desapaixonada) e conheça a matéria, pois

[...] o sentimento conspurcado de um juiz, ou pelo ódio ou pelo amor ou ainda pela avarizia, prejudica sua intenção de agir corretamente. Assim, se o juiz ou governante julgar de conformidade com a lei, seu ato estará preservado de tais injunções. Por este motivo, a lei deve estar isenta de qualquer motivo perverso, pois não é elaborada para favorecer a um amigo ou prejudicar um inimigo, mas para ter uma aplicação universal, quer dizer, a todo cidadão que age bem ou mal [...]. Por isso, todo julgamento, na medida do possível, deve sempre ser determinado e proferido conforme a lei, não se condicionando, pois, ao arbítrio do mesmo (PÁDUA, 1997, p.120).

É interessante ressaltar a crença na justeza e utilidade da lei, e a desconfiança no julgador; Pádua referencia Aristóteles, que sustenta “não proferirmos nossos julgamentos da mesma maneira, quando estamos tristes ou alegres ou quando amamos ou odiamos” (STREFLING, 2010, p. 121). Essa possibilidade de o julgador ser afetado por suas paixões estaria afastada pela observância da lei enquanto portadora de tudo que foi entendido como justo e útil para a cidade. Ele (2010, p. 123) sustenta que “a lei é razão ou conhecimento sem a influência do apetite, isto é, desprovida de qualquer sentimento”. No entanto, a idealidade que aqui se desvela esbarra no pragmatismo com que as decisões são tomadas, e esta compreensão, indispensável ao entendimento da decisão judicial no Brasil, se projetará na *praxis* jurídica moderna. Ocorre que, primeiro, na decisão judicial o juiz decide, um processo que é mental, e depois busca dentre as provas aquelas que corroboram a sua escolha, pois,

[...] um sistema jurídico, à diferença da ciência, não consiste exatamente numa espécie de investigação; é melhor descrito como um conjunto de regras e dispositivos concebidos para resolver disputas e possibilitar às pessoas conviver sob certa ordem. Não que a investigação seja irrelevante para o direito; a razão pela qual é relevante é que não desejamos apenas resoluções, mas resoluções *justas*. E a investigação jurídica opera dentro de uma restrição de tempo que não é relevante para a física, a história, etc.; isso porque, por uma boa razão, o direito busca [...] decisões [...] rápidas, finais e vinculantes – o desiderato da pontualidade impõe restrições de tempo em uma ponta do processo (HAACK, 2015, p. 159).

Isso é um indicativo de um possível “micrototalitarismo” na decisão judicial, pois as formas de conhecer (juízo dedutivo/juízo reflexivo) não são respeitadas, na medida em que as provas deveriam conduzir o juiz, e não a sua escolha/decisão regerem o uso das provas. Isso é importante porque o argumento lógico da decisão judicial pressupõe a escolha da regra geral (premissa maior) e a demonstração da regra especial (premissa menor).

Com relação à decisão judicial, e antecipando o problema que ela se torna na Contemporaneidade, pode-se dizer que Marsílio fixa as bases do “mito da neutralidade do julgador”. Este assume o papel de sujeito portador de uma virtude sobre-humana, capaz de o desvincular do mundo no qual está inserido e no qual sofre o influxo dos afetos. Se a decisão, antes, tinha por finalidade simplesmente a punição, eliminando a possibilidade de vingança, a partir desse tempo (de Marsílio) ela terá outro objeto. Este será a eliminação do mal, transformando a vida das pessoas. A decisão, que não se distingue mais do direito (pois o direito passa a ser a lei vigente, e a decisão, lei vigente/direito para o caso concreto), será considerada a “verdade” capaz de produzir uma sociedade boa, em um mundo que mais tarde será regulado por Constituições, cujos preceitos deverão ser “aplicados”, para possibilitar às pessoas conviver sob certa ordem.

Os materiais jurídicos acima referidos não foram descartados quando o homem, depois de abandonar sucessivamente a contemplação da Natureza e o diálogo com Deus, deslocou para si próprio a possibilidade do conhecimento e conferiu ao “outro” o *status* de “objeto”. Pelo contrário, essas categorias, conceitos, classificações, contribuíram para erigir o Mundo Moderno e a sociedade da massa. Esta se organiza em estruturas hierarquizadas, representadas por microestruturas como o direito, o Estado, as empresas, a religião, a universidade, etc. Cada uma delas conserva a sua própria hierarquia.

### 3 O salto na Modernidade

“A corrente subterrânea da história ocidental veio à luz e usurpou a dignidade de nossa tradição. Essa é a realidade em que vivemos. E é por isso que todos os esforços de escapar do horror do presente, refugiando-se na nostalgia por um passado ainda eventualmente intacto ou no antecipado oblivio de um futuro melhor, são vãos” (OT, 2014, p. 14).

A proposição a ser investigada é a de que a ruptura com a Tradição Ocidental de Pensamento Político ensejou um direito de natureza totalitária, um “micrototalitarismo”. Este é aqui provisoriamente definido como o domínio das relações sociais, realizado pela decisão judicial, inserindo-se como parte no todo que é o Totalitarismo. Ou seja, a partir do arquétipo parte/todo, o micrototalitarismo da decisão pode ser pensado. Arendt não conceituou “Totalitarismo”, havendo apenas a ideia de “domínio total” sobre todos os aspectos da vida, cujo “sintoma principal é a equiparação, e conseqüente confusão, entre o político e o social, fazendo [aquele] desaparecer, sendo suplantado pela importância conferida ao social” (SCHIO, 2012, p. 42).

A Tradição Ocidental de Pensamento Político é o “legado”, para usar a palavra de Arendt, que durante muito tempo transmitiu ao homem ocidental o senso de pertencimento a algo, “a continuidade consciente no tempo, e portanto, humanamente falando, [um] passado [e um] futuro, [e não somente] a sempiterna mudança do mundo e o ciclo biológico das criaturas que nele vivem” (EPF, 2014a, p. 31). Com ela, o passado [mantinha] “o seu poder [de] fundamentar a vida humana, de responder às suas questões, de indicar caminhos, ou seja, de fornecer um ponto de apoio àqueles que precisam agir” (*op. cit.*, p. 22).

No entanto, na Modernidade (séc. VX – XVIII), a ciência alcançou o *status* de autonomia<sup>35</sup> e pretendeu-se capaz de dar todas as respostas para “como viver”, ao

---

<sup>35</sup> Ciência, em um sentido amplo, é “Um conhecimento que inclua, em qualquer forma ou medida, uma garantia da própria validade”. Na formulação clássica, ela obtém a garantia de validade da demonstração, na qual as afirmações feitas estão ligadas de tal forma que nenhuma pode ser alterada, seja para acréscimo ou supressão. Este é o entendimento de Platão, para quem ela diverge da opinião exatamente pela conexão. Também em Aristóteles a ciência é “conhecimento demonstrativo”, pelo qual “se conhece a causa de um objeto, isto é, se conhece porque o objeto não pode ser diferente do que é”, (necessidade). O surgimento da Ciência moderna não suprime o entendimento clássico, que em Kant é sinalado com o termo “sistema”, entendendo como tal “a unidade de conhecimentos múltiplos recolhidos sob uma única ideia”. A partir de Bacon (1561-1626),

considerar suficiente conhecer os fenômenos (e suas relações de causa e efeito), em relação aos quais o pensamento funcionaria apenas como auxiliar (ADEODATO, 1989, pp. 95-96). Como afirma Arendt (C, 2011, p. 358), “o rigor científico não admite nenhuma compreensão que ultrapasse os estreitos limites da pura factualidade [...]”, [e pretende] “[curar] os males da existência e [transformar] a natureza do homem”<sup>36</sup>. Com o tempo, as perguntas e respostas passaram a ser dadas por antecipação, inclusive na decisão judicial, em um esquema que autogarante a sua validade.

A ciência substituiu-se à política, cuja base é a pluralidade dos homens e que trata, portanto, da convivência entre eles (QP, 1999, p. 21), no espaço da aparência, o espaço “entre” as pessoas, mediado pela palavra, como possibilidade de combate à violência. Esta é distinta do poder e “tem início onde termina a fala” (DP, 1993, p. 40). A ciência, substituindo o agir em conjunto, eliminou o “campo [do] pensamento no plural”, do diálogo com os outros com os quais devo chegar a um acordo” (LAFER, 2003, p. 58 e ss.), no que respeita à resolução dos negócios humanos. Estes são àqueles relativos às contradições e conflitos próprios da convivência entre os homens, como por exemplo, a imigração, a nacionalidade, a partilha do poder, a restrição da liberdade de ir e vir e de expressão, as potencialidades do domínio tecnológico da natureza e de pessoas, etc.

O objetivo, então, é o de verificar a relação da ruptura ocorrida na Modernidade com a Tradição de Pensamento Político Ocidental, e em que medida referido rompimento pode ensejar o caráter micrototalitário da decisão judicial, por meio do sistema que é o Poder Judiciário. O triunfo da ciência, o abandono da

---

Newton (1643-1727) e dos Iluministas, forma-se a concepção “descritiva”, cujo fundamento é a diferença estabelecida por Bacon entre “antecipação” e “interpretação” da natureza”; enquanto observação, a ciência raciocinará sobre os fatos constatados, e enquanto experimento, raciocinará sobre os fatos obtidos nas condições fixadas previamente pelo experimento. Por último, a garantia da validade é conferida pela “autocorrigibilidade” da ciência, cujo pressuposto é o “falibilismo”, o reconhecimento de que “nenhuma proposição é em si mesma absolutamente certa” (ABBAGNANO, 1982, pp. 126 – 129). A partir da Filosofia Cartesiana objetiva-se dar resposta às incertezas do ser humano, por meio de um método. Significa dizer que, um conhecimento, para ser seguro/científico, requer um método (conjunto de atos a observar) e um objeto. Segundo Abbagnano (1982, p. 640), o termo tem dois significados essenciais, referindo-se tanto a “toda pesquisa ou orientação de pesquisa”, quanto a “técnica particular de pesquisa” enquanto “procedimento de investigação ordenado, repetível e autocorrigível, que garanta a obtenção de resultados válidos”. A busca da validade fará pressupor a neutralidade quanto a valores: a ciência é neutra porque descreve a realidade factual e porque utiliza o método científico.

<sup>36</sup> Arendt (OT, 2016, p. 479, nota 12) neste trecho cita Eric Voegelin.

política, cujo “sentido é a liberdade” (QP, 1999, p. 40) e a História norteiam a análise porque estes dados têm relação com o possível caráter micrototalitário da decisão judicial no Brasil atual. Pensar o micrototalitarismo na decisão judicial também é pensar o sentido do termo na reflexão arendtiana, conforme o evento totalitário ocorrido no século XX, entendido por Arendt como

domínio [total] dos indivíduos, em todas as esferas da vida, [sendo] possível onde quer que existam massas [ou seja], pessoas que [...] devido ao seu número, ou à sua indiferença, ou a uma mistura de ambos, não se podem integrar numa organização... [pois são] pessoas neutras e politicamente indiferentes” (OT, 2014, pp. 438 - 439).

Os totalitarismos solaparam as bases da vida política ocidental até então conhecidas, centradas na noção de indivíduo. Neles, “o ser humano [passou] a crer em um conjunto de ideias-valores que o [fez] aceitar ser diluído em uma *massa* constitutiva de um novo tipo de Estado” (SCHIO, 2012, p. 12). Todavia, um possível “micrototalitarismo” absorve não os elementos descritos por Arendt em *Origens do Totalitarismo*<sup>37</sup> (1951), mas as características do domínio da vida dos indivíduos por meio da “correção” do passado e a determinação do futuro, a aplicação da logicidade estrita ou da suspensão do ordenamento em havendo conveniência. Além disso, absorve uma “atmosfera” sutil e opressiva, manifesta nas estruturas hierárquicas da sociedade de massa, nas quais nega-se o humano ao homem: o agir. Nesta esteira, o caráter “micrototalitário” da decisão judicial (assim como no Totalitarismo), resulta não de um elemento determinado, mas de vários precedentes históricos, sendo possível constatar uma tendência, e não “determinismo”. Para Arendt, os precedentes históricos “tornam-se origem do evento quando e subitamente cristalizam-se em formas fixas” (Arendt, *Apud* Duarte, 2000, p. 37).

Arendt chama a atenção para o fato grego da liberdade e da igualdade. Constituem, junto com a pluralidade, a singularidade e a natalidade, a condição

---

<sup>37</sup> Nos dois primeiros capítulos, Arendt explica como o antissemitismo e o imperialismo se constituíram em elementos catalizadores dos eventos totalitários, materializados no nazismo e no stalinismo. No terceiro capítulo Arendt realiza a análise, sobretudo descritiva, da organização e do funcionamento dos totalitarismos, que se ancoram na noção de superfluidade dos homens, “na crença fundamental [...] de que tudo é possível” (OT, 2014, p. 581) e nos processos de destruição do ser humano, pois “o terror é a essência do governo totalitário” (C, 2011a, p. 361), bem como o seu “princípio de logicidade” (C, 2011a, p. 375). Resta a advertência de que o evento totalitário é possível tanto no capitalismo como no socialismo.

humana da “ação” (EPF, 2014a, p. 188 e ss.; CH, 2016, pp. 9 e s.). A autora retomou a distinção grega entre dois modos de vida<sup>38</sup>, uma vida ativa e uma vida contemplativa (pensar, querer e julgar), admitindo-a como válida. Com a primeira, ela indica “três atividades humanas fundamentais”: *Labor, Work e Action*.

Mas porque cada homem é único, é por meio da ação exercida no espaço público “que se manifesta o fenômeno da liberdade, uma vez que nem é condicionada pelo metabolismo com os processos naturais, nem tampouco para “fins” a serem atingidos (pois é imprevisível e não admite finalidade pré-fixadas): toda ação é *livre e única*” (ADEODATO, 1989, p. 121, grifos do autor). Na vida contemplativa, que também conforma a condição humana, estão o pensar, o querer e o julgar, atividades próprias do espírito. Exigem deste uma retirada do mundo das aparências, para que haja o pensamento, a vontade e o juízo (*ibidem*, p. 133). No entanto, o pensamento, que produz a compreensão, poderá, no direito, subordinar-se aos pressupostos do ordenamento jurídico (unidade, coerência e completude), limitando-se a raciocínio, por exemplo, ou traduzir o arbítrio do julgador, como se verá.

A liberdade, para Arendt, é “o sentido da política” (DP, 1993, p. 117) enquanto manifestação da dignidade do ser humano. Na Antiguidade Grega, revelava-se como a condição daquele que, não estando condicionado pela necessidade de conservar a vida, podia se afastar de casa e, se encontrar com outras pessoas em palavras e ações, ou seja, em igualdade, no espaço da palavra e da ação. Ao mesmo tempo, a autoridade<sup>39</sup> era pensada em uma “relação ordem-violência” (SR, 2011, p. 140), havendo apenas instrumentos para a solução de conflitos entre hierarquias. No entanto, o Poder Judiciário, enquanto Poder do Estado, é uma

---

<sup>38</sup> Ao retomar algumas categorias, Arendt o faz para recuperar a importância da dignidade humana (da política, portanto), descrevendo seu método filosófico como “análise conceitual”, em que busca a origem histórica dos conceitos, demarcando como e quanto os conceitos sofreram modificações ao longo do tempo (FRAY, 2010, pp. 64 – 65)

<sup>39</sup> Arendt (EPF, 2014a, p. 127 e ss.) começa o texto “Que é autoridade?” afirmando a possibilidade de ser mais prudente perguntar sobre o que ela teria sido, na medida em que “somos tentados e autorizados a levantar essa questão por ter a autoridade desaparecido do mundo moderno.” A autora considera que o desenvolvimento de formas totalitárias de governo “tiveram lugar contra o pano de fundo de uma quebra mais ou menos geral e mais ou menos dramática de todas as autoridades tradicionais”; por outro lado, afirma que a autoridade, embora exija obediência, não se confunde com o poder ou violência, sendo “aquilo que faz com que as pessoas obedeçam, ” desde que haja “dois partidos concordes quanto” a este ponto, e ainda que seja incompatível com a persuasão.



estrutura hierarquizada cuja atuação também “representa a destruição do político” (CH, 2016, p. XV), ao garantir, na sua esfera de atuação, o predomínio primordial dos interesses da economia numa lógica de meios e fins, conformando comportamentos. A conformação do comportamento é garantida pela decisão judicial, e a liberdade, que passa a ser relacional à lei, é exercida nos limites estritos das permissões legais.

Refletir sobre o possível micrototalitarismo da decisão judicial exige a abertura de uma janela de compreensão sobre o modo como se estruturou a sociedade moderna (mais precisamente a partir do Séc. XVIII). Aquele resultará da aglutinação dos eventos cristalizados na Modernidade. Referidos eventos constituem a origem e as condições de ascenso de uma sociedade de massa, na qual não existe mais ação enquanto parte da *vita activa*, mas comportamentos (CH, 2016, p. 50), que se orientam a partir da economia e são disciplinados pela atividade (decisão) judicial, enquanto “função”, ou seja, “a correspondência entre o [Estado enquanto Poder Judiciário], e as necessidades de um organismo social” (ABBAGNANO, 1982, p. 451).<sup>40</sup>

Assim, para compreender, pode-se indicar o entrelaçamento existente entre Medieval e Modernidade; a importância do contratualismo<sup>41</sup> (Hobbes, Locke e Rousseau) como explicação para a organização do Estado Moderno e a adoção de

---

<sup>40</sup> O termo também tem o significado de a) operação, enquanto própria de um algo (Platão e Aristóteles), ou de conceito (em Kant), ou como atividade da consciência, ou ainda aquela por meio da qual parte ou processo de um organismo contribui para a manutenção do todo; b) relação, de cunho matemático (*ibidem*, p. 451).

<sup>41</sup> Conforme Abbagnano (1982, p. 190 - 191), compreende-se como tal a doutrina que fundamenta a existência do Estado em uma convenção (contrato) firmada entre os partícipes de uma comunidade civil. Aristóteles atribuiu a Licofron o entendimento de que a “a lei é uma pura convenção” e uma “garantia de direitos mútuos”. Retomada por Epicuro, para quem o contrato tem como objetivo facilitar as relações humanas, a ela se sobrepôs, no Medieval, a doutrina da origem divina. O contratualismo ressurgiu na Modernidade, a partir de 1579 (publicação de “*As vindiciae contra tyrannos*”), como justificativa para a rebelião popular quando o rei descure de suas obrigações. Também é compreendido como necessária limitação ao poder político. Mesmo Hobbes fundamenta a soberania absoluta no contrato, mas em decorrência do qual o justo está vinculado à decisão do soberano, a quem se deve obediência. Bobbio (1969, p. 29) informa que na Inglaterra a monarquia nunca fora absoluta, e “a reação contra a tendência para o absolutismo dos Stuarts foi mais forte do que em outro lugar. Certamente a dissidência política foi alimentada pela dissidência religiosa, uma vez que o absolutismo político tendia a valer-se, para os próprios fins, da igreja de Estado (anglicanismo). Assim, contra a monarquia encontraram-se alinhadas, ainda que em luta entre eles, os movimentos religiosos contra o anglicanismo, seja os presbiterianos, seja a ala extrema do não-conformismo religioso, os puritanos, ambos de luta política, favorecendo a dissolução do absolutismo estatal e a afirmação da liberdade e de pensamento, fundamento do Estado liberal clássico”.

um modelo tripartite de separação dos poderes (Montesquieu); as revoluções científica e industrial; e o conseqüente surgimento da sociedade moderna, denominada por Arendt de a “boa sociedade” no Séc. XVIII, e de sociedade de massa, no Séc. XX.

### 3. 1 Do entrelaçamento entre o Medieval e a Modernidade

O final do Medieval se confunde com o advento da Modernidade (séc. XV – XIX). Ainda que seja constatável a ausência de solução de continuidade, a Modernidade tem uma identidade própria a partir de fatos, como a descoberta do Novo Mundo (1492), a Reforma Protestante (1517) e a Revolução Científica (Séc. XVI – XVIII). Eles, segundo Arendt (CH, 2016, p. 307), “embora não possam ser explicados por cadeia alguma de causalidade, como nenhum evento pode sê-lo, [desenrolam-se] em uma incólume continuidade na qual existem precedentes e os predecessores podem ser nomeados”. Ou seja, um evento não exaure o seu conteúdo, mas confere uma peculiar característica à forma de pensar e de agir,

sinaliza a sua irrupção e interrupção do curso do tempo com a força de coagulação e cristalização (de atualização) da série desordenada de eventos, mas também sua imprevisibilidade e irreducibilidade a causas. [...] não é um “anel” em uma cadeia de causas ou condições, mas [...] a suposição de evidência de um fato que sanciona sua singularidade e total irreducibilidade ao que o precedeu (BOELLA, 1995, p. 107-108)<sup>42</sup> (tradução nossa).

Neste contexto, não houve ruptura: a hierarquia<sup>43</sup>, generalizada desde a ascensão da esfera privada sobre a esfera pública, continuou sendo o significado

---

<sup>42</sup> “segnala il suo irrompere e interrompere il decorso del tempo con la forza di coagulo e di cristallizzazione (di attualizzazione) dela serie disordinata di avvenimenti, ma anche la sua imprevidibilità e irreducibilità a cause. [...] non è un “anelo” in una catena di cause o condizioni, ma [...] l’assunzione di evidenza da parte di un fato che ne sancisce l’unicità e totale irreducibilità a ciò che lo ha preceduto” (BOELLA, 1995, p. 107-108).

<sup>43</sup> Conforme Abbagnano (p. 474), a palavra designava, inicialmente, “a ordem das coisas sagradas, isto é, dos entes e valores supremos”; modernamente, refere-se a todo ordenamento, “de valores ou

organizacional deste tempo, especialmente na economia. Dito de outro modo, a economia, na Antiguidade grega, pertencia à esfera privada. Ou seja, a necessidade era pré-política, e o posterior surgimento da *polis* tornou ambos os domínios presentes ao mesmo tempo. A presença em comum dos dois âmbitos foi suprimida na Modernidade. Arendt identificou, a partir da Modernidade, a projeção da estrutura (hierarquia) e da função (satisfação das necessidades) da esfera privada para o que se qualificou como sociedade, a forma na qual o fato da dependência mútua em prol da vida, e de nada mais, adquire importância pública, e na qual se permite que as atividades relacionadas com a mera sobrevivência apareçam em público (CH, 2016, p. 57).

Em outros termos, o aparecimento da sociedade coincide com o encobrimento da esfera pública e da política enquanto aspectos essenciais da vida humana. Nessa estrutura, denominada sociedade, não há espaço para a ação, pois nela, a esfera pública tornou-se “uma função da esfera privada, e a esfera privada [tornou-se], a única preocupação comum que restou” (CH, 2016, p. 85). O “inédito”, por outro lado, é o surgimento originário do homem moderno. Diz-se assim porque

o homem moderno começou a despertar para o fato de ter chegado a viver em um mundo no qual sua mentalidade e sua tradição de pensamento não eram sequer capazes de formular questões adequadas e significativas e, menos ainda, dar respostas às suas perplexidades (EPF, 2014a, p. 35).

O homem medieval também se considerava um homem do seu tempo, isto é, moderno<sup>44</sup>, atual. A inteligibilidade da sucessão de períodos históricos deve levar em

---

de autoridade”. A existência de hierarquia era verificada na sociedade romana. Este “modo” estruturante manteve-se no Medievo, mediante o uso do Direito Romano para estruturar efetivar o poder temporal da Igreja. Também se pode verificar, por exemplo, em Dante Alighieri, no “Da Monarquia”. Ao tratar da paz universal como condição da felicidade (finalidade), deixa implícito que a reprodução da hierarquizada ordem celestial no plano da vida humana é necessária. Assim, do homem individualmente considerado ao reino, cada parte da humanidade implica um princípio regulador e diretivo – chefe –, e seres ordenados e dirigidos. Ele afirma que a ordem das partes é superior a ordem do todo (conjunto qualquer de partes, independente de sua ordem e disposição), porque aquela é o fim da ordem do todo. Afirma Dante que se a forma da ordem do todo se encontra nas parcelas da humanidade acima referidas, com maior razão se encontra na totalidade do gênero humano, pluralidade hierarquizada, a ser ordenada para um fim único (DANTE, 1973, pp. 194 e s.).

<sup>44</sup> Em sua etimologia, “moderno parece ser o advérbio latino “modo”, que significa “agora mesmo”, “neste instante”, “no momento”, portanto designando o que nos é “contemporâneo”, e este é o sentido que “moderno” capta, opondo-se ao que é anterior, e traçando, por assim dizer, uma linha divisória entre os dois períodos” (MARCONDES, 2008, p.142). No mesmo sentido, como “de modo = agora” (ABBAGNANO, 1982, p. 649).

consideração este aspecto. Ou seja, o Medievo foi denominado pela Modernidade,<sup>45</sup> na qual pode ser observada, por exemplo, a consolidação da economia baseada na "legitimidade" da propriedade privada dos bens e dos meios de produção, e na "liberdade" da circulação de mercadoria com a finalidade de lucro. SCHIO (2012, pp. 34 - 35) salienta que a sociedade moderna tem por valor principal o igualitarismo entre os seres humanos, e que esse presume o individualismo, no qual cada um reencarna a humanidade, e sendo um igual ao outro, cada um é livre. Esta é uma forma de compreender que se opõe ao holismo (rede), que valoriza a ordem necessária para a existência de uma comunidade. Os termos chaves em oposição são sociedade e comunidade, e assim é que "O termo 'comunidade' foi preterido ao de sociedade [...], pois a primeira é concebida como viva, orgânica e real, enquanto a sociedade é um agregado mecânico e artificial". A comunidade, em rede, não era compatível com a forma organizacional "igualitária" da sociedade, e por isso, com o processo de acumulação de riqueza que será desencadeado. A passagem, porém, não ocorrerá de maneira linear e uniforme.<sup>46</sup>

Em verdade, é possível perceber as origens da Modernidade na Baixa Idade Média (Séc. XIII – XV). A partir do final do século XI ocorreu o gradual abandono da estrutura feudal e agrária da Alta Idade Média (séc. V – IX), com o aparecimento das cidades. Tão importante quanto o aparecimento da cidade é o seu habitante: o cidadão. Um conjunto de elementos econômicos, religiosos, jurídicos, políticos etc. passam a compor a totalidade das relações sociais. Surgiu o mercado, e este precisou de novos mecanismos jurídicos (meios) para as suas finalidades.

A mensagem da Modernidade, reduzida ao essencial na forma e no conteúdo, são a certeza e a segurança, e para isso "o homem depositou sua confiança no engenho das próprias mãos", pois "[para] ter certeza, tinha de *assegurar-se* e, para conhecer, tinha de *agir*" (CH, 2016, pp. 359 – 360, grifos da autora). O direito,

---

<sup>45</sup> Le Goff (2014, p. 26 -27) informa que a expressão "Idade Média" foi usada primeiramente por Petrarca; depois, em 1469, foi utilizada por Giovanni Andrea (1417 – 1475), "com valor de periodização histórica", e em 1688, o historiador alemão Christoph Cellarius, em sua "História Universal", definiu a "primeira Idade Média" como o período entre o imperador Constantino e a queda de Constantinopla (1453).

<sup>46</sup> É possível mesmo afirmar não ter o feudalismo um "atestado de óbito, pois sua extinção não se processou simultânea e completamente em todos os países e alguns de seus aspectos persistiram durante séculos em plena História Moderna" (GIORDANI, 2003, p. 425).

juntamente com a política<sup>47</sup> e o Estado<sup>48</sup>, entendido como a organização jurídica coercitiva de uma dada comunidade, reduzirá a termo (fará constar em textos, na regra) essa mensagem, de forma prescritiva; um sistema com conteúdo de dever-ser a envolver a ação humana, capaz de transformá-la em atividade, comportamento. Será, em síntese, o ponto ineludível de partida: o direito como decisão e instrumento de poder, pois se constrói, enquanto sistema, para forjar a adesão do homem.

Outro fator importante foi a descoberta do Novo Mundo. Com a “descoberta” das Américas (séc. XV e XVI), ocorreu o fortalecimento das Monarquias Nacionais, especialmente as da França e da Inglaterra<sup>49</sup>. A Descoberta do Novo Mundo levou ao “apequenamento do globo, [no qual] cada homem é [...] tanto habitante da Terra como habitante de seu país, [mas] ao preço de se colocar uma distância decisiva entre o homem e a Terra, de aliená-lo do seu ambiente terrestre imediato” (CH, 2016, pp. 309 e 311). Este fato (a alienação) tem importância porque é possível pensar no desenraizamento do homem, assinalando a necessidade de compreender “sob quais condições o mundo comum pode ser constituído e preservado, ou destruído e eliminado enquanto abrigo e assunto dos interesses humanos” (ALVES NETO, 2009, p. 11). Por outro lado, e diante desse quadro, parte do “novo” geográfico viria a se constituir em objeto dos movimentos do Imperialismo (séc. XIX), o “primeiro estágio do domínio político da burguesia” (OT, 2014, p. 206).

No entanto, há outro aspecto a considerar, quanto às consequências desse evento, pois vivia-se a situação do próprio humanismo renascentista, que promoveu um deliberado deslocamento em direção à “dignidade do homem”<sup>50</sup>, sugerindo, com

---

<sup>47</sup> O emprego do termo, aqui, coloca em evidência a perda do sentido a ele atribuído na Antiguidade Clássica, de “convivência entre os diferentes” (QP, 1999, p. 21) para resolver problemas comuns, e na qual se identificava com a própria *pólis*, enquanto espaço entre pessoas que agem e falam em conjunto (CH, 2016, p. 246).

<sup>48</sup> Conforme Abbagnano (1983, p. 345), três são as acepções fundamentais para o termo “Estado”. A organicista, segundo a qual ele é anterior aos indivíduos, existindo por natureza, a atomista/contratualista, pela qual ele é uma criação humana, sendo a unidade de uma convenção. Estas duas formulações se ligam a uma formulação hoje dita pelos juristas “sociológica”, que considera o Estado em sua realidade social, como uma comunidade. Por último a concepção que entende ser ele uma comunidade constituída pela ordenação coercitiva que é o direito.

<sup>49</sup> Giordani, 2003, pp. 425-426.

<sup>50</sup> Segundo Marcondes (2008, p. 144), o humanismo, ao adotar o lema de Protágoras, de que “o homem é a medida de todas as coisas”, rompeu com a visão teocêntrica do Medieval e valorizou o homem em si, pois dotado de dignidade natural.

isso, uma suposta universalidade da natureza humana. Mas seriam os povos do Novo Mundo o mesmo ou o outro? Essa interrogação põe em dúvida a autoridade do universalismo da natureza humana. O “Novo Mundo” não se encaixava no metro do homem europeu, branco e cristão, e, sob essa perspectiva, o contraste cultural excluía os povos da América do grupo dos civilizados. Na origem da rejeição a estes povos, está a constatação de que aos europeus interessava a apropriação das novas terras.

No evento da Reforma Protestante (séc. XVI), dois são os aspectos que precisam ser ressaltados. O primeiro é a “regra da fé”, aspecto conjuntural importante na dinâmica religiosa, ao advogar o acesso a Deus à revelia da intermediação institucional, fosse da Igreja, de doutrinas ou de teólogos.<sup>51</sup> Ao mesmo tempo, liberou o indivíduo da culpa em relação ao lucro e à acumulação, e com isso, o individualismo, que dela teria se originado, “foi [chancelado] como valor pessoal a ser atingido por cada um a partir do trabalho, enfim, do esforço próprio” (SCHIO, 2012, p. 37). Em relação ao direito, a “regra de fé” traduzir-se-á em uma exigência de “crença” quanto aos juízos (proposições) jurídicos (FERRAZ JUNIOR, 1993, p. 320).

O segundo aspecto foi o da desapropriação das “propriedades eclesiásticas e monásticas, [desencadeando] o duplo processo de expropriação individual e acúmulo de riqueza social” (CH, 2016, p. 307), caracterizando uma espécie de alienação dentro do mundo<sup>52</sup>, “intramundo”. Esta alienação se manifestou em um primeiro estágio na própria expropriação referida, por meio do qual os pobres perderam seu lugar físico e familiar, onde até então foram abrigados o *labor* e o *work* que atendiam as necessidades do processo vital (CH, 2016, p. 315).

A expropriação foi a forma de se relacionar com a riqueza, o “mecanismo dinâmico produtor de mais propriedade” (OT, 2014, p. 215). Ela passou a ser uma questão articulada mais tarde no pensamento dos contratualistas, especialmente em

---

<sup>51</sup> “Representa na verdade a defesa do individualismo contra a autoridade externa, contra o saber adquirido, contra as instituições tradicionais” (MARCONDES, 2008, p. 152).

<sup>52</sup> Arendt refere-se ao fenômeno denominado por Max Weber de “ascetismo intramundano”, enquanto origem da “nova mentalidade capitalista”, que está ligada “ao aumento do poder do homem sobre as coisas [pois] resulta [...] da distância que ele colocar entre ele mesmo e o mundo, ou seja, da alienação do mundo (CH, 2016, pp. 311 – 312, nota 2).

Thomas Hobbes (1588 – 1679) e John Locke (1632 - 1704). E como produtora de mais propriedade, atravessou os séculos, mantendo-se hoje.

Para efeitos do direito, a Reforma pode ser considerada uma mudança expressiva, e o significado dessa alteração é observável a partir da ideia de justiça, domiciliada agora na consciência do indivíduo. Mais tarde, com a Revolução Americana (1775 – 1783) e a Revolução Francesa (1789 – 1799), a noção de justiça passou a ser associada a outros elementos: a opinião pública, a razão e os direitos do homem. Ao mesmo tempo, a ordem teria sua estrutura definida pelo contrato social, entendido como o ato por meio do qual cada partícipe “renuncia à sua força e ao seu poder isolado para constituir um governo [...], e, longe de se vincular e se obrigar por promessas, [...] expressa seu “consentimento” em ser governado [...] (SR, 2011, p. 222).<sup>53</sup>

Há um elemento comum nesses movimentos: a valorização do indivíduo. Esse aspecto também vai ser confirmado pela Revolução Científica. Desenvolveu-se, a partir dela, um conjunto de atos, processos, modelos de investigação da natureza e de subordinar essa aos interesses do homem.<sup>54</sup> “O grande ponto de ruptura consiste precisamente na questão da subjetividade, que só emerge na Modernidade com a filosofia cartesiana da consciência” (OLIVEIRA, 1999, p. 52). O indivíduo moderno, conforme Arendt, é incapaz de sentir-se à vontade na sociedade ou fora dela, é conflituoso, mantém estados de espírito mutantes, e uma vida emocional radicalmente subjetiva (CH, 2016, p. 48). Dito de outro modo, um indivíduo cuja certeza última é a da própria existência, capaz de confirmar

---

<sup>53</sup> Arendt (SR, 2011, p. 221 – 223), observa que até o séc. XVII, havia uma distinção teórica entre duas modalidades de “contrato social”. O primeiro, denominado “contrato mútuo”, pressupunha igualdade, baseava-se na reciprocidade, tinha por conteúdo uma promessa, e resultava de fato em uma aliança capaz de reunir a força isolada dos aliados; estes perdiam, em função da reciprocidade, o isolamento inicial. A constituição do poder mediante promessa continha, de modo reduzido, tanto o princípio republicano (o poder reside no povo), quanto o princípio federativo (as alianças duráveis realizadas entre diferentes corpos políticos, não implica perda de identidade desses). Por outro lado, o contrato social formulado entre povo e governante, origem do governo legítimo, é um ato ficcional, em que os partícipes renunciam à própria força e poder, expressando o seu consentimento; no caso, há monopolização do poder pelo governo e submissão dos governados, cujo isolamento é protegido e garantido.

<sup>54</sup> Conforme Schio (2008, p. 41), na Modernidade ocorreu a supervalorização do cientificismo, na busca por compreensão e explicações acerca do entorno; o homem tem a pretensão de “controlar a si, aos processos naturais, a própria natureza”, ao mesmo tempo em que a “ausência de demarcação dos limites do conhecimento [levou] a um excesso de confiança nas construções racionais humanas, sem apontar para os problemas que isso possa ocasionar.”

sensações e raciocínios, mas não necessariamente capaz de garantir um “espaço-entre” (*ibidem*, 2016, p. 227), uma realidade mundana (*ibidem*, 2016, p. 348), na pluralidade. Arendt afirma o problema que é a distinção entre o cidadão na vida pública, juntamente com os demais, e o indivíduo, que na vida privada é diferente de todos os outros (C, 2011, p. 352).

Por essas razões, o tempo que se sucedeu vai ser denominado de Moderno. Assim, é possível atribuir-se aos movimentos constituintes da Modernidade e até mesmo à própria Modernidade, uma espécie de fonte direta formadora do modo de pensar e de agir do indivíduo no seu meio, que se conserva intacto. O destaque que o Estado alcança a partir desse período é sintomático quanto às insuficiências das formas medievais, como a Igreja e a pluralidade de reinos. O surgimento do Estado nacional explicita a dimensão dessa natureza receptiva (da hierarquia social) na Modernidade, e por extensão, no direito.

### **3. 2 O Estado Moderno como garantidor da riqueza**

Arendt chama a atenção para o fato de que foi Thomas Hobbes (1588 – 1679) o pensador que, mesmo não derivando o bem público a partir de interesses privados, terminou por engendrar o sistema “cuja base e objetivo final é o acúmulo de poder” (OT, 2016, p. 207). Ou seja, dentro do sistema, são identificados como uma mesma coisa, tornando possível a dispensa de qualquer referência externa (id, 2016, p. 209-210), que limite a voracidade no processo de acumulação.

Neste quadro, a análise registra, em um primeiro momento, a organização social do Estado substituto da organização feudal. Em Hobbes, os indivíduos, iguais na capacidade de desejar o poder e por ele matar, sentem a mesma insegurança e o mesmo medo. Para Hobbes, os homens não obtêm prazer algum na companhia uns dos outros, e em sua natureza se fazem presentes a competição, a desconfiança e a glória, como causadoras da discórdia. Sem um poder comum, vivem em um estado de guerra (estado de natureza) de todos contra todos (HOBBS, 1979, p. 75). Para



sair deste estado, cuja causa são as paixões naturais, conservar a vida e obter segurança, estabelecem o Estado.

Este é instituído quando, voluntariamente, por meio de um pacto, os partícipes (cada um com cada um dos outros) concordam que todos, sem exceção, tenham ou não votado a favor do homem ou da assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de os representar, deverão autorizar todos os atos e decisões desse representante, como se fossem seus (HOBBS, 1979, p. 107). Entre os direitos do poder soberano, destaca-se o de prescrever as leis civis sob as quais cada qual pode saber de que bens pode gozar, com o que a propriedade é entendida como um ato do poder soberano estatal, tendo em vista a paz pública (*ibidem*, p. 110). Segundo Hobbes, o poder irrestrito do soberano reprimiria as paixões humanas que ameaçam a vida, e por isso, a essência do Estado é definida como

Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum” (HOBBS, 1979, p. 106)

Por outro lado, um tal sistema é absoluto,<sup>55</sup> porque nele o soberano não se vincula às leis reguladoras das condutas dos súditos (BOBBIO, 1991, p. 159). O sistema é juridicamente estruturado mediante a unificação de todas as fontes de direito na lei, enquanto vontade do rei, e de todos os ordenamentos jurídicos (a característica do Medievo, neste aspecto era a pluralidade daqueles) em um ordenamento estatal (BOBBIO, 1969, p. 12).<sup>56</sup> Mas no estado hobbesiano, o homem (o homem burguês) não transferiu ao soberano<sup>57</sup> todo e qualquer direito, pois

---

<sup>55</sup> Segundo Bobbio (1991, p.159), o Estado hobbesiano tem também como característica ser independente, o que respeita às relações entre soberanos. Por outro lado, o processo de centralização do poder político na pessoa do soberano não ocorreu ao mesmo tempo e nas mesmas condições, em todo o território europeu. Destacam-se Portugal (no séc. XIII), França (após a Guerra dos Cem Anos 1337 - 1453), e Inglaterra, após a Guerra das Duas Rosas (1455 – 1485); (GIORDANI, 2003, pp. 14 – 65; 187 e ss).

<sup>56</sup>Afirma Bobbio (1969, pp. 12 – 13, grifos do autor), que “a monarquia absoluta é a *forma de Estado em que não se reconhece mais outro ordenamento jurídico que não seja o estatal, e outra fonte jurídica do ordenamento estatal que não seja a lei [...]* sendo absoluto porque tornou-se [...] o único capaz de produzir o direito, isto é, de produzir normas vinculatórias para os membros da sociedade

Esse corpo político foi concebido para o uso da nova sociedade burguesa que emergia no século XVII, e esse quadro do homem é um esboço do novo tipo de Homem [burguês] que se adequava a ele. O *Commonwealth* é baseado na delegação da força, e não do direito. Adquire o monopólio de matar e dá em troca uma garantia condicional contra o risco de ser morto” (OT, 2014, p. 210).

Arendt localiza nas formulações hobbesianas as bases teóricas do Estado e do direito garantidor do processo de acumulação de riqueza, transformada em capital. John Locke (1632 – 1704), em outros termos, objeta o absolutismo caro a Hobbes. Na análise da constituição do Estado, Locke também afirma como ponto de partida a existência de um “estado natural”, em que cada indivíduo é “juiz em causa própria”. Neste “estado de guerra”, o estado civil é constituído para preservar a vida e a liberdade, mas também a propriedade, reconhecida como direito natural. Ela é anterior ao Estado, pois surge do trabalho do homem, e cabe àquele garanti-la<sup>58</sup>.

Em ambos, o ponto de partida é a admissão de um estado “pré-político, chamado estado de natureza” (SR, 2011, p. 45), do qual é necessário sair; é a condição do homem “fora” da sociedade civil, que, em seu sentido original e contraposto àquele, é “sinônimo de ‘sociedade política’ [...] e, portanto, de ‘Estado’”.<sup>59</sup> A saída tem como característica essencial a formulação do contrato

---

sobre a qual impera [não podendo] conhecer *limites jurídicos* para o próprio poder”. Para Bobbio, em Thomas Hobbes encontra-se a “melhor e mais coerente expressão do Estado absoluto”, pois entendia que a única fonte do direito era a vontade do soberano.

<sup>57</sup> Schio (2017, p. 182) adverte não ter o soberano participado do pacto, não possuindo, portanto, deveres de cidadão, com o que estaria autorizado a se conduzir como julgasse conveniente.

<sup>58</sup> Locke afirma o governo constitucional, em que a soberania deriva do consentimento, ao mesmo tempo em que limita a autoridade, e torna possível a existência: “E isto se consegue concordando simplesmente em unir-se em uma sociedade política, no que consiste todo pacto que existe ou deve existir entre os indivíduos que entram em uma comunidade ou a constituem” (LOCKE, 1978, p. 72). “A passagem do estado de natureza para o estado civil não admite a eliminação do estado de natureza, mas a sua conservação, mediante a organização da coação” (LOCKE, *apud* BOBBIO, 1992, p. 120).

<sup>59</sup> Conforme Bobbio *et al* (1995a, vol. 2, p. 1206 e s), de Hobbes a Kant, ainda que variem os modelos jusnaturalísticos de modelo do Estado, todos mantêm a oposição fundamental. Ele indica também à variação segundo a qual, e para provar a realidade histórica do estado de natureza, Locke aceita a informação sobre lugares sem governo, e homens vivendo em bandos; neste contexto, a expressão “sociedade civil” é entendida também como “sociedade civilizada”, e o Estado uma associação de proprietários. Bobbio chama ainda a atenção para o fato de que em Rousseau não há sobreposição de significados (civil como igual a político e civilizado). Em Rousseau, a sociedade civil é a sociedade civilizada, “mas não necessariamente política, que surgirá do contrato social. Em Marx, a expressão passou a ter o significado de “sociedade burguesa”(derivada da forma alemã para “civil”), sendo “o espaço onde têm lugar as relações econômicas, ou seja, as relações que caracterizam a

social. Por meio deste, os homens se juntam para a criação de um corpo político comum, um ser coletivo, o poder civil<sup>60</sup>. Arendt (SR, 2011, p. 223) atualiza a reflexão, afirmando que, no entanto,

o contrato social que exige a renúncia do poder ao governo e o consentimento a seu exercício do mando contém *in nuce* tanto o princípio do governo absoluto, um monopólio absoluto do poder para “intimidar todos” (Hobbes), quanto o princípio nacional, segundo o qual deve existir um só representante da nação como um todo e onde se entende o governo como encarnação da vontade de todos que a integram.

Por outro lado, em Jean-Jacques Rousseau (1712 – 1778) encontra-se a defesa da convenção como forma de vencer a força e como base da autoridade legítima. A convenção torna iguais no direito o que a natureza assinala como desigualdade, torna soberano o poder dirigido pela vontade da maioria, e pela legislação garante a liberdade e a igualdade na lei (ROUSSEAU, 1978, pp. 22 – 57). Para Arendt, o conceito de soberania é negativo, pois

o ideal de um livre arbítrio, independente dos outros e eventualmente prevalecendo sobre eles, o que é antitético com a liberdade” [...] [pois], onde os homens aspiram a ser soberanos, como indivíduos, ou como grupos organizados, devem se submeter à opressão da vontade, seja esta a vontade individual com a qual obrigo a mim mesmo, seja a “vontade geral” de um grupo organizado. Se os homens desejam ser livres, é precisamente à soberania que devem renunciar (EPF, 2014, p. 211 -213).

---

estrutura de cada sociedade ou ‘a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política’[...]; dito de outro modo, em Marx, a expressão sociedade civil tem a mesma significação de sociedade natural, enquanto “sociedade das relações econômicas ou naturais entre os indivíduos, de cuja insuficiência nascia a necessidade de evoluir para uma fase superior de agregação (de civilização) que seria a sociedade política ou Estado.” Para Abbagnano (1982, p. 879 e s.), existem três acepções para o termo: “sociedade civil”: campo das relações entre os indivíduos, a própria totalidade de indivíduos envolvidos nas referidas relações, ou ainda o grupo em que as relações ocorrem condicionalmente (ex., sociedade comercial)”.

<sup>60</sup> Admitindo a existência de indivíduos deixados à margem, Hobbes isenta – “os fracassados, os infelizes, os criminosos - de qualquer obrigação em relação ao Estado e à sociedade, se o Estado não cuida deles. Podem dar rédea solta ao seu desejo de poder, e são até aconselhados a tirar vantagem de sua capacidade elementar de matar, restaurando assim aquela igualdade natural que a sociedade esconde apenas por uma questão de conveniência” (OT, 2014, p. 211). No Brasil, o Estado tem obrigações em relação aos indivíduos, derivadas tão somente da nacionalidade, independentemente da titulação de propriedade. Nesse sentido, o art. 5º, *caput*, e art. 12, da Constituição Federal (N. A.).

Ainda que sejam “ficções teóricas”<sup>61</sup>, o fato é que nas ideias de Locke, juntamente com as de Rousseau e Montesquieu (Charles-Louis de Secondat, 1689 – 1755) – a tripartição do poder - radicam as bases teóricas da Revolução Francesa (1789 – 1799). A partir desta, que produziu de modo incessante leis sem permanência,

vê-se desenhar no horizonte a sombra de um movimento em autopropulsão irresistível e que não obedece mais às estruturas e às finalidades concretas e determinadas” [...] [e com] o desenvolvimento de uma estrutura estatal particular e fundada nas leis positivas, é o poder nu que doravante [será] o motor e o conteúdo do Estado (VETÖ, 1989, p. 89).

Ao mesmo tempo, ocorreu a afirmação da razão, da necessidade de refrear o poder de mando, por meio do *slogan* “*Liberté, Egalité, Fraternité*” (para os comerciantes)<sup>62</sup>. Surgida ainda no séc. XVII, esta camada apropriou-se do deslocamento produzido pelo cartesianismo na relação sujeito-objeto-dúvida, para “obter justificação, aceitação, um “lugar” na organização social que se formava” (SCHIO, 2008, p. 23) e, pode-se dizer, reconhecimento e autorização para acumular riqueza dentro do território do Estado.

Na configuração do Estado moderno liberal, o problema fundamental, (não superado até hoje) centra-se nas questões do limite ao poder e da garantia de direitos. É o chamado Estado constitucional<sup>63</sup>, em que diferentes funções estão repartidas entre “os poderes legislativo, executivo e judiciário [que deveriam ser] independentes um do outro e em posição tal que [poderiam] controlar-se reciprocamente” (BOBBIO, 1992, p. 16). Por meio do Poder Judiciário, o Estado realiza a função de “administrar a justiça”, “dando a cada um o que é seu”. Para isso, é mantida a unificação das fontes de direito na lei (em seu sentido *lato*), e em um

<sup>61</sup> A expressão é de Arendt: SR, 2011, p. 222.

<sup>62</sup> Conforme Schio (2008, p. 24), “ligados ao comércio, à indústria e ao capital financeiro, [...]”, um grupo “que não pertencia à aristocracia, nem ao clero, e se distinguia do povo”.

<sup>63</sup> Trata-se ainda da Constituição-garantia, na qual haveria a limitação de seu conteúdo e seriam fixadas as atribuições específicas dos Poderes do Estado, bem como dos direitos específicos do cidadão. Na contemporaneidade, a característica fundamental é a de uma estrutura normativa altamente complexa, composta por regras e princípios, e que possibilitariam fazer a passagem do texto/lei para a sentença/lei (LAFER, 2015, p. 79), cujo conteúdo tangencia o exposto. O propósito passaria a ser dirigir e dar respostas às questões sociais (Constituição-dirigente).

ordenamento (critério da verdade) cuja matriz seja o próprio Estado. A repartição do poder se harmoniza com a noção de que o governo constitucional significa

um governo limitado por leis e a salvaguarda das liberdades civis por meio de garantias constitucionais [pois] todas as liberdades garantidas pelas leis do governo constitucional são de natureza negativa, [...] reivindicam, não uma participação no governo, mas uma salvaguarda contra o governo (SR, 2011, pp. 190 – 191).

Trata-se da ideia de liberdade jurídica, ou liberdade negativa<sup>64</sup>, de matriz contratual, segundo a qual espera-se que o Estado garanta o cumprimento dos contratos e a propriedade. Para isso, o Jusnaturalismo Moderno<sup>65</sup> engajou-se na formulação de um arcabouço teórico que naturalizasse e potencializasse aqueles fins. Assim, foi elaborada a doutrina contratualista do *laissez-faire*, isto é, a naturalização de direitos reconhecidos como naturais.

Neste sentido, os “arranjos” entre os que detêm o poder viabilizaram a acumulação da propriedade (riqueza), e a proteção dos interesses do indivíduo. A Teoria do Direito (no sentido *lato*) passou a ser uma teoria da determinação dos meios mais eficientes para a consecução dos fins referidos. O Estado tornou-se o garantidor das liberdades individuais<sup>66</sup>, mediante o monopólio da elaboração do direito (Lei). Nesse contexto, é possível afirmar o móbil da burguesia, consistente

<sup>64</sup> Segundo BOBBIO (1992, p. 43), “consiste em ter um âmbito de ação no qual as leis não intervêm com ordens ou proibições próprias nas quais nossa ação [...] está livre de qualquer interferência legislativa (... é a liberdade de...)”.

<sup>65</sup> Entende-se por Jusnaturalismo a doutrina que afirma a existência e a possibilidade de conhecimento de um “direito natural”, válido em si, prévio e anterior ao direito positivo (estatal), e que deve prevalecer quando em conflito com esse último. Presente na Antiguidade Clássica como o “justo por natureza”, chegou ao Medieval, e em Santo Tomás de Aquino foi entendido como uma norma racional, na medida em que é a parte da ordem divina presente na razão humana. Na Modernidade, foi reconhecido como algo ditado pela razão, independentemente da vontade e da existência de Deus. No séc. XIX, em que foi necessário por fim às confusões resultantes da vigência do Direito Romano glosado e compilado por séculos, a tese de um direito universalmente válido porque ditado pela razão, foi capaz de embasar a reforma de legislação, mediante a codificação. Contemporaneamente, ele surgiu como reação aos regimes totalitários, como limitação ao poder do Estado. Para isso, foi abandonada a tese da imutabilidade e eternidade do direito natural, e passou a ter conteúdo fixado de acordo com o tempo histórico, e apesar do Estado (BOBBIO, 1995, p. 655 – 660).

<sup>66</sup> A liberdade, no Estado Liberal, é a liberdade individual definida na lei; uma abstração, para o que é necessário tenha a lei as características da generalidade (vale para todos) e da abstratividade (todos em mesmas condições): “Majestosa igualdade das leis, que proíbe, tanto ao rico, como ao pobre, dormir sob as pontes, mendigar nas ruas e furtar pão” (FRANCE, Anatole, *apud* WIEACKER, 1967, p. 523).

na exigência de não intervenção do Estado na atividade do burguês, e mesmo na facilitação e garantia dos processos de acumulação da riqueza, que é

o acúmulo de propriedade ou a apropriação privada dela e [comprometendo] a concepção de um mundo com durabilidade. O capital, então, [foi] a propriedade que [gerou] mais capital ou riqueza (ou ambos), surgindo o social. (SCHIO, 2017, pp. 184 - 185).<sup>67</sup>

Conforme Arendt (CH, pp. 46 e 35), o social foi “a ascensão da administração do lar, de suas atividades, seus problemas e dispositivos organizacionais do sombrio interior do lar para a luz da esfera pública”, que dissolveu a “antiga fronteira entre o privado e o político, [alterando] o significado dos dois termos [...] a ponto de torná-los quase irreconhecíveis”, e no qual o “conjunto de famílias economicamente organizadas [constituem] o fac-símile de uma única família sobre-humana”, cuja forma política é a do Estado-nação.<sup>68</sup> Nesta circunstância, a vida pública passou a ser a soma de vidas pessoais<sup>69</sup> e de padrões pessoais de conduta, apresentados como “leis de história, de economia ou de política” (OT, 2014, p. 216).

O termo sociedade tornou-se absolutamente importante em razão da sua estrutura e função. Estruturalmente, suas partes constitutivas são organizadas hierarquicamente, havendo uma relação de poder/dever entre as partes superiores e inferiores. As funções ficam concentradas na burocracia, em que o governo dá “lugar, [portanto], em muitos aspectos, à administração” de interesses, o “domínio de um intrincado sistema de departamentos no qual [ninguém] pode ser considerado

<sup>67</sup> Conforme Arendt (CH, 2016, pp. 34 – 39), na antiga *polis* havia nítida distinção entre o domínio da família, “centro da mais severa desigualdade” porque o lar era o espaço da satisfação das necessidades vitais) e a *polis*, espaço público de resolução dos negócios humanos, no qual era admitido o cidadão livre, não sujeito “às necessidades da vida nem ao comando de outro e também [ao] não comandar”. O surgimento do social na Modernidade propiciou o esquecimento dessa antiga noção, e “[o] que hoje chamamos de privado é uma esfera de intimidade [...] cujas peculiaridades, multiplicidade e variedade eram certamente desconhecidas de qualquer período anterior à era moderna” (*op. cit.*, p. 46).

<sup>68</sup> Com sua origem fixada nos séculos VII e XVIII “sob a tutela dos monarcas absolutistas” e perfectibilizados, no sentido moderno, após a Revolução Francesa, que alterou de forma abrupta a conjuntura política (OT, 2014, p. 40).

<sup>69</sup> Pode-se afirmar neste ponto a adoção da ideia de progresso, como passagem do pior para o melhor, ou seja, a aposta na perfectibilidade, como noção de aperfeiçoar-se que se encontra no indivíduo e na espécie. O progresso só poderá realizar-se na espécie, em indefinido número de gerações, pois o processo histórico é a soma de todos os avanços realizados que aparecem na espécie (KANT, 2010, p. 24; LK, 1993, p. 14).

responsável”, o “governo de ninguém” (EPF, 2014, p. 47, CH, 2016, p. 55, CR, 2015, p. 118).

Ainda que os governos constitucionais estejam limitados por uma Constituição, é preciso dar a “conhecer e sentir” os preceitos que orientam (finalidade) estruturas de natureza burocrática. Ou seja, “é” uma hierarquia na qual não há espaço para a experiência da igualdade, *rectius*, liberdade, pois há um “esquema teórico” (ser/hierarquia) que assenta uma rotina de vida baseada na atividade (e não na ação, posto que esta desaparece) para a satisfação de necessidades vitais, na “gigantesca e sempre crescente esfera da vida social e econômica, cuja administração [obscurece] o âmbito político desde os primórdios da época moderna” (EPF, 2014a, p. 202). Nesse sentido, e conforme Arendt, a liberdade passou a ser “a liberdade da sociedade”, localizada “no domínio social [e não no público]”(CH, 2016, p. 37), não mais

O que todos os filósofos gregos tinham como certo, por mais que se opusessem à vida na *pólis*: [estar] a liberdade situada exclusivamente na esfera política; que a necessidade é primordialmente um fenômeno pré-político, característico da organização do lar privado; e que a força e a violência são justificadas nesta última esfera por serem os únicos meios de vencer a necessidade [...] e tornar-se livre (CH, 2016, p. 38).

Dito de outro modo, os domínios público e privado existiram como “entidades separadas”, e esta divisão, enquanto base do pensamento político antigo, era “evidente por si mesma” (CH, 2016, p. 34). Assim, é possível dizer que o “animal social” precedeu o “animal político” (CH, 2016, p. 38 – 39). Aquele pertencia ao domínio privado, cuja atividade era governada de modo que os fins/objetivos daquela estrutura fossem alcançados. Este, não estava condicionado às necessidades e, portanto, não era governado e nem governava, pois

A *polis* diferenciava-se do lar pelo fato de somente conhecer “iguais”, ao passo que o lar era o centro da mais severa desigualdade. Ser livre significava ao mesmo tempo não estar sujeito às necessidades da vida nem ao comando de outro e também não comandar [...] (CH, 2016, p. 39).

Esta relação desapareceu na Modernidade, e nos contratualistas (Hobbes, Locke) observa-se um elemento arquetípico comum: o estado de natureza

mencionado acima. A condição (de natureza) é subsumida no "contrato" e, em razão disso, desaparece para se tornar "social", pois os homens somente poderiam escapar da violência "se estabelecessem um governo que, por meio do monopólio do poder e da violência, abolisse a 'guerra de todos contra todos' por mantê-los todos atemorizados."<sup>70</sup> A política foi, assim, encoberta pela sociedade, que, por meio do Estado, a “gigantesca administração doméstica de âmbito nacional”, passou a zelar pelos assuntos diários (CH, 2016, p. 35), pelos interesses humanos. Ou seja,

no mundo moderno, os domínios social e político diferem muito menos entre si, [pois há] o fato de que a política é apenas uma função da sociedade [...]. Essa funcionalização torna impossível perceber o abismo relevante entre as duas esferas; e não se trata de uma questão de teoria ou de ideologia, pois, com a ascendência da sociedade, isto é, do 'lar' (*oikia*) ou das atividades econômicas ao domínio público, a administração doméstica e todas as questões antes pertinentes à esfera privada da família transformam-se em preocupação “coletiva” [,] [...] desaparecendo o abismo - que diariamente deveria ser transposto pelo antigos, a fim de entrar no domínio da política, o que é um fenômeno essencialmente moderno (CH, 2016, pp. 40 – 41).<sup>71</sup>

E o social, definido e caracterizado, originou o denominado segundo estágio de alienação do mundo, no qual

a sociedade se tornou o sujeito do novo processo vital [pela atividade do *homo faber*, prover necessidades], como antes a família fora o seu sujeito [...] [e] foi identificada com uma parte tangível, embora possuída coletivamente, de propriedade, o território do Estado-nação, que até o seu declínio no século XX oferecia a todas as classes um substituto do lar possuído privadamente, *despojado da classe dos pobres*. (CH, 2016, p. 317, grifos nossos.)

O direito positivo foi, neste contexto, transformado em seu instrumento: ele viabiliza e garante o capitalismo em movimento. Esta a conjuntura originária da Revolução Industrial (séc. XVIII – XIX),

<sup>70</sup> HOBBS *Apud* ARENDT, CH, 2016, p. 39.

<sup>71</sup> O problema fora exposto por Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770 – 1831), na obra “Princípios da filosofia do direito, de 1820, para a qual remete-se o leitor.



a maior revolução no mais curto prazo de tempo já vivida [...]”, “a grande transformação [que] ocorreu em um quadro político cujas fundações já não eram sólidas e, portanto, numa sociedade que, embora ainda fosse capaz de compreender e julgar, já não podia mais explicar suas categorias de compreensão e critérios de julgamento quando postos em questão (C, 2011, pp. 338 – 339).

Mas foi com a Revolução Científica (séc. XVI – XVIII), sob a qual ocorreu a “alienação da Terra”, primeiro estágio da alienação do mundo, caracterizadora da ciência moderna (CH, 2016, p. 327)<sup>72</sup>, que se buscou explicar e medir os fenômenos mediante um “pensamento que se ‘violenta’ para adquirir a dureza, a forma dos conceitos” (SCHIO, 2008, p. 33). Nessa perspectiva, as respostas para os problemas seriam fornecidas pela ciência. Esta permitiria ao homem conhecer o que ele faz<sup>73</sup>, para agir “na natureza do ponto de vista do universo e não na teia das relações humanas” (CH, 2016, p. 402). Ou seja, como a ciência opera fora da “teia de relações humanas”, nega a ação, que imponderável, inauguradora de novos processos, não pode ser reduzida ou controlada, ainda que o novo sempre aconteça, “em oposição à esmagadora possibilidade das leis estatísticas e à sua probabilidade que, para todos os fins práticos e cotidianos, equivale à certeza [...]” (CH, 2016, p. 220).

Por meio da ciência e de suas categorias, que “racionalizam e padronizam [separam e classificam] a organização do espaço e do tempo (SCHIO, 2008, p. 34) “o fazer e o fabricar [...] se elevaram à mais alta dignidade na hierarquia das atividades humanas” (ALVES NETO, 2009, p. 141) em detrimento do agir, em uma nova inversão, no interior da própria *vita activa*. Nas atividades próprias do *homo faber* (o fazer e o fabricar), a natureza torna-se conhecida porque reproduzida no experimento, torna-se “processo”. Aquele levará em conta “os processos” (e não mais ideias, modelos, conforme a tradição platônica), como guias das atividades de

<sup>72</sup> Arendt ressalta a importância de Copérnico e o movimento do “ponto arquimediano”, de Galileu e sua demonstração das leis da queda dos corpos, transformadas por Newton na lei geral de gravitação para as ciências modernas e o moderno relativismo; chama também a atenção para o fato de que o “amor ao mundo” “foi a primeira vítima da triunfal alienação do mundo da era moderna” (CH, 2016, pp. 319 e s).

<sup>73</sup> O movimento em direção a supremacia científica tem suas origens no séc. XV, chegando à racionalidade do séc. XVII. Ao comentar o *De homine*, de Hobbes, Bobbio (1991, p. 31) esclarece ser uma das características do pensamento renascentista conceber a arte humana como igual à natureza, elevando assim a importância do fazer: se o homem desvenda os segredos daquela, ele é capaz não só de imitá-la, mas também de recriá-la, e mediante um artifício, substituir o defeito da natureza. Entre os artifícios, estaria o próprio Estado.

produzir e fabricar (CH, 2016, p. 372). A fábrica foi a expressão da nova ordem, na qual podem se manifestar “as atitudes típicas” do *homo faber*, enquanto características da Modernidade, e perceptíveis, segundo Arendt, desde o seu início:

a instrumentalização do mundo, a confiança nas ferramentas e na produtividade do fazedor de objetos artificiais; a confiança na onibrangência da categoria meio-fim, a convicção de que qualquer assunto pode ser resolvido e qualquer motivação humana reduzida ao princípio da utilidade [...] e finalmente, sua identificação natural da fabricação com a ação (CH, 2016, pp. 378 – 379).

Em outros termos, vincularam-se a ciência e a técnica na promoção do processo de produção<sup>74</sup>, enquanto relação meio-fim, e com isto, o *homo faber* foi elevado à posição de instaurador dos critérios da sociedade (ALVES NETO, 2009, p. 166). A fábrica originou grandes contingentes de população fabril<sup>75</sup>, e nela foi liberada

a força inerente à força de trabalho, isto é, a mera abundância natural do processo biológico que, como todas as forças naturais – da procriação tanto quanto da atividade do trabalho –, garante um generoso excedente muito além do necessário [...] [e o] que distingue esses desdobramentos [...] é que a expropriação e o acúmulo de riqueza não resultaram simplesmente em novas propriedades nem levaram a uma nova redistribuição da riqueza, mas realimentaram o processo para gerar novas expropriações, maior produtividade e mais apropriação (CH, 2016, p. 316).

Ao mesmo tempo, a burguesia proprietária exigiu do Estado Liberal que se abstinhasse de coibir a iniciativa privada por meio de regulamentos (liberdade negativa). O Estado, por meio de suas funções, entre as quais a judiciária, deveria

---

<sup>74</sup> Para Arendt (CH, 2016, p. 195), a questão central não era o caráter instrumental da relação meio-fim. Para ela, importava “a generalização da experiência da fabricação, na qual a serventia e a utilidade são estabelecidas como critérios últimos para a vida e para o mundo dos homens.”

<sup>75</sup> Na fábrica trabalhava uma população inserida em um mercado de trabalho instável e forçada a residir no centro das cidades, nas quais a superpopulação “acelera e piora as condições sanitárias das moradias” (BRESCIANI, 1989, p. 37), geralmente originária do campo, de onde havia sido expulsa pela prática do cercamento de terras comunais por grandes latifundiários, [para se esgotar e morrer] nas cidades industriais mal planejadas, sujas, escuras, inseguras, de esgotos abertos, imundas (PERRY, 2002, pp. 353 - 359). Também a literatura refletiu sobre a degradação das cidades e as péssimas condições físicas e morais das populações no período indicado, como por exemplo, “Retratos Londrinos”, de Charles Dickens, ou “Os Miseráveis”, de Victor Hugo. Ao mesmo tempo, a industrialização e o comércio propiciaram o aparecimento de uma classe média burguesa, constituída por empresários, advogados, médicos, comerciantes, mas também banqueiros e donos de fábricas.

garantir e proteger (função instrumental) os interesses privados dessa classe, aplicando a lei abstrata contida no “código<sup>76</sup>,” que separa, classifica e exclui, pois o que não está nele, não está no mundo (ou seja, há a alienação). Nestes termos, configuraram-se os elementos fundamentais para uma estrutura hierárquica: o sujeito competente, e o estabelecimento de meios e fins.

A monopolização do direito pelo Estado encontrou nas codificações a materialização da sua onipotência, abarcando todos os aspectos da vida e “[elevando] o direito civil a um nível de inequívoca universalidade que ele nunca teve” (C, 2011, p. 353). O direito foi definido como sistema de normas postas por atos de poder, dispostas de forma hierárquica, organizando-o (KELSEN, 1994, p.167 e s)<sup>77</sup>. Por outro lado, o direito positivo – lei –, continha em si o critério da “segurança jurídica”, que é a possibilidade de antecipar consequências jurídicas. Esta previsibilidade é da “ação”, (que não podendo ser precedida pela lei, correspondia à condição humana da pluralidade), entendida a partir de então como determinação final de um processo causal, uma relação meio-fim.

Especificamente em relação ao direito, observa-se a recepção da lição Paduana<sup>78</sup> de que a “lei é uma construção humana”, com o que o pensador medieval é percebido na mensagem da Modernidade: o homem só pode conhecer o que ele faz. Neste processo de aproximação, o direito passa a ser *work*, um produto do *homo faber*, no caso específico, o legislador (também o juiz), conforme assinala Ferraz Junior (1993, p. 28 e s.).

<sup>76</sup> A codificação tem a pretensão de abarcar todos os aspectos da vida; a ela está ligada a “Escola da Exegese”, vinculada ao aparecimento do Código de Napoleão, em 1804; pretendia “reduzir o direito à lei, e mais particularmente, o direito civil ao Código de Napoleão”. Segundo seus autores, estruturaria racionalmente as relações jurídicas dentro da sociedade que surgiu a partir de 1791, e as pessoas poderiam ler. Especificamente, suas causas são agrupáveis em: o fato próprio da codificação, a mentalidade de juristas dominada pela *autoridade*, a doutrina da separação dos poderes, o princípio da certeza do direito (*conhecimento antecipado das consequências*), a pressão do regime de Napoleão sobre as universidades, para que fosse ensinado apenas o direito positivo, deixando de lado as concepções naturalistas (BOBBIO, 1995, p. 78 - 79).

<sup>77</sup> A CF/88 dispõe: fundamentos da República, objetivos, princípios, nacionalidade, direitos políticos, direitos sociais, estrutura da Administração Pública, os Poderes de Estado e suas competências, ordem financeira e tributária, educação e família.

<sup>78</sup> Marsílio de Pádua (O Defensor da paz, 1997, Capítulo IX - Sobre a distinção e conceituação da palavra ‘lei’ e sua acepção mais adequada em nosso entendimento, p. 118). Depois de estabelecer quatro sentidos para o conceito “lei”, o pensador, no parágrafo 6º do capítulo, afirma que “Nesta acepção do termo ‘lei’ estão contidas todas as regras acerca do que é justo e útil, estabelecidas pelo legislador humano aos cidadãos, tais como os estatutos, os costumes, os plebiscitos, as decretais e outras semelhantes, apoiadas, como dissemos, na sua autoridade”.

Na *polis* grega, o direito, o *ius*, resultava da ação no espaço público, e tinha por conteúdo as virtudes cívicas<sup>79</sup>: o bem, a justiça, a prudência, que, enquanto imanentes à ação, conferiam estabilidade ao *ius* (*ibidem*, p. 28). A *lex*, por sua vez, era a lei ofertada como produto pelo legislador e deste se destacava para permanecer. Conforme Lafer (2003, p. 32), Arendt percebe a lei com o significado grego, ou seja, como artesanania voltada para a constituição do espaço público que estabelece “o vínculo entre a permanência no tempo da *vita activa* e o empenho durável dos objetos criados pelo *homo faber*.” Assim, equiparava-se ao muro construído pelo arquiteto, ambos (lei e muro), condição de possibilidade da existência da própria *polis*.

Para o grego, a ação era a “única atividade que [constituía] a parte pública do mundo”, [e] o domínio público [resultava] diretamente da ação em conjunto, do “compartilhamento de palavras e atos” (CH, 2016, p. 245). Mas, como afirma Ferraz Junior, na perda do sentido original da ação, ocorrida na Modernidade, mediante a “identificação natural da fabricação com a ação”, aquela (ação) se assemelha cada vez mais com o sentido de *work*, e o direito passa a ser um bem que se produz. Ocorre a redução do *ius* à lei, enquanto comando, relação imposta de uma vontade sobre outra, por meio da edição de normas, que constituem e são dispostas como objeto de uso: “no mundo do *homo faber*” o direito, transformado em produto, [...] [torna-se] mero objeto” (*op. cit.*, pp. 29 - 30).

A relação é dicotômica, porque o artefato passa a ser composto por um conjunto de normas abstratas (no séc. XIX, os “códigos”), aos quais correspondem

---

<sup>79</sup> A palavra virtude comporta, conforme Abbagnano (1982, p. 965), três sentidos: a) capacidade ou potência geral (um ser vivo ou inanimado); b) capacidade ou potência própria do homem, como a posse de uma habilidade; c) capacidade ou potência própria do homem, de natureza moral. Conforme Platão (*República*, 2010, p. 151), as virtudes cívicas são necessárias para a cidade bem fundada; apresenta-as em 427 e: sabedoria (ou prudência), coragem, temperança e justiça. Especificamente quanto à prudência (428 b), Platão afirma que a cidade sábia é prudente em suas deliberações e que ela se espalha por toda a cidade, promovendo um acordo perfeito entre os cidadãos. Com isso, entende-se que a prudência é encontrada nas partes e no todo. Quanto à justiça (432 b, 433 a, 434, a), é o princípio a ser observado desde a fundação da cidade e pelo qual ela consiste em que cada um retenha apenas os bens que titule como próprios e exerça apenas a sua função. Na *Suma Teológica*, II Seção da II parte, Questão 58, artigo 10 (2010, p. 72-73) Tomás de Aquino afirma ser “a matéria da justiça [...] a razão exterior, que por ela mesma ou pela realidade que utiliza, tem uma proporção devida com outra pessoa. Por isso, o meio-termo da justiça consiste em certa igualdade de proporção da realidade exterior com a pessoa exterior”.

direitos subjetivos<sup>80</sup> abstratos. Ou, de acordo com Ferraz Júnior (*ibidem*, p. 29), “um sistema de normas e direitos subjetivos constituídos independentemente das situações reais [...], mero instrumento de atuação do homem sobre outro homem”. No movimento, o direito passa a ser entendido, enquanto conceito, como um sistema normativo.

No mercado de trocas da Modernidade, que é o domínio público do *homo faber* (CH, 2016, p. 199), o direito, reduzido à “lei” abstrata e a produto, subsistiu como regulador das relações sociais porque passou a se apresentar com as qualidades da certeza, da generalidade, da aplicação territorial e da conformidade com a justiça (DAVID, 2002, p. 53). Importa, quanto a estes aspectos, que a expressão formal (texto) revela tão somente a sua existência, pois “Para possuir legitimidade, a lei não pode advir de algo distinto do homem: ela precisa do seu consentimento efetivo [a real participação do destinatário]. E isso é um problema autenticamente político” (SCHIO, 2012, p. 294).

Ou seja, ela não pode advir do homem erodido na sua humanidade (igualdade), por não participar da sua elaboração. A participação do destinatário tem por substrato a promessa, entendida por Arendt como “remédio” para a imprevisibilidade e a irreversibilidade da ação<sup>81</sup>, pois “o obrigar-se através de promessas, serve para instaurar no futuro, que é por definição um oceano de incertezas, ilhas de segurança sem as quais nem mesmo a continuidade seria possível nas relações entre os homens [...]” (CH, 2016, p. 293). Esta questão é importante, na medida em que na Modernidade ocorreu a alienação “do mundo [de] certas camadas da população” (*ibidem*, 2016, p. 313).

Assim, é nula a possibilidade de participação, na confecção da lei – e portanto, de obrigar-se pela promessa –, de quem está sem mundo, no sentido de estar sem propriedade, pois em permanente estado de necessidade. Isto implica na

---

<sup>80</sup> Entende-se por direito subjetivo a faculdade de agir juridicamente, ou dito de outro modo, o poder de exigir de outrem um determinado dever (dar, tolerar, abster-se). Assim, por exemplo, o titular do direito de propriedade (direito real, que vincula o sujeito à coisa), tem o direito subjetivo a que os demais se abstenham de molestar a titularidade da propriedade. O direito subjetivo é o aspecto individual do direito objetivo (a regra de agir, posta no ordenamento). O Direito Romano o reconhecia na fórmula do Digesto (Livro I, título V, fragmento 1): “Todo direito de que nos utilizamos pertence ou às pessoas, ou às coisas, ou às ações (PEREIRA, 2004, p. 31 e s.).

<sup>81</sup> Arendt reverencia também o perdão, par necessário da promessa, enquanto “redenção possível para o constrangimento da irreversibilidade” da ação (CH, 2016, p. 293).

ilegitimidade da lei e no aumento da violência, que é antitética com a legitimidade. Na atualidade, a lei escrita é recurso “jurídico-discursivo”, representativo do poder que limita a liberdade do outro para obter obediência.<sup>82</sup> A lei, enquanto monopólio do Estado na esfera do mercado (em que as coisas são medidas pela relação meio e fim), favorece a classe burguesa proprietária e deixa de fora os excluídos, os que estão sem mundo. A classe dos proprietários, cuja característica é o pertencimento de todos que concebem a vida como processo permanente de acumular riqueza (OT, 2014, p. 215), ingressa financeiramente no séc. XX como o

negociante de mentalidade imperialista [Cecil Rhodes], a quem as estrelas aborreciam porque não podia anexá-las, [sabedor de que] o poder organizado como finalidade em si geraria mais poder,[...] [e para quem Hobbes compreendera] que a aquisição de riqueza, concebida como processo sem fim, só pode ser garantida pela tomada do poder político” (OT, 2014, pp. 214 – 217; CH, 2016, p. 142).

A acumulação de riqueza “pelo amor à acumulação” teve (e tem) como contraponto a

indiferença quanto aos negócios públicos e a neutralidade em questões de política [próprias] da sociedade competitiva de consumo criada pela burguesia [que] gerou apatia [...] acima de tudo, na própria burguesia, [para quem] o exercício dos deveres e responsabilidades do cidadão era tido como perda desnecessária de tempo e energia (OT, 2014, p. 441).

No entanto, pode-se considerar aparente essa indiferença, porque a burguesia considerava e considera “sempre as instituições políticas exclusivamente como instrumento [o direito e o acesso ao Parlamento, inclusive] de proteção da propriedade individual” (OT, 2014, p. 221), o que significa o Estado comportar-se hobbesianamente como “fiador” do processo de acumulação, pois ele

[é] estritamente um “cálculo das consequências”, que advêm da ascensão de uma nova classe na sociedade, cuja existência está essencialmente ligada à propriedade como um mecanismo dinâmico produtor de mais propriedade. O chamado acúmulo de capital que deu origem à burguesia mudou o próprio conceito de propriedade e riqueza: estes já não eram mais considerados como resultado do acúmulo e da aquisição, mas sim o seu

---

<sup>82</sup> Foucault, 2017, pp.89 - 93.

começo; a riqueza tornou-se um processo interminável de ficar mais rico (OT, 2104, p. 215).

Neste contexto, entende-se ter a burguesia ascendido

por meio da pressão social, muitas vezes por chantagem econômica, contra instituições e sempre [acreditando] que os órgãos públicos fossem dirigidos por seus próprios interesses [...] [pois] a burguesia supunha sempre que a política, a economia e a sociedade fossem uma coisa só, na qual as instituições serviam de fachada para interesses privados (OT, 2014, p. 470).<sup>83</sup>

Por isso, “[ficando] patente que o Estado-nação não se prestava como estrutura para maior crescimento da economia capitalista” (OT, 2014, p. 190), também ingressou na “política”, a fim de impor aos governos a lei básica do sistema capitalista, que é a lei do permanente crescimento econômico (OT, 2014, p. 193). Arendt (OT, 2014, p. 204) chama a atenção para o fato de como os negócios e interesses econômicos de empresas, ainda que pequenas, aos poucos se impuseram como questão política e interesse nacional<sup>84</sup>.

Nesse contexto, a propriedade, “princípio dinâmico e automotivo”<sup>85</sup> da nova ordem, não é mais “a parte de um mundo comum que tem um dono privado e é, portanto, a mais elementar condição política para a mundanidade do homem” (CH, 2016, p. 313). Entendida como riqueza, ela passa a ser o núcleo de um processo concebido como sem fim, e que por isso,

<sup>83</sup> Interessa registrar que Arendt (OT, 2014, p. 221), considera este aspecto, também ao tratar do que considera os “donos do capital supérfluo”, chamados por ela de parasitas quanto à participação nos assuntos públicos, e que só voltaram a fazer parte da vida nacional quando os insucessos da primeira fase de “falcatruas” “lhes abriu os olhos para o possível uso da política contra o risco do jogo [e que nessa] “exigência, contudo, seguiram as tradições estabelecidas da sociedade burguesa de sempre considerar as tradições estabelecidas de sempre considerar as tradições políticas exclusivamente como instrumento de proteção da propriedade individual”. No Brasil atual, por exemplo, o mesmo processo ocorre. Seja por meio do *lobby*, seja por meio da participação nos processos eleitorais ou mesmo na ocupação de cargos nas chamadas “carreiras de estado”, é possível afirmar que a burguesia “coloniza” a vida nacional, porque para ela o Estado é como uma extensão possível de seus negócios, e de uma vida privada “boa” (N. A.).

<sup>84</sup> Para garantir o processo de acumulação, exportou-se também o poder e a força, que atuaram mediante o “completo desrespeito às leis – econômicas e éticas [...]”.

<sup>85</sup> ARENDT (2014, p. 216), *verbis*: “Mas os conceitos liberais, embora expressem a instintiva suspeita da burguesia e a sua inata hostilidade com relação aos negócios públicos, são apenas uma acomodação temporária entre os velhos padrões de cultura ocidental e a crença da nova classe na propriedade como princípio dinâmico e automotivo”

vira assunto público e sai da esfera privada. Os interesses privados, que por sua própria natureza, são temporários, limitados pela duração natural da vida do homem, podem agora fugir para a esfera dos negócios públicos e pedir-lhes emprestado aquele tempo infinito necessário à acumulação contínua (CH, 2016, p. 216),

em uma sociedade que, conforme previsto por Hobbes, engendrou a organização política (Estado-nação) capaz de gerar continuamente poder (OT, 2014, p. 217), e no qual “A vida pública assume [o] aspecto enganador [de aparentar] constituir a totalidade dos interesses privados” (OT, 2014, p. 216). Objeto de garantia expressa pelos contratualistas, a propriedade será para sempre “o” direito a ser caucionado nas constituições, e na “decisão judicial”. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, garante a propriedade (cujo conteúdo é o uso, gozo e disposição da coisa) como direito fundamental em seu artigo 5º, *caput*. Ela impõe ao proprietário a obrigação de “cumprir função social”; no entanto, não há restrição ao acúmulo caracterizador da riqueza, tal como entendido por Arendt.

Para os problemas referidos (a relação entre espaço público e privado, política, lei, propriedade, riqueza e decisão, por exemplo), é possível afirmar, com apoio em Arendt (C, 2011a, p. 339), que chama a atenção o “desconcertante silêncio que nossa grande tradição de pensamento guardou [...], [mostrando] claramente que não dispunha de respostas construtivas”. A Tradição de Pensamento Político Ocidental tornou-se incapaz de fornecer respostas.

### **3. 3 A Tradição de Pensamento Político e a impossibilidade de respostas: sociedade de massa e desamparo**

A Tradição de Pensamento Político Ocidental teve seu início marcado pela reação de Platão à morte de Sócrates, e consistiu na “retirada” do filósofo da vida da *polis*, importando no reconhecimento de uma “hierarquia entre pensamento e ação, contemplação e trabalho, e Filosofia e Política” (OT, 2014, p. 45), ou seja, entre *vita*



*contemplativa*<sup>86</sup> e *vita activa*. A atribuição de superioridade hierárquica percebida por Arendt atravessou os tempos e

[...] até o início da era moderna, a expressão *vita activa* jamais perdeu sua conotação negativa de “in-quietude”, *nec-otium*, *a-skholia*. Como tal, permaneceu intimamente ligada à distinção grega, ainda mais fundamental, entre as coisas que são por si o que são e as coisas que devem ao homem a sua existência, entre as coisas que são *physei* e as coisas que são *nomō*. [...] Tradicionalmente, portanto, a expressão *vita activa* recebe seu significado da *vita contemplativa*; a dignidade que lhe é conferida é muito limitada porque ela serve às necessidades e carências da contemplação em um corpo vivo [...] (CH, 2016, pp. 19-20).

Esta Tradição, materializada na exclusão da experiência filosófica da vida pública (SCHIO, 2012, p. 23), forneceu padrões e referências para a ação política, até ser rompida por Kierkegaard, Marx e Nietzsche,<sup>87</sup> no séc. XIX. Para Arendt (EPF, 2014a, p. 54), eles perceberam o mundo em que viviam como “invadido por problemas e perplexidades novas com as quais nossa tradição de pensamento era incapaz de lidar”, como por exemplo a Revolução Industrial (séc. XVIII - XIX) e o Imperialismo (séc. XIX). Trata-se de um mundo no qual se sucederam eventos em relação aos quais a Tradição permaneceu em silêncio, na medida em que resultaram, pode-se pensar, da atividade de um homem sem ação e sem discurso, porque diminuído ou suprimido o espaço público.

Tem-se um indicativo da ruptura nas três teses<sup>88</sup> marxistas, segundo as quais o homem é criado pelo *work*, a violência é a parteira da história e haver chegado a

---

<sup>86</sup> A *vita contemplativa* é composta pelas atividades espirituais do *pensar*, *querer* e *julgar*. Arendt refletiu parcialmente sobre estas atividades na obra “A vida do espírito”, pois a sua morte impediu que escrevesse sobre o “julgar”. Arendt afirma serem elas autônomas, no sentido de que “cada uma obedece às leis inerentes à própria atividade”, e incondicionadas, na medida em que “nenhuma das condições da vida [*labor*] ou do mundo [*work*] lhes é diretamente correspondente, e por meio delas, espiritualmente os homens transcendem às condições humanas (VE, 2106a, p. 87 e ss.).

<sup>87</sup> ARENDT (2014a, pp. 56 - 57) situa, ao lado de Marx (1818-1883), Kierkegaard (1813-1885) e Nietzsche (1844-1900) como os pensadores que “saltaram” sobre a tradição, constituindo “marcos indicativos de um passado que perdeu sua autoridade”, pois atreveram-se a pensar fora dos esquemas vigentes. Kierkegaard inseriu a dúvida na religião, tornando-a moderna; Nietzsche, “na tentativa de se libertar da tradição”, inverteu o platonismo, e ao fazê-lo, mergulhou no niilismo. A autora afirma não se poder responsabilizar Marx de forma isolada, pela ruptura da tradição do pensamento político, e suas severas consequências na Modernidade, pois ele “recebeu acriticamente dos economistas políticos da era moderna a noção da política como “função” (CH, 2016, p. 40; ARENDT, “O que é a filosofia da existência?”. Compreender, 2011a, p. 192 - 216).

<sup>88</sup> Em relação às teses, cabe observar que, tanto o liberalismo quanto o socialismo têm por lei a *lex mercatoria*, ambos só concebem o âmbito da economia (necessidade). Afirma Lefort (1983, p. 73)

hora de transformar o mundo, suficientemente interpretado pelos filósofos. Pode-se dizer que as teses se afirmam como o núcleo de um sentimento quanto ao mundo moderno, em que o entendimento da política como espaço dos negócios humanos foi distorcido, porque

“[...] [a Modernidade] elevou o *labor*, tradicionalmente a mais desprezada de todas as atividades humanas ao grau máximo de produtividade e [pretendeu] ser capaz de afirmar o ideal de liberdade sob condições inauditas de igualdade universal (EPF, 2014a, p. 59, CH, 2016, p. 124).

Nesse sentido, a primeira tese afirma ser o homem o resultado de sua atividade, com o que é atualizada a fórmula de Locke “o trabalho de seu corpo e a obra das suas mãos” (LOCKE, 1978, p. 45)<sup>89</sup>. Isso faz o homem ser qualitativamente diferenciado dos animais não pela razão, mas por ser um *animal laborans* (EPF, 2014a, p. 49), preso à satisfação de necessidades, à manutenção de seu ciclo vital, ou seja, cuja vida individual precisa unicamente garantir a continuidade da própria vida e dos seus (CH, 2016, p. 399).

Na segunda tese, a violência, erigida à parteira da história é tornada idêntica à ação, e assim, segundo Arendt, “[no] elemento constituinte de todas as formas de

---

que se o liberalismo ficcionou a ordenação espontânea de uma sociedade pautada na livre concorrência, o socialismo denunciou a ficção demonstrando que as crises são estruturais e que há oposição entre capital e trabalho. No entanto, em ambos permaneceu a ideia do desvelamento da realidade no nível da economia. Em relação ao liberalismo, Arendt (EPF, 2014a, p. 202) é incisiva, afirmando que ele colaborou para a eliminação da liberdade do político, pois a política, “de acordo com [o liberalismo], deve ocupar-se quase que exclusivamente com a manutenção da vida e a salvaguarda de seus interesses. Ora, onde a vida está em jogo, toda ação se encontra, por definição, sob o jugo da necessidade, e o âmbito adequado para cuidar das necessidades vitais é a gigantesca e sempre crescente esfera da vida social e econômica, cuja administração tem obscurecido o âmbito político desde os primórdios da era moderna”.

<sup>89</sup> Observa-se que para Arendt, tanto Locke quanto Marx confundiram *labor* e *work* (*ponein* e *ergazesthai*; *laborare* e *facere*; *arbeiten* e *werken*). Segundo Arendt, os modernos elevaram o *labor* à condição de fonte de todos os valores, “tendiam quase irresistivelmente a considerar todo [*labor*] como [*work*] e a falar do *animal laborans* em termos mais adequados ao *homo faber*, como a esperar que faltasse um passo para eliminar [...] o trabalho e a necessidade” (CH, 2016, p. 107). Quanto à questão linguística, na introdução ao capítulo III de “A condição humana”, Arendt (2016, p. 98) evidencia o fato de ser a sua distinção entre *labor* e *work* singular, mas encontrar suporte na existência, em línguas antigas e modernas, de duas palavras etimologicamente distintas, para designar o que na Modernidade foi reduzido a um mesmo sentido. Afirma ainda Arendt (2016, p. 107; 125), que “a era moderna em geral e Karl Marx em particular, fascinados, por assim dizer, pela atual produtividade sem precedentes da humanidade ocidental, tendiam quase irresistivelmente a considerar todo [*labor*] como [*work*] e a falar do *animal laborans* em termos muito adequados ao *homo faber*, como a esperar que faltasse apenas um passo para eliminar totalmente o [*labor*] e a necessidade.”

governo”, mesmo que isso signifique, nos moldes da tradição, fazer uso da “*ultima ratio* nas relações entre nações, e das, ações domésticas, a mais vergonhosa” (no quadro de compreensão da Grécia Clássica, a violência é apanágio do domínio privado, a casa, espaço do *labor*). Para Arendt (EPF, 2014a, p. 50), “A glorificação da violência por Marx continha portanto a mais específica negação do *logos*, do discurso [no espaço público, na *Ágora*], a forma de relacionamento que lhe é diametralmente oposta e, tradicionalmente, a mais humana”.

Quanto à terceira tese, afirma dever “a interpretação do mundo pelos filósofos [indicar] o modo como ele deveria ser transformado” (*ibidem*, pp. 44 - 51). Arendt (C, 2011a, p. 200) observa que Marx, ao declarar não querer mais interpretar, mas transformar o mundo, “se pôs, por assim dizer, no limiar de um novo conceito do Ser e do mundo”, em que ambos não eram mais dados, e sim produtos possíveis do homem”. Em uma perspectiva assim, o pensar<sup>90</sup> torna-se desnecessário, invertendo-se novamente a hierarquia entre pensamento e ação, contemplação e trabalho, Filosofia e Política, inversão na qual o rompimento com a contemplação (pensar) foi possível porque a tradição fora anteriormente “[substituída] por um processo contínuo e independente dos homens” (SCHIO, 2012, p. 24). Dentro deste processo, continua a autora, seja seguindo as leis da natureza (Kant), seja por meio dos elos que ligam os fatos conforme a razão (Hegel), os assuntos humanos encontrariam solução no “desenvolvimento mesmo da história”<sup>91</sup>.

Segundo Arendt, o pensar, no “qual algo invisível dentro de nós lida com os invisíveis do mundo” (VE, 2016a, p. 143), atualiza modelos, valores, circunstâncias, ou seja, a “Tradição”, e “empurra” o presente, tornando possível “um futuro”. Assim, a terceira tese de Marx implicaria uma alteração no *status* do pensamento, na medida em que transformaria a Filosofia em ciência, a encobrir a vida e suas

---

<sup>90</sup> ARENDT (2016a, pp. 95 - 96) refere-se a Santo Agostinho para explicar que o pensar tem o papel de “preparar os particulares dados aos sentidos, de tal modo que o espírito seja capaz de lidar com eles na sua ausência em suma; ele deve *de-sensorializá-los*”, o que ocorre por meio da internalização da imagem que re-presenta o objeto capturado. Ao pensar, o espírito “ativa e deliberadamente relembra, recorda e seleciona do arquivo da memória o que quer que venha a atrair o seu interesse a ponto de induzir a concentração; nessas operações, o espírito aprende a lidar com coisas ausentes e se prepara para “ir mais além”, em direção ao entendimento das coisas sempre ausentes, e que não podem ser lembradas, porque nunca estiveram presentes para a experiência sensível”.

<sup>91</sup> Schio (2012, p. 25), ao refletir sobre a Tradição Ocidental, considera que para Hegel, “o Espírito [...] fornece os elos que encadeiam as lacunas entre os fatos. [...] e a “História não está entregue ao acaso, mas é regida pela razão”.

contingências nos limites estreitos – mas pretensamente universais – de um grande “é”. Se a perspectiva estivesse correta, a Filosofia passaria a se situar no nível do intelecto, do entendimento, cujo critério é a verdade, na busca de resposta para questões respondíveis. Vale dizer, ela passaria a ser ou ter uma “função” ancilar da ciência, em um mundo reduzido a funções, incluindo a economia<sup>92</sup>, a “ciência inicial da sociedade [...] que altera padrões de comportamento” (CH, 2016, p. 55).

Sob esta perspectiva, o “mundo” passa a ser um aparato instrumentalizado orientado por critérios de meio e fim (emprego da técnica), em um processo infinito, na lógica do *homo faber*. No artifício instrumentalizado, a política, cuja condição específica é a pluralidade (CH, 2016, p. 9), passa a ser ou ter “função”, “rebaixada à posição da necessidade, que, doravante, passou a ser o denominador comum de todas as articulações da *vita activa*” (*ibidem*, 2016, p. 104). Dito de outro modo, a função tem o sentido de operação, enquanto “correspondência entre o fato considerado [instituição] e as necessidades gerais do organismo social”<sup>93</sup>.

Isso não passa despercebido por Arendt, para quem resulta “ser a política [...] apenas uma função da sociedade – [e] que a ação, o discurso e o pensamento, [são] superestruturas assentadas no interesse social” (CH, 2016, p. 40). Junto à política, pervertida em função para a administração de interesses/coisas e a manutenção da vida (EPF, 2014a, p. 202), o Poder Judiciário, que é órgão do Estado, cumpre a função de determinar e controlar comportamentos, por meio da decisão judicial. Nesta, o pensamento, é possível afirmar, é reduzido a “‘cálculo de consequências’, a faculdade de deduzir e concluir, isto é, um processo que o homem pode, a qualquer momento, desencadear dentro de si mesmo” (CH, 2016, 352), ou seja, um meio para um outro algo. O cálculo de consequências é o metro que engendra a carência de significado da própria decisão, e ao carecer de significado, ela também não tem mais direção, é um “sem sentido”, tenha viés pragmático ou principiológico.

Em um contexto de funcionalidades, torna-se difícil “aceitar que há um passado com valor e que o presente se ancora nele”, mesmo que ao preço de “o ser

---

<sup>92</sup> A economia, como observa Arendt, adquiriu caráter científico “quando os homens tornaram-se seres sociais e passaram a seguir unanimemente certos padrões de comportamento, de sorte que aqueles que não seguissem as regras podiam ser considerados associais ou anormais” (CH, 2016, pp. 51 – 52).

<sup>93</sup> Durkheim, 1978, p. 135.

humano [ser] obrigado a viver consigo, com os outros, com o meio, sem qualquer certeza sobre o que ensinar ou no que fundamentar seu modo de pensar e agir” (SCHIO, 2008, p. 27). Ou seja, corre-se o risco de perder-se o que Arendt denomina de “tesouro”, porque

a memória, que é apenas um dos modos do pensamento, embora dos mais importantes, é impotente fora de um quadro de referência preestabelecido, e somente em raríssimas ocasiões a mente humana é capaz de reter algo inteiramente desconexo” (EPF, 2014a, p. 31),

Assim, quanto à decisão judicial, é possível pensar em uma “perda do tesouro”. É que as leis compõem o mundo enquanto artefatos, e sendo assim, estão sujeitas ao desaparecimento em situações que abalam a estabilidade de objetos e instituições constitutivas daquilo que unifica e separa os homens (DUARTE, 2000, p. 101). No entanto, quanto à decisão (lei concreta de um caso dado)<sup>94</sup>, este desaparecimento não é literal, mas relativo a uma disfuncionalidade. De acordo com Ferraz (1993, p. 31), a decisão torna-se contingente, (manipuladora da lei) sem que ocorra o contágio da função, que se mantém íntegra, enquanto microestrutura. E isso acontecerá quando for necessário sacrificar o humano para garantir o econômico.

Conforme Arendt (OT, 2014, p. 213 - 219), a acumulação ilimitada de riqueza implicou em um processo de acúmulo de poder para proteger aquela, enquanto excesso de capital, pois ela, “crescendo automaticamente, [passou] realmente a substituir a ação política”, e neste processo, ao mesmo tempo, os excedentes financeiros encontraram os marcos físicos do Estado-nação<sup>95</sup>. A concentração da riqueza teve como corolário a má distribuição, que por sua vez limitou a oferta e a

---

<sup>94</sup> A decisão judicial é lei do caso concreto porque determina, coercitivamente, o cumprimento da conduta prevista; é possível estabelecer diferenças e semelhanças entre ela e a “lei”: enquanto esta tem como característica a “generalidade” e a “abstratividade”, aquela é “especial” e “concreta”; quanto à semelhança, ambas são decisões (uma no âmbito legislativo, outra no judicial) e devem/deveriam passar pelo crivo do contraditório, o que não garante níveis adequados de democracia (N. A.).

<sup>95</sup> Estado-nação, ou estado nacional, ou país, é a unidade político-territorial que caracteriza as sociedades modernas, e que sucedeu o império como unidade política das sociedades pré-capitalistas. Diferencia-se do “Estado”, que é o sistema constitucional-legal (organização jurídica) e a estrutura de administração pública (aparelho burocrático formado por servidores (públicos civis e públicos militares), que regula a vida social, econômica e política dos que façam ou não parte da administração, sejam cidadãos ou não, desde que se encontrem em seu território (BRESSER - PEREIRA, 2012, p. 2-3).

procura internas. Por isso, a burguesia patrocinou a expansão imperialista<sup>96</sup>, pois se “todas as camadas sociais haviam entrado na órbita de seu sistema de produção e consumo” (idi., 2014, p. 219), não havia mais para onde expandir internamente.

Para evitar a implosão do sistema, a procura por novos mercados impôs-se: a continuidade da acumulação “tinha de vir de fora da sociedade capitalista” (*ibidem*, p. 219). Junto com o “capital excedente também foi exportado o lixo humano, eliminado da sociedade produtiva, sempre que ao período de crescimento seguia-se um de crise, por ser considerado uma ameaça” (OT, 2014, p. 221 - 222)<sup>97</sup>.

Neste contexto, a ação, equiparada à produção ou o raciocínio conforme o “cálculo de consequências”, expressa o desprezo pelo evento inesperado, que poderá constituir “a própria textura da realidade no domínio dos assuntos humanos, em que “o inteiramente improvável ocorre regularmente” (CH, 2016, p. 373). Quando do advento da 1ª Guerra Mundial (1914 – 1918), os homens, inseridos em uma ordem que produz e fabrica, sem testamento ou legado que pudessem “ler”, e com o qual pudessem dialogar para obter um modelo para a ação, tinham sido, há muito, completamente

arremessados [...] para dentro de si mesmos”, o que [tornara] “possível haver uma enorme atividade estritamente mundana sem que [houvesse] qualquer cuidado ou deleite com o mundo, uma atividade cuja motivação mais profunda [era], ao contrário, a preocupação e o cuidado com o si-mesmo” (CH, 2016, p. 314).

Os homens foram surpreendidos pelo que Arendt nominou como “primeiro desamparo de sua existência”<sup>98</sup>, no mundo colapsado pela guerra, decorrente da série de eventos ocorridos no curso da Modernidade, e nela cristalizados. Enquanto

---

<sup>96</sup> Em “Dias na Birmânia”, George Orwell (1903-1950), que lá permaneceu entre 1922 e 1928 como agente da Polícia Imperial da Índia, traça um contundente painel interno do processo de expansão imperialista, do domínio e do desprezo do colonizador pelos povos “não capitalistas” (N. A.).

<sup>97</sup> Uma interessante contribuição sobre o processo de expansão do capital e de migração das populações empobrecidas, “fora do jogo”, é dada pela obra de Joseph Conrad (1857 - 1924), “No Coração das Trevas. Nela, o autor ficcionou fatos envolvendo a exploração do marfim no Congo, à época uma colônia da Bélgica; (o livro foi objeto de debates acerca da existência ou não de racismo em sua trama, bem como modos de percepção na relação europeu/africano, civilização e barbárie) (N. A.).

<sup>98</sup> OT, 2014, p. 446.

evento, a Guerra esfacelou a ordem conhecida, a economia, o sistema de classes<sup>99</sup>, e

[a] queda das paredes protetoras das classes transformou as maiorias adormecidas que existiam por trás de todos os partidos, numa grande massa desorganizada e desestruturada de indivíduos furiosos que nada tinham em comum exceto a vaga noção de que as esperanças partidárias eram vãs (OT, 2014, p. 444).

Arendt (OT, 2014, p. 440), observa que as liberdades democráticas “só adquirem significado e funcionam organicamente quando os cidadãos pertencem a agremiações ou são representados por elas ou formam uma hierarquia social e política”. Nesse contexto, emergiu o homem de massa, cuja

principal característica [...] não é brutalidade nem a rudeza, mas o seu isolamento e a sua falta de relações sociais normais. Vindas da sociedade do Estado-nação, que era dominada por classes cujas fissuras haviam sido cimentadas pelo sentimento nacionalista, essas massas, no primeiro desamparo de sua existência, tenderam para um nacionalismo especialmente violento, que os líderes aceitavam por motivos puramente demagógicos, contra os seus próprios instintos e finalidades (OT, 2014, p. 446).

Tornou-se possível a ascensão do Nazismo<sup>100</sup>,

---

<sup>99</sup>Inicialmente, o termo tem o significado a ele conferido no pensamento lógico do Medievo, ou ao emprego dado pelos lógicos do séc. XIX, para quem designa “a *extensão* de um termo, ou seja, o conjunto dos indivíduos que caem sob uma mesma denominação” (ABBAGNANO, 1982, p. 135). A mesma ideia está presente quando transposto para um contexto sociológico, no qual é adjetivado pela partícula “sociais”: a classe social, é, em primeiro lugar, um “conjunto não institucionalizado de pessoas, entre as quais existem certas categorias comuns, [uma] comunidade de cultura, nível de vida, de função ou de interesses econômicos e até mesmo por um sentimento de vinculação comum” (ARNAUD *et alii*, 1999, p. 96). À concepção *realista* de classe (conjunto definido por fatos materiais e consciência coletiva dos indivíduos, à qual se vincula Marx, se opõe a concepção *nominalista*, (Webber), em que a situação de classe é imposta ao indivíduo pela ideia que os demais fazem de sua situação. O termo era empregado desde o Direito Romano, que distinguia os cidadãos de acordo com as condições sociais e políticas. Pela estratificação social, define-se a classe de pertencimento a partir de indicadores como renda, poder e prestígio; pelas teorias das classes, de fundo marxista, define-se a classe “a partir do lugar do agente social no processo de produção” (ARNAUD, *et alii*, 1999, p. 97, grifos dos autores).

<sup>100</sup> Arendt chama a atenção para o fato de que a ausência de estratificação social na população rural da Rússia, favoreceu a deposição do governo democrático pelos bolchevistas.

pois “se o desenraizamento, a falta de um sentimento de pertença e a desintegração dos corpos políticos e das classes não geram diretamente o totalitarismo, no mínimo criam quase todos os elementos que acabam entrando em sua composição” (C, 2011a, p. 295).

Assim, na aliança entre a ralé do séc. XIX (o “subproduto da produção capitalista”) e as massas, ambas “fora de qualquer ramificação social e representação política normal” (OT, 2014, p. 442), o Totalitarismo encontrou as condições que possibilitaram o seu ascenso. Isto porque dependia “de uma massa atomizada e individualizada” (OT, 2014, p. 447), inserida em um ambiente de exclusão do espaço público e no qual é possível viver “sem ter nada em comum, sem partilhar nenhum campo visível e tangível do mundo” (C, 2011a, p. 376). Em um mundo assim, “o pensar e o julgar [são] anulados ou suprimidos, permitindo que [haja] a adesão aos comportamentos e às regras pré-definidos” (SCHIO, 2008 p. 27), pois

A única capacidade do espírito humano que não precisa do eu nem dos outros nem do mundo para funcionar sem medo de errar, e que independe tanto da experiência como do pensamento, é a capacidade do raciocínio lógico, cuja premissa é aquilo que é evidente por si mesmo (OT, 2014, p. 637).

Embora os Totalitarismos Nazista e Stalinista difiram quanto ao núcleo, o fim – domínio total da vida - é o mesmo. No primeiro, fabricam-se os processos da natureza, no segundo, os da História. Nos dois casos o governo mobiliza “a vontade do homem para forçá-lo a mergulhar [no] gigantesco movimento da História ou da Natureza” (OT, 2014, p. 631). Mas em ambos o “‘raciocínio frio como gelo’ e o ‘poderoso tentáculo’ da dialética [constituem] a coerção interna, cujo conteúdo é a rigorosa evitação de contradições” (*ibidem*, 2014, pp. 637 – 638). A contradição tornaria impossível comutar uma ideia “numa premissa no sentido lógico, isto é, em algum postulado evidente do qual seria possível deduzir todo o resto seguindo uma rigorosa coerência lógica” (C, 2011a, p. 340). Para que a coerência seja possível, “corrige-se” a História, reescrevendo-a, e a lei, que “deveria apenas definir os limites dentro dos quais existe uma esfera de vida diferente, não pública (*ibidem*, 2011a, p. 354), torna-se o que o decisor diz que é.



O evento totalitário, caracterizador da ruptura definitiva com a Tradição de Pensamento Político Ocidental, uma vez ocorrido, deixou em aberto a possibilidade de novas manifestações, não de domínio total, mas de domínio parcial, micrototalitárias, que se entranham na permanente erosão das relações sociais normais – família, amizade, camaradagem (*ibidem*, 2014, p. 454), também, e hoje, trabalhistas, consumeiristas, previdenciárias, por exemplo, que serão submetidas ao cálculo de consequências e à decisão judicial<sup>101</sup>. É que a adesão, a conformidade a comportamentos e regras pré-definidas é mediada pelo aderir às máscaras – *personas* - que o indivíduo atomizado passa a usar e desempenhar. Conforme Arendt,

na lei romana, *persona* era alguém que possuía direitos civis [...] [e] corresponde com grande precisão ao nosso modo de aparecer em sociedade, onde não somos cidadãos, igualados pelo espaço público estabelecido e reservado para a fala e atos políticos, mas onde somos aceitos como indivíduos em nosso direito, e, no entanto, de modo algum como seres humanos enquanto tais (DP, 1993, p. 176).

Ou seja, a máscara é colada, posta ou vestida por qualquer um que o direito reconheça.<sup>102</sup> Ocorre que os homens vestirão a máscara não a partir de sua condição humana, mas desde a sua relação com o elemento objetivo da relação jurídica<sup>103</sup>, principalmente a propriedade, e a sua face visível, o contrato<sup>104</sup>. Aquilo

<sup>101</sup> Ainda sobre o tema, e para atualizá-lo, afirma Campilongo (2002, p. 29) ser a relação entre decisão judicial e sistema político permeada pelo Estado, e sinaliza que hoje, do “prisma jurídico, o direito do mercado globalizado flexibiliza o direito positivo estatal em todos os planos (direitos individuais, políticos e sociais).”

<sup>102</sup> O Código Civil brasileiro, em seu art. 1º, conceitua pessoa natural como aquele que é capaz de direitos e deveres na ordem civil. A pessoa deve preencher o gabarito (ter personalidade e capacidade – ou ser representado/assistido) para poder participar da representação de papéis sociais, vestir as máscaras. Hoje, os movimentos sociais querem “vestir” as máscaras (*personas*) no meio-ambiente, o que é vedado no direito brasileiro: ele recorta e seleciona (N. A.).

<sup>103</sup> Para o conceito de “relação jurídica” é necessário ter presente o que é o direito subjetivo, do qual aquela é elemento. O direito subjetivo, enquanto faculdade de agir, tem como elementos também o sujeito e o objeto. Diz-se o sujeito a pessoa, natural ou jurídica, a quem a ordem jurídica assegura aquela faculdade. O objeto é todo o bem com existência fora do homem (a coisa e ou o crédito, por exemplo). A relação jurídica é o vínculo jurídico entre dois sujeitos de direito (pessoas: física/jurídica) com a finalidade de criar, modificar ou extinguir direitos (exemplos: o contrato de transporte no ônibus urbano, pelo qual surge o direito (para alguém) a ser transportado do ponto “a” ao ponto “b”, e o direito (para outrem) de receber o pagamento; ou a aprovação em concurso para cargo público; aqui, em havendo nomeações, o aprovado tem direito à nomeação, e a Administração Pública o dever de nomear na ordem da classificação). Observe-se que ao direito a algo corresponde o dever de (N. A.).

que formalmente, no direito, é denominado “sujeito de direitos” o é, apenas nessas condições, e nessas, a superfluidade dos homens receberá o acabamento da máscara do consumidor ou do trabalhador/empregado. Nesse contexto, para Arendt, requer-se dos membros da sociedade “um funcionamento puramente automático, como se a vida individual realmente houvesse sido submersa no processo vital global da espécie” (CH, 2016, p. 400), o que, segundo Schio (2008, p. 28), significa dizer que

o governo [será] organizado para cuidar das necessidades privadas, extinguindo a distinção entre o público [...] e o privado [...] [pois na] situação em que o privado passa a ocupar o lugar do público, o que era público se torna uma administração, e essa é burocrática [...]

Em um governo assim organizado, aparece o problema indicado, que é a disfuncionalidade da decisão judicial e a vigência de uma lei com pretensão de generalidade<sup>105</sup>, construída por participação apenas de quem “tem mundo” (propriedade), e, portanto, sem legitimidade. Na sociedade de massa e dentro da burocracia, quanto ao direito, a lei será a premissa maior de um raciocínio lógico, ou poderá ser substituída por uma interpretação que é indiferente “quanto à incompatibilidade de conteúdos, isto é, [que aceita] a inconsistência e [...] convive com ela” (FERRAZ, 1993, p. 32), em uma espécie de “estado de exceção”, ou “espaço vazio”.

---

<sup>104</sup> O contrato é o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas com a finalidade de criar uma relação jurídica de natureza obrigacional, como por exemplo, o contrato individual de trabalho. Ele pode vincular também o Estado e o particular (N. A.).

<sup>105</sup> Conforme Vasconcelos (2006, p. 142), “Generalidade e abstratividade seriam meios imprescindíveis, na concepção liberal, à garantia da idoneidade da lei, mantendo-a à margem das disputas pessoais. Aspirava-se a assegurar a certeza do Direito, único valor que o Positivismo soube distinguir”. Essas características ainda são consideradas pela Teoria do Direito.

#### 4 “O direito é aquilo que é bom para o movimento”<sup>106</sup>

O que estamos fazendo [?]

(CH, 2016, p. 6)

Na Modernidade, e especificamente a partir do séc. XIX, concretizou-se um novo modo de vida voltado para a escolha racional de meios necessários para a obtenção dos fins almejados pela burguesia, entre os quais, a concentração de riqueza e de poder pela “boa sociedade” e o conformismo das massas. Essa mudança moldou um Estado de característica liberal, expressão política da esfera social (CH, 2016, p. 34), com poder tripartido.<sup>107</sup> Na “partilha das honras”, coube ao Poder Judiciário a função de “administrar a Justiça”, entendida a partir de então, e nesta perspectiva, como símile à lei produzida pelo Estado. Conforme Adeodato,

pela primeira vez o Estado [pretendeu] identificar-se com o mundo jurídico e arvorar-se detentor do *monopólio* do *direito*, ou seja, este [passou] a ser visto como produto de uma origem única, em contraste flagrante com a pluralidade de fontes do direito medieval [o que a rigor significa] que o Estado detém a última instância para dizer o direito [...] (1989, p. 53)<sup>108</sup> (grifo do autor).

Neste movimento, o direito firmou-se como “o protetor nomeado não tanto da liberdade, [mas] do processo vital, dos interesses da sociedade e dos indivíduos” (EPF, 2014a, p. 196), isto é, da conformação da vida na Modernidade. Para isso, estruturou-se como um sistema parcial funcional, uma organização hierárquica de regras produzidas pelo ente estatal, “cristalizando [em códigos] elementos existentes” (EPF, 2014a, p. 333) na sociedade, como a concentração de riqueza acima referida, e as exigências da liberdade negativa. O direito passou a ser a lei positiva (vigente), e esta não mais

---

<sup>106</sup> OT, 2014, p. 550; o direito é bom quando não obstaculiza a economia (N. A.).

<sup>107</sup> Arendt (C, 2011a, p. 349) considera “estranho e surpreendente” a definição de poder como soberano e indivisível, feita por Montesquieu, na medida em que também fixou a teoria a divisão dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário.

<sup>108</sup> Ainda conforme o autor, também o aparecimento do direito processual (procedimentos organizados para cumprimento da função do direito), passa a “preencher os claros deixados pelo direito natural (1989, p. 54).

uma muralha, sem a qual poderia existir um aglomerado de casas, um povoado (*asty*), mas não uma cidade, uma comunidade política. Essa lei-muralha era sagrada, mas só o recinto amuralhado era político. Sem ela, seria impossível haver um domínio político como existir uma propriedade sem uma cerca que a delimitasse; a primeira resguardava e circundava a vida política, enquanto a outra abrigava e protegia o processo vital da família (CH, 2016, p. 78)<sup>109</sup>.

A lei foi reduzida a uma expressão de linguagem, ou seja, texto, com a finalidade de adequar comportamentos por meio de modalizadores encerrados no próprio sistema. Esta finalidade última tem como pressuposto a decisão judicial, um produto do sistema de execução da atividade pública estatal (*work*). A determinação do comportamento é materializada na decisão, entendida como tema central para o direito, sobretudo a partir de sua matriz moderna de inteligibilidade que é o direito estatal.

A hipótese é de que a decisão judicial, no Brasil, apresenta características micrototalitárias por meio da burocracia. O sistema é operado por um “funcionário/órgão”, especializado, o juiz, cuja atuação é delimitada por rotinas, regras e hierarquia. Trata-se de uma operação realizada no contexto da burocracia estatal, portadora da “necessidade implacável e ao mesmo tempo desprovida de sentido que caracteriza [também] os sistemas [parciais micrototalitários]” (VETÖ, 1989, p. 69).

A decisão judicial tem origem em limites previamente definidos (ordenamento), que lhe conferem validade formal e material e, assim, legitimidade enquanto consequência lógica do sistema judicial. Dito de outro modo, com a “ascensão da lei e a positivação do direito, a legitimidade fez-se *legitimação*, o que [significou] transferir a questão de fundamento para uma *ação legitimadora* por parte do Estado” (ADEODATO, 1989, p. 55, grifos do autor), que alcança a própria decisão judicial, enquanto manifestação do sistema. Portanto, proceder à demonstração da possível natureza micrototalitária da decisão judicial implica

---

<sup>109</sup> Para melhor compreensão, cabe referir que a antiga separação entre as esferas pública e privada mantinha todas as atividades voltadas à manutenção do processo biológico nos limites do lar; elas não estavam “autorizadas a adentrar o domínio político” (CH, 2016, p. 45), espaço da liberdade entre iguais.

analisar seu “território de produção”, os trâmites de sua elaboração, o que lhe confere autoridade, seus limites e responsabilidade.

A demonstração é importante, na medida em que a decisão se insere no contexto da função do direito como forma instrumental, sistema regulador de comportamentos em uma sociedade que “exige sempre que os seus membros ajam como se fossem membros de uma enorme família que tem apenas uma opinião e um único interesse” (CH, 2016, p. 48). Ou seja, as regras, (e como tal a decisão judicial) são impostas visando “normalizar os seus membros, a fazê-los comportarem-se, [de forma a] excluir a ação espontânea ou a façanha extraordinária” (*ibidem*, 2016, p. 50).

É também por meio do sistema do direito, propriamente da decisão judicial, que se fará, na sociedade da massa, a medida do exercício da liberdade e da igualdade<sup>110</sup> tal como entendidas por Arendt. Na sociedade de massas os vários grupos sociais “foram absorvidos por uma sociedade única” na qual o “comportamento substituiu a ação como principal forma de relação humana” (*ibidem*, 2016, p. 50). Neste contexto, coube ao sistema parcial do direito, por meio de “um catálogo de proibições”(CH, 2016, p. 78), e no caso brasileiro, também de permissões e obrigações, garantir o adequado comportamento dos indivíduos.

A consideração dos elementos “decisão, micrototalitarismo e burocracia”, remete à perspectiva teórica do direito, pois conhecer o entorno teórico da decisão implica refletir, ao mesmo tempo, sobre o sistema e sobre como os enunciados podem ser verificados na decisão judicial. O recorte cinge-se aos limites da Teoria do Direito, delimitação que se justifica para a demonstração do caráter micrototalitário da decisão judicial. Ele permite aproximações acerca da função (regular comportamentos) e do uso do direito, pois materializa o “modo de fazer” no

---

<sup>110</sup> A liberdade, a igualdade e a solidariedade/fraternidade, compõem o leque de promessas da Modernidade encartadas na CF/88, em seu Art. 3º, I. Constituem os objetivos da República Federativa do Brasil. Ressaltam-se as duas primeiras porque é de seu conteúdo original, tal como vivido na *pólis*, que Arendt tratou. Na CF/88 encerram conteúdo diverso, formal, relacional à lei e são, não a contingência, o real, mas ficção. A fraternidade foi isolada porque é da tradição cristã e conforme Arendt (CH, 2016, p. 65), não constituiu categoria política para os gregos; à ela vincula-se a ideia de caridade, elevada à condição de “princípio concebido para manter unida uma comunidade de pessoas destituídas de interesse comum e que já não se sentiam relacionadas e separadas por ele”.

Direito Brasileiro. O ponto de referência, nesse caso, é o direito praticado<sup>111</sup>, ou seja, o ponto de partida é o “como” ela é elaborada pelo juiz.

O Direito Brasileiro, por ter seu caráter fundamental na prescrição legislativa, insere-se no contexto teórico do direito moderno, positivado institucionalmente. O fenômeno da positivação, sob a perspectiva filosófica, significa o ato de positivar, isto é, o ato de estabelecer/aplicar um direito por força de um ato de vontade (decisão judicial, no caso),

à medida que tais atos de vontade são atos decisórios, positivação passa a ser um fenômeno correlato de decisão [...]. Em outras palavras, o direito positivo não é só aquele posto por decisão, mas, além disso, aquele cujas premissas da decisão que o põem também são postas por decisão (FERRAZ JR., 1983, p. 74).

Deste modo, aborda-se a decisão, ou seja, a norma jurídica, bem como a premissa dessa decisão, o ordenamento jurídico como sistema. Isso não implica desconsiderar a crise do modelo juspositivista após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Encerrada a Guerra, surgiu na Europa o chamado “neoconstitucionalismo”, que, em síntese, diante do “indizível mal” – Totalitarismos –, defendeu uma metodologia principiológica capaz, por si, de garantir a dignidade, a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade, isto é, com a pretensão de proteger os cidadãos contra a desmedida do mando<sup>112</sup>. O evento “guerra” provocou a

---

<sup>111</sup> "O ponto de referência da Teoria do Direito é o direito praticado, ainda que a Teoria do Direito, como forma de *expertise* jurídica altamente enriquecida pela ciência, comunique-se mais intimamente com as disciplinas humanas e naturais análogas do que, por exemplo, com a dogmática do direito" (VESTING, 2015, P. 53/54) Por isso não se abordará outros teóricos da Filosofia do Direito (Habermas, Alexy, Dworkin etc).

<sup>112</sup> No Brasil, o fenômeno do “neoconstitucionalismo” passou a ser observado desde a Constituição de 1988, mediante a declaração de constituir-se o país um “Estado Democrático e de Direito” (CF/88, Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e pelo Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, e tem como fundamentos: [...]). O Estado democrático é formalmente comprometido com os princípios acima indicados e com a partição do poder. A palavra “poder”, aqui, está empregada no sentido da Constituição Federal/88, na redação dada ao seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, e não como a capacidade de levar alguém a agir de uma determinada forma, individual ou coletivamente, ou como a emprega Hannah Arendt, para quem a palavra “poder”, “como seu equivalente grego, *dynamis*, e o latino, *potentia*, com seus derivados modernos, ou o alemão *Macht* (que vem de *mögen* e *möglich*, e não *machen*) indicam seu caráter de ‘potencialidade’”. (CH, 2016, p. 248).

mudança de perspectiva com o reconhecimento do caráter normativo dos princípios.<sup>113</sup>

Em relação aos efeitos dos princípios na ordem prática<sup>114</sup>, houve, ao longo da história, três momentos distintos: A) Os princípios não serviam para a imposição de obrigações a terceiros, não possuindo, portanto, qualquer força normativa. Eles consistiam em simples proposições de valor, de conteúdo programático, a fim de inspirar os ideais de justiça (fase jusnaturalista). B) Posteriormente, passou-se a reconhecer alguma força normativa (jurídica) aos princípios, mas apenas em caráter subsidiário, ou seja, quando não houvesse norma expressa (positivada) disciplinando uma determinada relação jurídica (fase do positivismo). Nessa fase, os códigos passaram a prever a possibilidade de aplicação subsidiária dos princípios gerais de direito, na hipótese de omissão legislativa<sup>115</sup>. C) Após a Segunda Guerra Mundial, contudo, não se nega mais “a força normativa aos princípios”. Ou seja, na fase atual, denominada pós-positivista, passou-se a “reconhecer aos princípios força cogente”, obrigatória, de maneira semelhante (porém não idêntica) àquela conferida às demais regras. A partir dessa nova realidade, abandonou-se a antiga dicotomia entre princípios e normas, passando-se a adotar a distinção entre princípios e regras (textos), ambos como espécies do gênero norma jurídica.

No atual estágio da Teoria do Direito, seja ela de viés crítico ou não, faz-se mister observar o princípio da plenitude hermética do ordenamento jurídico, mesmo que seja considerado como uma perspectiva enfraquecida por alguns (VIGO, 2010,

---

<sup>113</sup> Princípio: do latim *principium*; ponto de partida, e fundamento de qualquer processo (ABBAGNANO, p. 760). Na Ciência do Direito, é norma diferente de regra (texto). Duas correntes tratam da aplicação dos princípios. Para a primeira, a Teoria Clássica do Direito Público, há nos princípios um elevado grau de abstração, o que permite um grau maior de subjetividade do aplicador, e que eles constituem os valores de um ordenamento jurídico. Para a Teoria Moderna do Direito Público, os princípios são normas que se caracterizam por sua aplicação mediante ponderação em relação a outras, admitindo, por isso, variados graus de aplicação, no que diferem das regras em sentido estrito, aplicadas mediante subsunção (BARRETO, 2006, p. 657).

<sup>114</sup> “Nesse caso, os princípios – agora associados à Constituição e a toda sua carga política de conformação de uma nova sociedade e da possibilidade de instituição de um melhor governo, limitado e respeitador dos direitos e garantias fundamentais – passam a incorporar um elemento pragmático muito forte. Há certa semelhança de intencionalidade com relação aos princípios gerais do Direito. Ambos atuam num contexto de aplicação do Direito” (STRECK, Dicionário de Hermenêutica Livro eletrônico).

<sup>115</sup> A referência é a da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lei nº. 12. 376/2010, cujo artigo 4º tem a seguinte redação: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

p. 54). No direito brasileiro, ele está positivado no inciso II do art. 5º da Constituição Federal, a saber: “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Trata-se, mais especificamente, do princípio da legalidade ou da inegabilidade do ponto de partida (FERRAZ JR., 1993, p. 48).

Nesse sentido, a abordagem da norma jurídica também não estaria enfraquecida. Os que sustentam a não centralidade da norma na análise teórica do direito o fazem sob o seguinte argumento: “a presença operativa em todo o direito, da Constituição, facilita que, através da invocação de valores ou princípios constitucionais, desprestige-se ou invalide-se uma norma infraconstitucional” (VIGO, 2010, p. 54). É possível afirmar que nele está ínsita uma contradição<sup>116</sup>. Se uma norma é afastada por contrariedade à Constituição, significa a) que ela será válida e vigente se estiver de acordo com a ordem constitucional e b) caso contrário, o juiz deve afastá-la. Seja por um lado ou por outro, a norma jurídica tem lugar central na análise. Parte-se da análise da (i) origem da norma jurídica e a sua relação com a decisão judicial e, na sequência, (ii) a localização da decisão judicial no contexto do sistema jurídico, para (iii) vincular essa compreensão com o chamado “estado de exceção”.

#### **4. 1 A relação entre norma e decisão: uma e mesma coisa**

A Teoria do Direito, antes de o considerar como um sistema (até o séc. XX), teve por objeto o estudo da norma jurídica<sup>117</sup>. Um significado específico de “norma jurídica” possibilita a compreensão da natureza (origem) e do funcionamento

---

<sup>116</sup> A posição de Vigo não superou a análise normativa, pelo menos no Direito Brasileiro, pois o art. 8º, do Código de Processo Civil determina ao juiz que aplique “o ordenamento” (N. A.).

<sup>117</sup> Conforme Vesting (2015, p. 28), a alteração inicial, para uma Teoria do Direito “orientada para a norma partiu da distinção kantiana entre dever-ser e ser, que aqui foi traduzida em uma diferença irreconciliável entre normas jurídicas e fatos extrajurídicos. Em Kelsen, ambas as distinções foram fundamentadas com o auxílio de uma lógica proposicional característica, que estaria ancorada na consciência (de todos os homens). Seu resultado foi uma espécie de teoria de dois mundos: o mundo 1 é o mundo das normas jurídicas, o mundo do mero dever-ser, enquanto o mundo 2 é o mundo da facticidade e dos fatos existentes (Seinstatchen)”.



(burocracia) da decisão. A expressão conceitual “norma jurídica” a ser considerada é, desde a perspectiva da linguagem, a atividade do juiz na fixação do significado do texto (dispositivo legal). Tornar presente, conhecer o significado de um texto, é uma atividade praticada nos limites impostos pelo próprio sistema. Como tal, deve ser localizada no referencial arendtiano, como *labor*, *work* ou *action (vita activa)*, do pensar, do querer e do julgar (*vita contemplativa*).

Nesse contexto, as distinções entre as faculdades espirituais da razão e do intelecto (compreender e entender) devem ser abordadas, pois esclarecer essas diferenças é fundamental para entender o que se passa com a decisão judicial. Apoiada em Kant, Arendt afirma que os homens são “o que [eles] sempre foram – seres pensantes [...] [com] uma inclinação, talvez uma necessidade, de pensar [uso da razão] para além dos limites do conhecimento” (VE, 2016, p. 26), e assim, a compreensão é processo

infindável e, portanto, não pode gerar resultados definitivos. É a maneira especificamente humana de viver, pois todo indivíduo precisa se sentir conciliado com um mundo onde nasceu como estranho e onde sempre permanece como estranho [...] [e seu resultado] é o significado, a que damos origem no próprio processo de viver, na medida em que tentamos nos conciliar com o que fazemos e com o que sofremos (C, 2011a, p. 330 – 331).

O intelecto, por sua vez, enquanto faculdade espiritual, tem por interesse a cognição, cujos critérios são a certeza e a evidência na busca da verdade (VE, 2016, p. 30), movendo-se no mundo das aparências<sup>118</sup>. Para Arendt, “a falácia básica que preside todas as falácias metafísicas é a interpretação do significado no modelo da verdade” (*ibidem*, p. 30). A decisão judicial tem uma “metafísica” que lhe é própria, a “norma hipotética fundamental”, como se verá.

Assim, é possível pensar que a operacionalidade do direito, na produção da decisão, não busca significado, e portanto, descarta o sentido do que faz. Ocorre que a “verdade” que o direito produz vincula-se a “um rearranjo [da] trama fatural,

---

<sup>118</sup> Conforme Arendt (VE, 2016, p. 28; LK, 1993, p. 16), Kant traçou a “distinção entre as duas faculdades espirituais após haver descoberto o ‘escândalo da razão’, ou seja, o fato de que nosso espírito não é capaz de um conhecimento certo e verificável em relação a assuntos e questões sobre os quais, no entanto, ele mesmo não se pode impedir de pensar”.

[havendo] a criação de outra realidade, por assim dizer, na qual [a trama se subsume] sem remendos, falhas ou rachaduras” (EPF, 2014a, p. 313).

A elaboração de uma outra realidade é possível por meio da norma, admitida como proposição que pertence à categoria das proposições prescritivas. Trata-se de um conjunto de palavras que formam um enunciado modalizador de conduta capaz de regular o comportamento, e que consiste no permitir, ordenar e proibir. Diante disso, o “significado” é o conseqüente do antecedente “texto normativo”, e a interpretação é o ato do intérprete.<sup>119</sup>

Ela (a interpretação) deve ser tomada como um enunciado discursivo, a fim de ser possível verificar a sua relação com o seu antecedente texto. Nesse contexto, a atividade do juiz é somente a de subsumir o fato à regra, a realização imediata do juízo determinante (KANT, 2012, p. 11): dado o geral (regra, texto), o particular (fato) é àquele submetido e a conclusão é determinada pelo modalizador presente no texto. O ajuizamento resulta de uma operação na qual “é possível manter a atividade mental apenas na esfera da cognição, buscando dados, informações encadeadas, lógicas, sem delas extrair quaisquer ensinamentos, ou mesmo questionar 'por que' ocorreram” (SCHIO, 2012, p. 79).

Sob outro aspecto, não somente a lei perdeu o significado conferido pelos antigos; também termos como “discurso”, “autoridade”, “poder”, esvaziaram-se de seu sentido original, assumindo outros, adequados ao presente, a outros interesses e contextos. Isto porque na Modernidade desprezaram-se as distinções conceituais, e

[procede-se] baseados no pressuposto de que qualquer coisa pode, eventualmente, ser chamada de qualquer outra coisa, e de que as distinções somente têm significado na medida em que cada um de nós tem o direito de “definir seus termos”(EPF, 2014a, p. 132)<sup>120</sup>.

<sup>119</sup> Segundo Guastini (2005, p. 24), “[...] submeter a interpretação à análise lógica, convém concebê-la não como uma atividade intelectual, mas antes como uma atividade discursiva, ou caso se preferir, convém examinar não a atividade interpretativa enquanto tal, mas em melhor medida como produto literário (seja este uma obra doutrinária, uma medida judicial [decisão] ou outro. Desse ponto de vista, a interpretação ganha destaque enquanto expressão discursiva da atividade intelectual: a interpretação é o discurso do intérprete”.

<sup>120</sup> Arendt enfatiza a dificuldade de precisar as distinções na Modernidade, a partir da “quase universal funcionalização de todos os conceitos e ideias”, levada a efeito pelas Ciências Sociais, para

Deste modo, no direito, o discurso é uma “verdade revelada”, restando sepultado no passado o sentido grego do termo, de elemento da política, em que “cada indivíduo em sua distinção única, [aparecia] e [confirmava-se] no discurso e na ação” (CH, 2016, p. 257), ou seja, um dos modo pelo qual ocorria “o desvelamento do “quem” (*ibidem*, 2016, p. 228).

Retomando a questão da relação entre texto e significado do texto, observa-se que a partir da análise linguística,<sup>121</sup> - especialmente as contribuições da semiologia e da semiótica no estudo da linguagem (WARAT, 1984, p. 37) –, tem sido a dinâmica da matriz filosófica dominante no direito, o “Positivismo Lógico”. A linguagem é importante porque a Ciência do Direito deve construir seu objeto – a norma, sobre dados que são expressos pela própria linguagem (*ibidem*, 1984, p. 38).

Sob a perspectiva da linguagem, a lei é qualquer disposição que faça parte de um documento (código, lei ordinária, Constituição etc.), ou seja, um enunciado do discurso das fontes (GUASTINI, 2005, p. 28).<sup>122</sup> Para a semiologia de Saussure (1857 – 1913), o signo é uma unidade bifásica (contém indicador e indicado), em relação ao qual a lei corresponde ao significante, ou “indicador”, situado no plano da expressão, de natureza sempre material (som, grafia, gesto)” (*op. cit.*, 1984, p. 39). Por outro lado, a norma é “todo enunciado que constitua o sentido ou o significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições” (GUASTINI, 2005, p. 25). Dito de outro modo,

Um dispositivo ou disposição é assim um enunciado do discurso legislativo [...]. Todavia, um dispositivo, seja ele constitucional ou infraconstitucional não pode ser compreendido como sinônimo de norma. E isso porque não passam de enunciados contidos nos textos normativos ao passo que as

---

quem “o que quer que preencha as mesmas funções pode, conforme tal ponto de vista, ser englobado sob a mesma denominação (EPF, 2014, p. 139 – 140).

<sup>121</sup> Em sua apresentação da obra de Norberto Bobbio, “Teoria do Ordenamento Jurídico” para a edição brasileira, Ferraz Jr. observa que a análise linguística do direito feita por Bobbio reformula os estudos jurídicos na década de 50, do século passado, que estavam presos a uma “polêmica tornada tédios e infecunda entre jusnaturalismo e positivismo (BOBBIO, 1989, p. 7).

<sup>122</sup> “ Podemos aceitar, neste momento, uma definição que já se tornou comum: ‘ fontes do direito ’ são aqueles fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas. O conhecimento de um ordenamento jurídico (e também de um setor particular desse ordenamento) começa sempre pela enumeração de suas fontes” (BOBBIO, 1989, p. 44).

normas são o sentido desse texto ou textos, o resultado, enfim, do seu processo interpretativo (BARRETO, 2006, p. 599).<sup>123</sup>

Mas a norma, enquanto resultado do juízo determinante nos limites do texto fixa uma verdade que, "em sua acepção objetivista ou racionalista, é algo que obscurece o entendimento, que se impõe a ele, que o torna prisioneiro e o coage em seu agir" (VETÖ, 1989, p. 73). Dito de outro modo, é possível afirmar ser a decisão judicial e a norma, uma e mesma coisa, e a sua validade resulta apenas da inferência lógica do texto, como um imperativo.

Sob este ponto de vista não existe "texto" sem "norma", ou "norma" sem "texto". Embora conexos, entre eles não há relação de identidade. Exemplifica-se com o artigo 121 do Código Penal, cujo texto descreve: matar alguém - pena: 6 a 20 anos de prisão; a norma prescreve: proibido matar.<sup>124</sup> O exemplo demonstra que a "função prescritiva, própria da linguagem normativa consiste em [...] influenciar o comportamento alheio e modificá-lo, em suma, no "fazer fazer" (BOBBIO, 2003, p. 78). Ou seja, a prescrição instrumentaliza e cumpre a função de controle dos comportamentos. A decisão submete-se à necessidade do texto, seu antecedente lógico sem o qual ela não se realiza, nem se viabiliza enquanto pronunciamento formal, ou seja, na "sentença." Na apreciação dos fatos que a antecede, vincula-se à

compreensão preliminar, que logo alinha o novo entre o velho, e com a abordagem científica, que se segue e deduz metodicamente dos precedentes o que não tem precedentes [o real], mesmo que tal descrição [...] divirja da realidade" (C, 2011a, p. 336).

Em outras palavras, ocorre a adesão a uma estrita logicidade, ao raciocínio lógico, "essa capacidade humana comum que funciona mesmo sob condições de total separação do mundo e da experiência, [...] [que] sem nenhum vínculo com algo

<sup>123</sup> Em geral esse aspecto é negligenciado pelos juristas, que usam, sem as devidas distinções, "um e o outro termo - numa oportunidade 'disposição' noutra 'norma' - para se referirem aos enunciados do discurso das fontes, quer ao seu conteúdo, quer ao seu significado: quer ao objeto, quer ao produto da interpretação"(GUASTINI, 2005, p. 28).

<sup>124</sup> Não se pode confundir o texto de um documento legislativo com o seu significado, pois "não existem coisas como normas não expressas, já que uma norma ou é expressa por uma disposição, ou não é" (GUASTINI, 2005, p. 43).

‘dado’, é incapaz de compreender qualquer coisa e, entregue a si mesma, é absolutamente estéril” (*ibidem*, 2011a, p. 341). O raciocínio é o primeiro momento interno do pensamento, com o qual o querer e o julgar “formam a tríade do mundo teórico” (VETÖ, 1989, p. 72), orientador da reflexão arendtiana. A passagem da proposição descritiva para a prescritiva ocorre nos marcos do raciocínio, pois é viabilizada pela “norma hipotética fundamental”, a “fonte externa de autoridade” (EPF, 2014a, p. 135) do sistema jurídico.

#### 4. 2 O lugar da norma e a imagem da pirâmide: o sistema é racionalidade

A validade e a eficácia da decisão judicial encontram seu fundamento no ordenamento jurídico, que é a condição de possibilidade da resposta à pretensão de regramento das condutas humanas, conforme previsto pelo Estado. Nessa perspectiva, na Modernidade, o ordenamento é a pressuposição do fazer do juiz e seu princípio explicativo. Ou seja, o direito é um sistema de decisões que se processam numa ordem hierárquica e na qual a verdade da prática [é] o trabalho maquinal e não a ação político-moral (VETÖ, 1989, p. 69).

Definir a norma como um evento “micrototalitário” requer seja isso demonstrado também na análise do sistema normativo. O ordenamento jurídico, na perspectiva de sistema, constitui-se no meio (escolha racional de meios necessários para a obtenção de fins) para a execução da atividade jurisdicional, pois ele fixa e determina a rotina da atuação do juiz. Trata-se de um universo burocrático necessário para a decisão do juiz. Por isso, cabe analisar o sistema jurídico e verificar a sua estrutura burocrática como meio pelo qual o julgador atua, entendendo-se

por “sistema” uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num

relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível esta relação, [pois o ordenamento jurídico seria um sistema dinâmico]. É aquele no qual as normas [...] derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através do seu conteúdo, mas através da *autoridade* que as colocou; uma autoridade inferior deriva de uma autoridade superior, até que chega à autoridade suprema que não tem outra acima de si (BOBBIO, 1989, p. 71-72) (grifos do autor).

As normas jurídicas (decisões) são proposições com função (regular comportamentos), e se materializam em um artefato, a decisão/sentença. Constituem, portanto, um algo próprio da esfera da fabricação, “na qual a serventia e a utilidade são estabelecidas como critérios últimos para a vida e para o mundo dos homens” (CH, 2016, p. 195). Por isso, elas definem o itinerário de todas as ações (BOBBIO, 2003, p. 26), ou seja, funcionam como instrumento para a obtenção de um algo, a projeção do futuro. Vertidas na sua forma material,

[passam] a ser então [...] [objetos] entre objetos, [...] [acrescentados] ao enorme arsenal de coisas dadas do qual o [juiz, por exemplo] seleciona livremente os meios [...] e na medida em que é apenas um fabricante de coisas e pensa somente em termos dos meios e fins que decorrem diretamente de sua atividade da obra, é [...] incapaz de compreender o significado [e responsabilizar-se] (CH, 2016, p. 192).

Por outro lado, as normas, formalmente, encontram-se em escalas distintas, o ordenamento jurídico é uma elaboração escalonada de normas. O núcleo dessa tese é de que as normas não estão todas em um mesmo plano: há normas inferiores e superiores (BOBBIO, 1989, p. 49). Nesses termos, o regresso à norma superior não implica um regresso ao infinito. Se assim fosse, o ordenamento seria irracional. Há um princípio superior de explicação, do qual os planos inferiores são deduzidos. Este princípio é a norma fundamental que confere unidade a todas as demais normas. A imagem piramidal representa o ordenamento jurídico e aponta o princípio explicativo, pois nela a

[fonte] de autoridade jaz externa a si mesma, [e a] sede de poder se localiza em seu topo, do qual a autoridade e o poder se filtram para a base de maneira tal que cada camada consecutiva possua alguma autoridade, embora menos que a imediatamente superior, e onde, precisamente devido a esse cuidadoso processo de filtragem, todos os níveis, desde o topo até a base, não apenas se acham firmemente integrados no todo mas se inter-relacionam como raios convergentes cujo ponto focal comum é o topo da

pirâmide, bem como a fonte transcendente de autoridade acima dela [no caso, a vontade geral] (EPF, 2014a, p. 135),

que substituiu, a partir do contrato social, as ideias de Direito Natural ou de Deus como fonte transcendente. Nos Totalitarismos, as leis da natureza ou da história constituem o princípio explicativo/fonte transcendente dos eventos. No direito, como espelho daqueles, o princípio explicativo é a norma fundamental, o axioma cuja aceitação implica reconhecer a ordem que sob ela repousa. Na perspectiva da sintaxe, a norma fundamental deve ser observada como sendo a regra de formação da linguagem normativa, pois permite a passagem de uma proposição descritiva para uma proposição prescritiva. E na perspectiva do sistema, ela será “o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico (é, neste caso, a regra de validade). Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento” (BOBBIO, 1989, p. 49).

Nesse contexto, a atividade de raciocínio do qual resulta a norma é controlada sistematicamente. Significa dizer que se deve observar critérios de elaboração e estruturação de “significações”. A elaboração redundante nos modos de dever-ser (permitido, obrigatório e proibido), que é viabilizado por uma estrutura condicional: “se é A, deve ser B”. A partícula condicionante “se” projeta o comportamento para o futuro. Se a conduta (fim) não for realizada, impõe-se uma consequência, que é a sanção. Ou seja, se “não-B, deve ser S (sanção):”<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> Exemplificativamente:

“Obrigatório”: a realização da conduta é pressuposto para a não ocorrência da sanção negativa.

Art. 481 do CC. Pelo contrato de compra e venda (Fato), um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro (Conduta).

Art. 389 do CC. Não cumprida a obrigação (não-C), responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado (S).

“Proibido”: a realização da conduta (proibida) é pressuposto para a ocorrência da sanção negativa.

Art. 121 do CP. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

“Permitido”: a realização da conduta (permitida) é pressuposto para a ocorrência da sanção positiva.

“Se o contribuinte pagar o imposto até o dia 10 de janeiro terá desconto de 10%.”

Estrutura da norma:

[o] esquema condicional é qualificado, então, como única forma praticável no sistema jurídico. Mesmo os enunciados jurídicos que não são explicitamente formulados como programa condicional precisam ser traduzidos para uma forma praticável condicional [por meio da interpretação], especialmente no contexto da formação de julgamento judicial”<sup>126</sup> (VESTING, 2015, p. 63).

O direito, assim, é concebido como um sistema hierárquico, em níveis normativos, com pretensão de “unidade, coerência e completude”. Esse modelo é a premissa operacional da atividade jurídica, enquanto burocracia, “a forma mais social de governo”, “uma espécie de governo de ninguém, o suposto interesse único da sociedade como um todo em questões econômicas” e que não é “necessariamente um não-governo” (CH, 2016, p. 49). Ou seja, ela é o sistema de execução da atividade pública, exercida por um funcionário definido, que se pauta por um regulamento fixo, determinada rotina e hierarquia. E a rotina burocrática do sistema exige seja ele unitário, coerente e completo.

O primeiro encrave burocrático é a unidade. O ordenamento forma uma unidade porque as normas que o compõem estão organizadas em níveis hierarquicamente interdependentes. Nestes termos, a forma praticável condicional implica a redução da multiplicidade de textos a um único enunciado (prescritivo). Isso, de maneira alguma, é simples; sob a perspectiva da unidade, o sistema não apresenta “pontos cegos”, e no ápice da estrutura hierárquica está a Constituição Federal, a totalidade. O “tudo” tem a função de produzir, dirigir, controlar o que lhe for inferior, e como “estrutura hierárquica, é a menos igualitária de todas as formas, [pois] ela incorpora a desigualdade e distinção como princípios ubíquos” (EPF, 2014a, p. 136). O sistema, nesse aspecto, e sob a perspectiva esperada a partir da

---

“A” pagou (Fato), então deve ser a consequência positiva, o desconto de 10% (Sanção positiva).

Ainda, nessa modalidade, como a conduta é permitida (permitido fazer ou não fazer), a consequência será um dever de o Estado não-fazer (ou não proibir); uma abstenção.

<sup>126</sup> Para ilustrar, retoma-se o exemplo do art. 121 do Código Penal, *in verbis*: *Pena – reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos*. O intérprete se vincula a esse texto e, reconstrutivamente, busca outros enunciados para completar a unidade do sistema prescritivo. Verifica que a pena somente pode ser aplicada nos parâmetros fixados se analisar todo o enunciado do art. 121, cujo *caput* dispõe: *Matar alguém*. Por meio da atividade interpretativa logra o sentido normativo. Mas a atividade não cessa aí. Todos os significantes constantes no texto – “matar”, “alguém”, “pena” etc., devem ser buscados em outros textos ou unidades de significação. A partir disso obtém-se o dever-ser extraído da comunicação legislativa.



Modernidade, tem a pretensão de independência em relação a outros setores (política, religião etc):

A garantia da autonomia do sistema realizou-se, na ciência do Direito do século XIX, através do conceito de liberdade e do conceito de livre vontade. Como figura fundamentadora, o conceito de liberdade tem por tarefa principal desligar o sistema da continuidade da tradição. Mas, a partir do momento em que um sistema admite no mais alto grau, a liberdade, a independência em relação à tradição e às suas autoridades, vem à luz um “ponto de extrema insegurança e de insolubilidade última”: em seu ápice, a arquitetura do sistema hierárquico correlata-se com a contingência (VESTING, 2015, p. 93).

Assim, a formação de um sistema unitário e hierarquizado terá, por um lado, condições de solucionar colisões entre os diversos níveis (as incoerências, como se verá adiante). Do outro, apresentará um problema lógico, sendo possível indagar sobre o que vem antes da fonte mais elevada, e mesmo supor que possa estar entregue à contingência. Afirma-se no ápice do sistema um conceito fundamentador a determinar o que lhe é inferior. Porém, o ápice, ele próprio, não estaria protegido da contingência e, sob essa perspectiva o sistema mostrar-se-ia vulnerável. Essa fragilidade, sob o referencial arendtiano, é aparente, não se pode confundir tradição com passado<sup>127</sup>. A ruptura com a Tradição de Pensamento não significa cisão com o algo antes, o princípio explicativo último está no passado, ao qual pode ou não estar vinculada a contingência, pois

[...] a perda inegável da tradição no mundo moderno não acarreta absolutamente uma perda do passado, pois tradição e passado não são a mesma coisa, como os que acreditam na tradição, de um lado, e os que acreditam no progresso, de outro, nos teriam feito crer - pelo que não faz muita diferença que os primeiros deplorem esse estado de coisas e os últimos estendam-lhe suas congratulações. Com a perda da tradição, perdemos o fio que nos guiou com segurança através dos vastos domínios do passado; esse fio, porém, foi também a cadeia que aguilhou cada sucessiva geração a um aspecto predeterminado do passado. Poderia

<sup>127</sup> No sentido do texto, “tradição” é a Tradição de Pensamento. Os homens ocidentais por muito tempo transpuseram a lacuna entre o passado e o futuro, ou seja, orientaram-se no presente, por meio da chamada Tradição de Pensamento, fornecedora de respostas e de modelos para a ação. Para Arendt, o tempo “é um contínuo, um fluxo de ininterrupta sucessão; é partido ao meio no ponto onde [o homem] está [...] Apenas porque [ele] se insere no tempo [...] o fluxo indiferente do tempo parte-se em passado, presente e futuro” (EPF, 2014a, p. 37; VE, 2016a, p. 224 e s.). Ao nascer, o homem origina a lacuna da inserção, e nela precisa situar, precisa pensar; isso era possível porque “os acontecimentos vividos recebiam “o acabamento” [que precisavam ter] nas mentes dos que [deveriam] depois contar a história e transmitir seu significado [...], (EPF, 2014a, p. 32).

ocorrer que somente agora o passado se abrisse a nós com inesperada novidade e nos dissesse coisas que ninguém teve ainda ouvidos para ouvir. Mas não se pode negar que, sem uma tradição firmemente ancorada – e a perda dessa firmeza ocorreu muitos séculos atrás –, toda a dimensão do passado foi também posta em perigo. Estamos ameaçados de esquecimento, e um tal olvido – pondo inteiramente de parte os conteúdos que se poderiam perder – significaria que, humanamente falando, nos teríamos privado de uma dimensão, a dimensão de profundidade da existência humana. (EPF, 2014a, pp. 130 - 131).

Na sociedade de massa, resultado da projeção do espaço privado sobre o espaço público, as pessoas não se diferenciam entre si, estão atomizadas, porque inseridas em um contexto no qual a preocupação é a satisfação de necessidades do processo vital: elas são “consumidoras”, e não, cidadãs. Nestas condições, o aparecer no domínio público, por meio de feitos e da palavra reveladores da singularidade pode torna-se impossibilidade. A supressão do espaço público é a eliminação desse aparecer, assim como da contingência (a CF/88 formaliza o social). Não há espaço para o inédito, para o inusitado. Supor, portanto, que a Modernidade teria recuperado a contingência, porque a livre vontade não está mais pressuposta na Natureza, em Deus ou no Príncipe é um equívoco. O homem moderno, a pretexto de se libertar das amarras da tradição, aprisionou-se nos laços invisíveis da lógica, “lugar” em que acontece de ele ser “vítima de toda espécie de deformação deliberada” (VETÖ, 1989, p. 70).

No espaço privado há relação de verticalidade e a finalidade é a satisfação de necessidades, ao passo que no espaço público a estrutura é horizontal, e nela os homens materializam as “teias de relações estabelecidas pela ação e pelo discurso, distintamente do [*work*], que se dá no isolamento, e da atividade do [*labor*], realizada em desamparo” (CH, 2016, p. XIX). O sistema, concebido a partir da racionalidade lógica, configura juridicamente o espaço social, e busca abranger a totalidade das relações, o que elimina as contingências e torna a vida “una”.

O “mundo” passa a ser “lido” em termos de causalidade unilinear e exclusiva (VETÖ, 1989, p. 79). Assim, o que antecede o pressuposto fundamental (norma fundamental) do sistema é a “necessidade” do próprio pressuposto. Em outras palavras, um sistema elaborado para dar uma única resposta para o futuro deve partir de um princípio explicativo, ainda que este tenha como conteúdo a abstração

genérica da “vontade geral” em forma de um contrato formulado democraticamente, pois

[...] é perfeitamente concebível, e mesmo dentro das possibilidades políticas práticas, que, um belo dia, uma humanidade altamente organizada e mecanizada chegue, de maneira democrática — isto é, por decisão da maioria —, à conclusão de que, para a humanidade como um todo, convém liquidar certas partes de si mesma (OT, 2014, p. 407).

Isto é “micrototalitário” porque, ou os eventos se subordinam ao “reino da necessidade”, ou da contingência. A preocupação recai sobre os acontecimentos da História e da política, ou seja, dos que dependem das decisões humanas, que são “frágeis presas” do pensamento lógico racional, ainda que o fato humano resulte sempre de uma escolha. Ao eliminar a possibilidade de uma coisa ser ou não, em troca da segurança e da certeza, o sistema suprime a contingência, não entendida como “uma falta ou uma privação [...] mas antes um modo positivo do ser” (SCOT, *apud* VETÖ, 1989, p. 79), e mantêm o homem na necessidade. A unidade é garantida porque tudo é remetido ao ápice da hierarquia, e vai a um fundamento último, no qual

Fixado um momento preciso da corrente global, o indivíduo se vê privado de qualquer possibilidade de iniciativa [princípio da legalidade, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de lei – art, 5º, II, CF], de qualquer liberdade de movimento, e o que lhe faltará cruelmente é esse halo indispensável à personalidade, este espaço que funda, veicula e simboliza o agir por excelência do homem, a ação político-moral (VETÖ 1989, p. 75).

A partir da unidade do sistema e de abstrações genéricas, tem-se uma amplitude para “corrigir” os fatos, “para assegurar a coerência infalível [do] esquema” (VETÖ, 1989, p. 71). A decisão judicial expressa, assim, “apenas um ‘único’ do desenvolvimento das coisas” (VETÖ, 1989, p. 71). Deste modo, à semelhança das ciências exatas, a verdade das proposições “é absolutamente independente da condição humana e [...] ela vale igualmente para Deus e para os homens” (VETÖ, 1989, p. 72). O direito, por meio da decisão judicial, torna presente – re-presenta – fatos passados, pela subsunção, a ponto de conformá-los e prever-lhes o vir-a-ser, em um conjunto de atos sucessivos, entendido não mais como

[...] a indispensável base física, biológica, noética da ação livre e, [que] na medida em que se contenta com sua condição de base, fornece uma contribuição essencial à manifestação da humanidade dos homens. Na medida, entretanto, que [...] o *fundamento* se erige como existente, o processo suplanta a ação e é a própria ordem de universo que se vê comprometida. Os diversos despotismos antigos e modernos já avançaram bastante no caminho dessa subversão, mas completar, sistematizar, formalizar essa inversão da ordem foi reservado aos totalitarismos contemporâneos. A mentira totalitária que se instala como princípio de explicação e de regulação da existência política impõe uma ordem implacável ao mundo contingente de fatos livres e sujeita a manifestação imprevisível e espontânea das ações “aos elos de ferro” a um poder supremamente lógico e necessário [...]. (VETÖ, 1989, p. 79) (grifo nosso).

O processo (judicial), erigido em fundamento, sujeita as ações “aos elos de ferro”, operando por meio do raciocínio lógico, matemático, que

só tem legitimidade numa esfera limitada. É um processo necessário e imanente que não permite, de modo algum, aceder ao real. O raciocínio indubitavelmente pode reivindicar a coerência perfeita, em que a verdade se identifica à sequência lógica dos momentos, mas o preço desta consequência infalível é a impossibilidade de qualquer revelação, a renúncia radical ao novo [...] [pretendendo] uma validade absolutamente independente da existência do mundo (VETÖ, 1989, p. 72).

Neste contexto, ocorre a submissão de um particular dado a uma regra geral, ou seja, um juízo determinante. O julgador não “[alarga] o próprio pensamento a ponto de considerar os pensamentos dos outros” (LK, 1993, p. 56), o que talvez ocorra por força da “deformação profissional” (*ibidem*, 1993, p. 111) imposta pela lógica interna do próprio sistema. Dito de outro modo, o juiz aceita a premissa (fato ou hipótese) como autoevidente (VE, 2016a, p. 106); ele não pensa, se se entender por pensar “a retirada do mundo exterior para o interior, para a vida do espírito [...] como possibilidade humana de voltar-se para dentro de si mesmo, tornar-se introspectivo e refletir” (SCHIO, 2012, p. 74). Para Arendt (VE, 2016a, p. 111-113), esta retirada do mundo é a

condição e pré-requisito de todo o juízo. [...]. Em sua forma original, funda-se na descoberta de que somente o *espectador*, e nunca o ator, pode conhecer e compreender o que quer que se ofereça como espetáculo. [...]. Assim, a retirada do envolvimento direto para uma posição fora do jogo [...] não é apenas a condição do julgar [...] como também é a condição para compreender o significado do jogo.

Por não ocupar a posição do espectador, a atividade do juiz é a realização prática do juízo determinante. Por outro lado, a unidade, garantida pelo emprego do juízo determinante, passa a recobrir todas as relações de maneira “coerente e completa”, sem falhas ou qualquer abertura. Calcada em um critério de utilidade, garante a “relação entre meios e fim [em uma cadeia] na qual todo o fim pode novamente servir como meio em algum outro contexto” (CH, 2016, p. 191). Ou seja, a unidade garante o fazer, possuidor de “um início definido e um fim previsível: ele chega a um produto final que não só consegue sobreviver à atividade fabricadora, como daí para diante passa a ter uma vida própria: o produto” (FERRAZ JR., 1993, p. 70).

Todavia, a decisão (o produto) adentra o mundo humano, pois modifica a vida de outras pessoas, e nesse sentido, o juiz opera “como se fosse” ator, aquele que, aparecendo e se distinguindo, pode-se dizer, busca o consenso na experiência. Significa que “está preso à circunstância de que encontra seu significado último e a justificativa de sua existência unicamente como constituinte de um todo” (VE, 2016a, p. 113). Ou seja, o juiz não atende à condição do juízo, “a “retirada do envolvimento dos interesses imediatos tal como são estabelecidos pela [sua] posição no mundo e pela parte que nele [desempenha]” (VE, 2016a, p. 95). A atuação é “como se” porque o consenso está previamente determinado (a premissa) e aquela é encoberta pelas formas do processo judicial – a aparência. Ainda e conforme Arendt (VE, 2016a, p. 41), “as aparências expõem e também protegem da exposição, e, exatamente porque se trata do que está por trás delas, a proteção pode ser sua mais importante função”. A consequência é a irresponsabilidade do juiz, e a impossibilidade de responsabilizá-lo pelo que faz<sup>128</sup>.

Um segundo aspecto da burocracia do sistema é a exigência da “coerência”. Em termos lógicos, o critério utilizado para a relação entre as normas é o da validade. O ordenamento jurídico, formado por diferentes normas, é a “fonte” da validade destas e, mais do que isso, da coerência. Um sistema incoerente seria inútil, por não produzir respostas, ou seja, não cumprir a função, que é gerar segurança. A validade, sendo uma exigência, permite, uma vez não verificado o

---

<sup>128</sup> Embora seja um tema presente na reflexão de Arendt, a questão da responsabilidade não será abordada.

critério, seja a norma eliminada do sistema. Há uma equivalência entre vigência e validade. Esta é uma propriedade decorrente de uma inferência lógica. Trata-se de um critério metodológico a pretexto de viabilizar a função do sistema normativo. O ordenamento jurídico pode ser considerado um sistema se possível afirmar a validade e a coerência de suas normas. “O sistema equivale à validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas” (BOBBIO, 1989, p. 80) (grifos do autor).

Essa lógica aplicada à totalidade dos comportamentos que estão na base da pirâmide, enseja a validade (ou licitude) e a coerência das condutas. Isso só é possível por meio do raciocínio lógico. A conduta será considerada válida se, e tão somente se, estiver de acordo com a norma. Por desdobramento lógico, a conduta também será coerente. Isso é constatável na experiência diária: “por que eu *devo* me comportar de tal ou qual maneira?” Porque há uma ordem superior que fixa o comportamento esperado, previsto como apto a manter a coesão da comunidade.

A coerência é uma propriedade do sistema e não dos fatos. Os fatos humanos são contingentes. Ao serem subsumidos deixam de ser considerados como ação e são transformados na rotina dos comportamentos, mas sabe-se: “Contrariamente ao comportamento, a ação sempre aparecerá como interrupção de uma rotina, como uma inovação, uma manifestação do novo” (VETÖ, 1989, p. 77). O comportamento pressuposto pela norma de conduta somente pode ser permitido, obrigatório ou proibido (heteronomia e coercibilidade). O movimento do comportamento é previamente determinado. Entre muitos, um comportamento nunca será inédito ou imprevisível, porque não há liberdade<sup>129</sup> como entendida por Arendt, para quem ela “pertence à *vita activa* e, mais especificamente, à esfera da ação [...] e [que] não é plena porque o espaço público só existe no plural” (ADEODATO, 1989, p. 165 - 167). No entanto, o homem instala-se no tempo presente, e sendo ele próprio um início, poderá protagonizar novos começos, fazer novas escolhas, encetar ações para as quais não se pode “prever com certeza o resultado e o fim [porque] a ação não tem fim” (CH, 2016, p. 289). O súbito “*agir*” de um encontra-se com o agir igualmente imprevisível dos outros. “É esta imprevisibilidade, devida a

---

<sup>129</sup> Conforme Adeodato (1989, p. 166), a liberdade com que Arendt se preocupa não se confunde “com o livre arbítrio, onde escolhemos entre alternativas dadas”; este é “uma qualidade do ser humano enquanto tal e configura um problema moral, um problema da razão prática, como em Kant, enquanto a liberdade é uma qualidade do cidadão”.

uma liberdade que se manifesta no meio de uma pluralidade de outras liberdades, que funda, em política, a superioridade da opinião, pensamento discursivo, sobre o raciocínio lógico e calculador” (VETÖ, 1989, p. 78).

Há, no sistema, a tentativa de "aprisionar" as ações humanas pelo absoluto da lógica. São eliminadas, e junto com elas, a política. Nos comportamentos, a eventualidade desaparece e mesmo se eles forem contraditórios deixam de ser encontros livres entre opostos, pois um será eliminado por um critério preexistente. Não há espaço para a fragilidade da opinião, o que predomina é a rigidez da “verdade” do processo judicial. Assim, dada a exuberância normativa no sistema, o que pode haver é a ocorrência de antinomias<sup>130</sup>, jamais o encontro de ações. “Portanto, não é exato falar, como se faz frequentemente, de *coerência* do ordenamento jurídico; pode-se falar de exigência de coerência somente entre suas partes simples” (BOBBIO, 1989, p. 80) (grifos do autor).

A ocorrência de incompatibilidade “entre” as partes inferior e superior, anterior ou posterior, geral e especial não faz derruir o sistema, mas a exclusão de apenas uma das duas normas. A raia divisória fica bem demarcada: um comportamento deve ser realizado espontaneamente ou por decisão judicial se tiver por base uma norma que lhe é superior, e esta, por sua vez, uma superior a ela e assim sucessivamente. Se admitidos comportamentos incoerentes, o superior geral não se afirmaria no inferior particular. Por isso, as antinomias não são toleradas pelo sistema e devem ser eliminadas, pois “[neste] caso constituem um problema de segurança jurídica, mas de qualquer forma estamos diante de um conflito normativo e o sistema jurídico deve prever mecanismos para que uma instância superior o resolva” (OCHOA, 2007, p. 115, tradução nossa)<sup>131</sup>.

O sistema prevê critérios para resolver eventuais conflitos. Entre uma conduta permitida positiva e uma proibida, entre uma permitida negativa e obrigatória ou entre uma obrigatória e proibida, haveria antinomia. O sistema será

---

<sup>130</sup> Hipóteses: 1) Entre uma norma que ordena (obriga) fazer algo e outra que proíbe fazer (contrariedade). 2) Entre uma norma que ordena (obriga) fazer algo e outra que permite não fazer (contraditoriedade). 3) Entre uma norma que proíbe fazer algo e outra que permite (contraditoriedade). (BOBBIO, 1989, p. 85).

<sup>131</sup> “En este caso constituyen más bien un problema de seguridad jurídica, pero de cualquier forma estamos ante un conflicto normativo y el sistema jurídico debe prever mecanismos para que una instancia superior lo resuelva” (OCHOA, 2007, p. 115).

purificado por meio do uso dos critérios para solucionar as contrariedades ou contraditoriedades. Os critérios são a hierarquia, a cronologia e a especialidade. O objetivo não é tratar do tema coerência em todos os seus aspectos (classificação, insuficiência dos critérios, colisão de critérios etc.), mas tão somente fixar este aspecto e o seu desdobramento problemático.

Os critérios fixados de antemão tornam o sistema explicativo. Ao fazer isso, ele afasta-se do mundo frágil, contingente e imprevisível para atingir uma qualidade moral fundada na exatidão e na racionalidade científica (VETÖ, 1989, p. 72). E isto porque, dialeticamente, uma proposição não pode ser ao mesmo tempo, e sob as mesmas condições, verdadeira e falsa. Isso é a negação da contingência, do acaso, a bem dizer, da realidade. Este é o imaginário criado pela Modernidade. Na sociedade de massas os indivíduos atomizados, mergulhados no mais completo desolamento, não suportam o que a vida tem de contingente, acidental e incontrolável (VETÖ, 1989, p. 85). O desejo por um paraíso, ainda que artificial (consumo, diversão, despreocupação com o outro e com o ambiente), os faz acreditar na propaganda do sistema, nas suas promessas de coerência e ajuste, pois

[fugindo] à realidade, as massas pronunciam um veredicto contra um mundo no qual são forçadas a viver e onde não podem existir, uma vez que o acaso é o senhor supremo deste mundo e os seres humanos necessitam transformar constantemente as condições do caos e do acidente num padrão humano de relativa coerência. [...] A propaganda totalitária pode insultar o bom senso somente quando o bom senso perde a sua validade. Entre enfrentar a crescente decadência, com a sua anarquia e total arbitrariedade, e curvar-se ante a coerência mais rígida e fantásticamente fictícia de uma ideologia, as massas provavelmente escolherão este último caminho, dispostas a pagar por isso com sacrifícios individuais — não porque sejam estúpidas ou perversas, mas porque, no desastre geral, essa fuga lhes permite manter um mínimo de respeito próprio [...]. Antes de tomarem o poder e criarem um mundo à imagem da sua doutrina, os movimentos totalitários invocam esse falso mundo de coerências, que é mais adequado às necessidades da mente humana do que a própria realidade; nele, através de pura imaginação, as massas desarraigadas podem sentir-se à vontade e evitar os eternos golpes que a vida e as experiências verdadeiras infligem aos seres humanos e às suas expectativas. (OT, 2014, p. 486 – 487).

Dito de outro modo, as massas toleram, aceitam ou mesmo permanecem indiferentes à compressão do espaço político, pois há um desenvolvimento sequencial e fictício cujos termos se sucedem à maneira de linha reta. Em uma



unidade sem solução de continuidade e com coerência, a decisão judicial também torna o todo (sejam os direitos fundamentais, seja a subjetividade do juiz) inteligível, em um discurso em relação ao qual não se pode apresentar nenhuma resistência.

Diante do “todo” exposto com adequação e clareza, não há recurso, não há responsabilidade. Isso é a fuga do real, em que a “irrealidade acabará por mergulhar o mundo numa atmosfera de sonho, ou melhor, de pesadelo violento, porque o preço da manutenção da “coerência”, da transparência, é a ‘retificação’ cotidiana de uma realidade demasiadamente indócil, uma retificação que se realiza [pela coerção]” (VETÖ, 1989, p. 80). O todo, assim, deve ser percebido como completo.

A rotina burocrática do sistema se completa com um terceiro aspecto: a “completude”. A noção de completude é uma consequência do moderno. Já no século XVIII foi examinado o fenômeno da completude como a associação entre todas as afirmações verdadeiras contidas no sistema. No século seguinte, o positivismo jurídico procurou conceber um sistema desprovido de lacunas<sup>132</sup> (VESTING, 2015, p. 115). Essa concepção tem suas origens políticas na Revolução Francesa. O direito, a partir de então, deveria conter a nobreza e para isso, imprimiu a necessidade de o juiz observar duas premissas: a) todos os casos deveriam ser decididos – proibido o *non liquet*; b) todos os casos deveriam ser decididos de acordo com uma regra do sistema (BOBBIO, 1989, p. 118). Ou seja, duas acepções: a) o sistema sempre oferece uma solução; b) porque todas as condutas estão disciplinadas.

O juiz, no exercício do seu mister, deve produzir uma norma para o caso concreto, disciplinando o caso específico a partir da inferência da regra geral e superior. Por exemplo, o art. 140 do Código de Processo Civil, dispõe: “o juiz não se exime de decidir sob alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. Essa noção é um desdobramento de uma emergente racionalidade absoluta que perpassava as relações, de acordo com as leis da natureza.

---

<sup>132</sup> Ausência de norma para determinado caso. Sendo a completude uma condição necessária para o funcionamento do sistema, há duas regras de integração: 1) o juiz declara *non liquet* (não convir); 2) o juiz age “como se” fosse o legislador (BOBBIO, 1989, p.115 e s.). Neste caso, há supressão do campo da política, pois o tema não é devolvido aos cidadãos.

O sistema jurídico podia ter tão poucas lacunas quanto a natureza pudesse, em alguma parte, desviar-se das leis naturais universais. Uma vez inserido o sistema em um nexo sem lacunas, seria possível deduzir “consequências” do sistema com logicidade interna. Agora, a ciência do Direito podia passar de uma orientação orgânica para uma orientação lógica, no sentido de uma *conversão do acaso evolucionário (crescimento histórico)* em hierarquias fundamentais e lógicas estritas, em um pensamento coerente baseado nos enunciados “primeiros” [...] (VESTING, 2015, p. 116).

Nesses termos, a formulação de um sistema completo não é somente um relato simbólico amplificado por meio do imaginário na sociedade de massas com a finalidade de dar “vida a uma mitologia jurídica”. O mito supre uma carência (GROSSI, 2003, p. 40). O ordenamento indica todas as ações que devem ser ordenadas em comportamentos. A ordem é obtida pela unidade, pela coerência e pela completude. Isso é, em certo sentido, a pretensão de reduzir essa complexidade, o que faz da completude do sistema uma ficção.<sup>133</sup>

Para isto serve o mito em seu significado essencial de transposição de planos, de processos que compelem a uma realidade a completar um vistoso salto a outro plano, transformando-se em uma metarrealidade; e se toda a realidade está na história, da história nasce e com a história realiza trocas, a metarrealidade constituída pelo mito se converte em uma entidade meta-histórica, e, o que é mais importante, se absolutiza, converte-se em objeto de crença, mais do que de conhecimento” (GROSSI, 2003, p. 41).<sup>134</sup>

A redução da complexidade operada pelo sistema elimina a contingência dos fatos humanos por meio da previsão hipotética, que por conotação lógica-normativa, confere-lhes existência jurídica. “A perda mais substancial que segue a esta operação reducionista [...] é a da dimensão coletiva da sociedade, agora contraída na cristalização estatal” (GROSSI, 2003, p. 51)<sup>135</sup>. Talvez, o maior problema dessa redução por meio de um sistema ordenado e pretensamente completo seja

---

<sup>133</sup> FERRAZ Jr., 1993, p. 214.

<sup>134</sup> “Para esto sirve el mito en su significado esencial de transposición de planos, de procesos que compele a una *realidad* a completar un vistoso salto a otro plano transformándose en una *metarrealidad*; y si toda realidad está en historia, de la historia nasce y con la historia cambia, la metarrealidad constituída por el mito se convierte en una entidad metahistórica y, lo que es mas importante, se absolutiza, se convierte en objeto de creencia más do que de conocimiento”.

<sup>135</sup> “La pérdida más sustancial que siegue a esta operación reduccionista [...] es la de la dimensión colectiva de la sociedad ahora contraída en la cristalización estatal”.

exatamente o conceito de homem, pois o esforço em reduzir o múltiplo, o contingente, o fatural no ordenamento, esbarra nas

distinções e diferenciações naturais e onipresentes que, por si mesmas, despertam silencioso ódio, desconfiança e discriminação, porque mostram com impertinente clareza aquelas esferas onde o homem não pode atuar e mudar à vontade, isto é, os limites do artifício humano [...]. Sem dúvida, onde quer que a vida pública e a sua lei da igualdade se imponham completamente, onde quer que uma civilização consiga eliminar ou reduzir ao mínimo o escuro pano de fundo das diferenças, o seu fim será a completa petrificação [...]. (OT, 2014, p. 411).

Isto não esgota, todavia, as possibilidades de uma decisão micrototalitária, porque elaborada nos limites do raciocínio que subsume o particular a um geral. Assim é porque não é próprio do sistema e de seu operador interrogar sobre o quanto do mundo real, “cuja principal desvantagem é não ser lógico, coerente e organizado (OT, 2014, p. 497), permaneceu de fora do processo judicial. A decisão assim produzida tem “a dignidade da exatidão e da racionalidade [mas] a pretexto dessa racionalidade infalível” (VETO, 1989, p. 72), pode gerar negligência, ou mesmo a hipertrofia do arbítrio, e a criação de um especial estado de exceção, interno ao sistema.

#### **4. 3 O espaço vazio**

O “modo de fazer” do direito, no Brasil, se caracteriza, via de regra, pela subsunção nos limites do raciocínio, por todas as razões acima expostas. No entanto, os homens, enquanto homens, “têm uma inclinação, talvez uma necessidade, de pensar para além dos limites do conhecimento, de fazer dessa habilidade algo mais do que instrumento para conhecer e agir” (CH, 2016, p. 26). O disciplinador de condutas que é o direito emanado do Estado, embora imponha-se como fundamento da vida em comum, apresenta-se, por vezes, como defasado em relação à realidade social. Esta defasagem é observada, sobretudo em razão do

dispositivo de linguagem de que se vale o direito. Isso expõe as fissuras do sistema unificado e completo, abalando os dogmas da completude e da coerência.

A pretensão do sistema, a partir do axioma da completude, é por em ordem a totalidade dos fatos humanos. Isto pode ser concebido como “dominação de uma ordem impessoal, dominação da burocracia, de regras abstratas às quais a autoridade [está] tão vinculada quanto o receptor [o destinatário] do comando” (VESTING, 2015, p. 177). O conjunto de elementos (leis constitucionais, leis infraconstitucionais, decretos etc.) que compõem o ordenamento estão organizados segundo o par superior/inferior, de modo que se forme uma unidade (Kelsen)<sup>136</sup> completa e com coerência, apta a guiar a vida.

Esse constante processo de normatização se expressa naquilo que é proibido, mas também no que é devido. Ou seja, não somente o “catálogo de proibições”, mas também o de permissões; ocorre a submissão da vida dos homens a uma ordem, o que é incompatível com sociedades livres, “Visto que a grandeza, mas também a perplexidade, de todas as leis nas sociedades livres reside no fato de que elas apenas [deveriam indicar] o que não se deve fazer, e nunca o que deve ser feito” [...] (C, 2011a, p. 363). O ideal de cientificidade do direito, marcado pelo positivismo lógico, pressupõe a linguagem científica, na sua função instrumental; por meio dela, o sujeito/legislador observa, analisa, descreve e projeta consequências. Assim, tem-se a lei como ordem ou mandamento emanado de um legislador, por meio do qual “a lei universal da teoria do direito [fixa] a compatibilidade dos diferentes tipos de conduta de modo apodítico [por necessidade lógica] com a ajuda de coerção ‘externa’” (VESTING, 2015, p. 73).

Esta “arquitetura” estrema o direito e suas propriedades, de modo a apartá-lo de outras formas de ordenação normativa como a moral. Somente a posição “acima” da lei de modo universal e geral, permite o seu uso no relativo às situações “abaixo”. Mas as normas só se materializam por meio de uma “práxis bem-sucedida”, tarefa

---

<sup>136</sup> “Sin embargo, en su última obra, la *Teoría general de las normas*, considera a la norma fundamental como una ficción; como tal, solamente describe algo como si así fuese, por lo que también presupone un acto ficticio de creación, dado que todas las normas deben ser el significado de un acto de voluntad. Por lo tanto, la norma fundamental tiene para Kelsen en la última fase de su obra, una validez ficticia, ya que no representa una realidad; no es una norma de derecho positivo. Esta última distinción que hace Kelsen, debe hacer notorio que la norma fundamental no representa la realidad” (OCHOA, 2007, p. 127).

da jurisdição na aplicação ao caso concreto, por meio da decisão judicial. A qualidade de uma conduta, ou a sua dignidade (humana), sob essa perspectiva, estará assentada desde que constitua uma experiência repetida da lei. Nesses termos, o caso concreto/particular é o referente da norma jurídica:

No caso da norma jurídica, a referência ao caso concreto supõe um “processo” que envolve sempre uma pluralidade de sujeitos e culmina, em última instância, na emissão de uma sentença, ou seja, de um enunciado cuja referência operativa é garantida pelos poderes institucionais (AGAMBEN, 2003, p. 62).

As normas dizem respeito a condutas e sempre serão aplicadas aos casos concretos e de modo situacional. Nesse contexto, “uma colocação correta do problema da aplicação (da interpretação) exige que ela seja preliminarmente transferida do âmbito lógico para o âmbito da práxis” (AGAMBEN, 2003, p. 62). Para além da lógica – observação do princípio da explicação causal –, a atenção volta-se para a práxis interpretativa judicial.

A práxis denuncia a insuficiência da lógica porque “os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer” (HART, 2001, p. 141). Além disso, “o direito tem que expressar-se em palavras, e as palavras possuem uma penumbra de incerteza, há casos marginais” (CARRIÓ, 1990, p. 78)<sup>137</sup>. Ainda que se tenha a expectativa de que a legislação possa comunicar padrões de comportamento – e isso se revela em alguma medida eficaz em relação a um número de casos – em certas ocasiões pode a sua aplicação/concretização ser posta em questão.

Em termos linguísticos, considerando o nível da pragmática, questiona-se a validade de uma linguagem matematizável (ideal) e, nestes termos, a exata subsunção não será possível a partir do reconhecimento de que o significado pode e deve ser relacionado ao contexto, ou com a práxis. O ideal de exatidão desvinculado de situações concretas do uso da linguagem carece de qualquer sentido. Para a dogmática jurídica esse não é um fenômeno capaz de arruinar os pilares do sistema jurídico, pois

---

<sup>137</sup> “o derecho tiene que expressarse en palabras, y las palabras poseen una penumbra de incertidumbre, tienen que presentarse casos marginales”.

Até aqui [...] a incerteza na linha da fronteira é o preço que deve ser pago pelo uso dos termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que respeite a questão de fato [...]. É, contudo, importante apreciar por que razão [...] não devemos acarinhar mesmo como um ideal a concepção de uma regra tão detalhada, que a questão sobre se se aplicaria ou não a um caso particular estivesse sempre resolvida antecipadamente e nunca estivesse, no ponto de aplicação efetiva, uma escolha nova entre alternativas abertas. A primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância de fato; a segunda a nossa relativa indeterminação de finalidade (HART, 2001, p. 141).

Esse nível de incerteza é enfrentado pela dogmática que, por meio de rotinas interpretativas e a partir da solução “correta” dos problemas, gera conceitos e regras, como as súmulas vinculantes<sup>138</sup>, por exemplo. Por meio destas, todas as pretensões sobre um tema sumulado são impedidas de acessar o Judiciário, pois o “absoluto” da decisão exclui por antecipação toda e qualquer variação dada na experiência humana, na singularidade, e sua aplicação, é semelhante ao *labor*, porque repetitiva, como a produção e o consumo (SCHIO, 2008, p. 29). A aplicação repetitiva reproduz, de maneira estável, contra os questionamentos infundáveis (VESTING, 2015, p. 48), o “movimento”, que é a dinâmica do micrototalitarismo.

Dito de outro modo, o atual Direito Brasileiro encampa formas pré-determinadas de julgamento, que constituem palavras à disposição, em um descompromisso do significado com o significante. Pode-se pensar, neste caso, em uma consequência da ruptura com a Tradição: “Demasiadas palavras, fraco impulso de vida”<sup>139</sup>. Decidir por antecipação é privar o destinatário “de uma dimensão, a

<sup>138</sup> A pretexto de “desafogar” os tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), o Judiciário brasileiro introduziu-a no seu Regimento Interno. Por meio de Emenda Constitucional, que alterou a redação do artigo 103 - a, da CF/88, ela foi integrada ao Código de Processo Civil, em seu artigo 927, II). Mas a sua origem é antidemocrática. A súmula vinculante tornou cogente, obrigatória para todos os juízes e demais tribunais, a solução dada a uma determinada questão pelo órgão superior. Discorda-se de Celso Lafer, que na obra “Filosofia e teoria geral do direito – um percurso no direito no século XXI”, ao referir-se ao livro de Jorge Amaury Maia Nunes, “Segurança jurídica e súmula vinculante”, elogia o advento do “remédio”. Ocorre, como diz Lafer, que as súmulas dotadas apenas de *vis directiva* “não davam conta, seja da sobrecarga do Judiciário, seja da apropriada tutela, em nosso país, da segurança jurídica [...]”. As súmulas vinculantes, dotadas de cogência, “permitem um controle prévio dos conflitos [...] [e] informam ao jurisdicionado, com relativo grau de certeza, qual será a resposta do Poder Judiciário à sua pretensão” (LAFER, 2015, pp. 88 e s). Observe-se ser o grande “cliente” do Poder Judiciário a própria Administração Pública. Esta conta, inclusive, com um segmento especializado, a “Justiça Federal”, composta de juízes e tribunais específicos para resolver conflitos causados pelo Estado. Em nome de pretensa segurança jurídica, e para diminuir a pauta do STF, não se exige do Estado o cumprimento rigoroso das leis, mas se limita o acesso do cidadão (N. A.).

<sup>139</sup> Velloso, Caetano. Eclipse oculto, 1983.

dimensão de profundidade da existência humana, pois memória e profundidade são o mesmo, ou antes, a profundidade não pode ser alcançada pelo homem a não ser através da recordação (EPF, 2014a, p. 131).

A matriz teórica dominante do direito não considera o modelo subsuntivo de forma simplista, e faz um esforço ingente para manter o modo de aplicação do direito nos parâmetros da legitimidade democrática. Para este modo de compreender o direito, não se pode confundir o momento de elaboração do (sistema) jurídico com o da sua aplicação. Por isso, separar os dois momentos, elaboração e aplicação/interpretação<sup>140</sup>, é fundamental. “O entendimento muito difundido de que o positivismo jurídico cultivou uma dogmática ‘cega’, isenta de todos os elementos não jurídicos, ou, de modo mais geral, exclui a dimensão social e histórica de suas construções ‘lógicas’ e ‘jurídico-conceituais’, é um mito do Pós-Guerra” (VESTING, 2015, p. 221).

Em termos mais alargados, não há uma “cegueira” em relação à realidade como se poderia supor, caso o modelo “aplicação/subsunção” fosse tomado como a atividade de um autômato. Segundo a teoria metodológica do positivismo jurídico, a aplicação do direito deve observar regras de interpretação. Nesses termos, a interpretação, juntamente com as fontes/lei, passou a integrar o sistema de condutas. O cânone metodológico, porém, não tem a mesma função da regra. A rigor ele objetiva a harmonização da situação social com as regras de comportamento. Assim, os cânones metodológicos de interpretação (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), ao aproximarem as regras dos fatos, permitem

---

<sup>140</sup> A literatura especializada mostra a inexistência de consenso acerca do que seja interpretação no direito. (Não é tema deste estudo o foco na hermenêutica (origens, aspectos conceituais, importância etc). Nesse ponto ela está sendo referida como meio de aproximação entre a concepção de direito vigente e a natureza micrototalitária da decisão judicial. Para aprofundamento do assunto “interpretação”; entre outros, cita-se a obra de Adrei Marmor (MARMOR, Andrei. *Direito e Interpretação - Ensaio de Filosofia do Direito*; tradução Luís Carlos Borges - São Paulo: Martins Fontes, 2000), Hans-Georg Gadamer (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I e II*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2002), Jean Grondin (GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Tradução e apresentação por Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999). Diversas concepções interpretativas reclamam prioridade como legítimas para o direito. A não homogeneidade sobre o tema “interpretação” não é um obstáculo para abordar a hipótese (decisão micrototalitária por meio da burocracia). Não se está verificando uma “melhor” forma de interpretar, capaz de elidir o caráter micrototalitário da decisão. Sob outra perspectiva, e apontando para a mesma ordem de consideração, subjaz ao estudo a afirmativa, seja por um viés hermenêutico dedutivista, seja por um concretista, que no modelo jurídico em funcionamento no Brasil, haverá uma marca totalitária na atuação do juiz. Apostar na interpretação é como pretender livrar-se do atoleiro puxando a seus próprios cabelos, à moda do Barão de Münchhausen (RASPE, Rudolf Erich. *Las Aventuras del Barón Münchhausen*; trad. Íñigo Jáuregui - Madrid (Espanha): Nórdica Libros, 2014).

uma ruptura do isolamento do sistema com a realidade. Contudo, esse não é o problema, pois

O problema decisivo levantado pela teoria interpretativa do positivismo jurídico-científico não está em um isolamento aparente da interpretação do Direito em relação à realidade social e política. Nenhuma teoria interpretativa pode prescindir da distinção entre informações juridicamente relevantes e não relevantes; e nenhum positivista jurídico nunca contestou que existem outras realidades do Direito. O *problema decisivo* situa-se em outro plano [...]. O positivismo jurídico-científico operava com a suposição [...] de que os contextos em transformação da interpretação, o ambiente do sistema jurídico, poderiam ser disciplinados *por um método interpretativo destituído de temporalidade*, garantidor de conhecimentos verdadeiros [...]. O sistema sempre tem resposta pronta – ao menos idealmente. (VESTING, 2015, p. 227) (grifos nossos).

Nesse quadro, tem-se o desenvolvimento de uma racionalidade que pretende eliminar espaços entre a regra e a realidade por meio da aplicação de uma metodologia interpretativa. Assim, a suposição da existência de um método apto a conduzir o ajuizamento deve ser problematizado. Nesse sentido, Arendt ensina que

[...] o juízo, a misteriosa capacidade do espírito pela qual são reunidos o geral, sempre em construção espiritual, e o particular, sempre dado à experiência sensível, é uma “faculdade peculiar” e de modo algum inerente ao intelecto, nem mesmo no caso dos “juízos determinantes” – em que os particulares são subordinados a regras gerais sob a forma de um silogismo –, *porque não dispomos de nenhuma regra para as aplicações da regra*. (VE, 2016a, p. 87 - grifo nosso).

Neste contexto, ao estabelecer regras ou cânones interpretativos sem que se disponha de “qualquer regra para aplicação da regra” aposta-se em um certo privilégio cognitivista do juiz. Em decorrência disso, há um segundo tipo de problema, o do juiz solipsista, “Pois o solipsismo, aberto ou velado, com ou sem qualificativos, foi a mais persistente e talvez a mais perniciosa falácia filosófica mesmo antes de adquirir, com Descartes, um alto nível de consistência teórica e existencial” (VE, 2016a, p. 63). Nesse caso, conhecimento e mundo estão na consciência do sujeito, que decide de acordo com ela, pois a

reconstrução do mundo pela consciência [significa] uma segunda criação, no sentido de que, por meio dessa reconstituição, o mundo [perde] seu



caráter contingente, quer dizer, seu caráter de realidade, e não mais [aparece] ao homem como um mundo dado, e sim como um mundo criado por ele (C, 2011a, p. 194).

O domínio do que seja subjetivo deve ser reconhecido. No entanto, tal domínio ganha ares de legitimidade e força coercitiva sobre a vida dos demais, por ser “o medir normalizador com critérios nos quais se verifica o concreto e sobre os quais se decidirá [sobre a vida], mas não o próprio critério nem a sua adequabilidade para o medir” (QP, 1999, p. 31). O ajuizamento é, desta forma, realizado por alguém que não utiliza o senso comum, “o único sentido que ajusta à realidade como um todo os nossos cinco sentidos estritamente individuais e os dados rigorosamente particulares que eles percebem” (CH, 2016, p. 258, LK, 1993, p. 86). Dito de outro modo, o senso comum “garante a comunicabilidade das sensações dos sentidos humanos, impedindo que elas se enclausurem em sua particularidade intransponível” (LK, 1993, p. 129). Poder-se-ia pensar no uso do juízo reflexionante, pelo qual a “faculdade do juízo deve encontrar o universal” (KANT, 2016, p. 11; SCHIO, 2012, p. 96), elaborando regras particulares que “possam almejar um acordo geral” (*ibidem*, 2012, p. 97). Mas neste caso, é preciso considerar que as “regras de fechamento e métodos interpretativos” do sistema impõem limites para um pensamento “a partir da perspectiva da outra pessoa” (LK, 1993, p. 95). Além disso, sabe-se que não poderia o juiz (ou não deveria), tomar o parâmetro da sua própria experiência ou derivá-lo do exterior, mas precisaria de um “terceiro que”, sob pena de gerar arbítrio.

O direito, na Modernidade, ao adotar a lei como forma reguladora do passado e determinadora do futuro, e a linguagem instrumental como meio, desconhece a impossibilidade de haver uma relação entre a linguagem e os fatos humanos (que sempre são contingentes): “Como entre a linguagem e mundo, também entre norma e sua aplicação não há nenhuma relação interna que permita fazer decorrer diretamente uma da outra” (AGAMBEN, 2003, p. 63).

É nesse espaço entre norma e aplicação que se revela de maneira sutil, e sob outro aspecto, o micrototalitarismo na decisão judicial. Há uma “suspensão” do ordenamento jurídico, de forma não convencional – ou pelo menos não anunciada: a aplicação é realizada sem que esteja vinculada à norma (porque não há uma relação interna entre elas). Trata-se da questão de ser o julgador afetado diretamente pelo

modo como o mundo se abre para ele, e em função do que o "concordo ou não concordo com isso" (LK, 1993, p. 85), é incomunicável. Após este lapso, a logicidade do sistema se impõe, tanto quanto à premissa dada quanto aos materiais de prova que confirmem a decisão. A exceção, no sentido de decidir "sem norma", não ocorre apenas na hipótese de lacuna – ausência de norma para um caso –, circunstância em que o juiz procede o fechamento por meio dos métodos de integração (analogia, costumes, princípios gerais etc.), ou naquelas em que o juiz julga "contra a lei". Essas, poder-se-ia dizer, são ostensivas e, em certa medida, passíveis de suposta sindicabilidade.

O que se afirma aqui, no entanto, é a presença do espaço vazio a todo instante. Neste caso, seja por dedução lógica, seja pela aplicação de um programa de fundamentação, a remontar a um fundamento constitucional último, no instante em que se decide, há, paradoxalmente, a "suspensão do ordenamento" e, o espaço vazio, que se constitui, no dizer de Agamben (2003, p. 63) em estado [permanente] de exceção, isto é,

a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força de lei realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união impossível entre norma e realidade [...] é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real.

Deste modo, a aplicação (decisão judicial) tem “força de lei” porquanto é emanada do Estado. Abre-se, assim, a possibilidade de um “direito que não apenas é posto por decisão, mas vale em virtude de decisões” (FERRAZ Jr, p. 31), não importando eventual contradição com outra decisão anterior, pois não ocorre a afetação da função do sistema. A natureza micrototalitária, pode-se pensar, também está no fato de que “ela não se limita a ser uma interpretação teórica, mas também trabalha para que o mundo efetivamente se curve às suas deduções” (VETÖ, 1989, p. 87). A “força de lei” da aplicação “sem” norma exacerba seu viés totalitário ao concentrar no juiz o elemento normativo e o elemento jurídico, pois "quando tendem a coincidir numa só pessoa, quando o estado de exceção em que eles se ligam e se

indeterminam torna-se a regra, então o sistema jurídico-político transforma-se em numa máquina letal” (AGAMBEN, 2003, p. 131).

A decisão judicial, assim, revela-se, além do seu efeito prático e da sua consequência por força da autoridade que lhe é inerente, como porta-voz de um sistema que, a pretexto de seus objetivos (expressos na Constituição brasileira) de liberdade, igualdade e fraternidade, viabiliza um movimento que não se prende a nada e assim tudo é possível, pois “[se] é a aplicação consequente que legitima e torna “verdadeira”, retroativamente, a premissa, mesmo a premissa mais louca, então se está diante de uma situação perturbadora (VETÖ, 1989, p. 91).

Nestes termos, e fazendo uma aproximação com o pensamento e categorias de Arendt, entendida como possível, a decisão do juiz, enquanto atividade demarcada pelo ordenamento jurídico, não visa satisfazer aspectos biológicos do metabolismo humano (*labor*), ou ser a ação política que dá início ao novo (*action*), onde quer que exista potencialmente domínio público, ao qual ela não ascende. Dito de outro modo, ela ocorre no isolamento do *homo faber*, e é executada (*work*) sob a orientação de um modelo segundo o qual se constrói o objeto (CH, 2016, p. 174). O juiz não pensa propriamente (pensamento puro), porque sua atividade teórica está vinculada ao raciocínio lógico, e ascende, no máximo, à inteligência (VETO, 1989, p. 72), momento posterior ao “vazio da decisão”. Em razão disso não ascende ao real, ao contingente, embora pretenda “corrigir” o passado e determinar o futuro. Essa “origem” faz com que seja micrototalitária, ou, dito de outro modo, caracterize o domínio parcial das relações sociais. Na sociedade de massa, torna possíveis “situações perturbadoras”, mesmo em regimes declarados democráticos, como no Brasil.

Enquanto função organizada para adequar comportamentos, que se utiliza do raciocínio lógico/intelecção, o direito/lei e a decisão tornam possível a exclusão de grandes parcelas da sociedade. O espaço público diminuído ou suprimido e formalizado pela política reduzida à “administração de interesses” econômicos (ao contrário da *polis* grega), permite uma relação política desigual entre governantes e governados. Isso proporciona à classe dirigente, aos modos do Imperialismo Inglês do séc. XIX, e a partir do Parlamento, um Estado hobbesianamente articulado para

garantir o processo de acumulação de riqueza. Como na Grécia Arcaica, o Estado "é dela", e

[a] riqueza acaba por já não ter outro objeto senão a si própria; feita para satisfazer as necessidades da vida, simples meio de subsistência, torna-se o seu próprio fim, coloca-se como necessidade universal, insaciável, ilimitada, que nada poderá jamais saciar. Na raiz da riqueza descobre-se, pois, uma natureza viciada, uma vontade pervertida e má, uma *pleonexia*: desejo de ter mais que os outros, mais que sua parte, toda a parte" (TEÓGNIS, *apud* VERNANT, 2013, p. 89).

No caso do Brasil, isso pode ser percebido nas recentes alterações relativas às relações de trabalho e previdenciárias. As esperanças inseridas na Constituição Federal de 1988 perderam "o seu caráter de isoladas ilhas de certeza [porque pretendeu-se] abarcar todo o terreno do futuro e traçar caminhos seguros em todas as direções [com o que] as promessas [perderam] o poder vinculante" (CH, 2016, p. 303). O esvaziamento do sentido da Constituição foi percebido quando da sua entrada em vigor, na medida em que se tratou de pacto "negociado entre congressistas, desenhada 'no mapa pelos detentores do poder', e que assim, torna os compromissos adiáveis e indefinidos".<sup>141</sup> Por isso, a possibilidade de a grandes contingentes da população serem negadas as promessas da Modernidade não encontrará, como não tem encontrado, na decisão judicial, a contenção que afasta a *hybris*.

---

<sup>141</sup> Raymundo Faoro, O Tempo Constitucional, *in* Isto É Senhor, 5 de outubro de 1988, p. 33.

## 5 Considerações finais

A Constituição Federal do Brasil estruturou um Estado que se declara “Democrático de Direito”. Coube também ao Poder Judiciário, por meio de suas decisões, e nos limites de sua competência, a tarefa de empreender substanciais mudanças na realidade social. Ou seja, diminuir as desigualdades mediante a realização das promessas da Modernidade. No entanto, desde a sua entrada em vigor, observa-se o malogro do programa anunciado, unido a um esvaziamento dos seus fundamentos e objetivos.

Esta constatação, de certa forma, foi percebida no exercício da atividade jurídica, causando um desapontamento que se impôs como perguntas, podendo uma delas ser entendida como a central, e para a qual é necessária uma resposta, mesmo que provisória. Este é um problema que não pode ser objeto de preocupação exclusiva do direito, enquanto “instrumento” para resolver conflitos entre cidadãos entre si, e estes e o Estado. Foi preciso indagar, diante da assimetria indicada, por que isso ocorre, e esta é uma preocupação também filosófica, política, cidadã.

Muitas são as possibilidades de resposta, mas a proposta foi refletir a partir do pensamento político de Hannah Arendt (1906-1975), em face de sua radicalidade e porque o direito, teoricamente, advém das escolhas políticas de um povo. Arendt forneceu aportes fundamentais, ainda que suas categorias tenham sido articuladas em outro momento histórico, para a tentativa de compreender a necessidade de organização do grupo humano e o desapontamento assinalado. Aplicadas ao fenômeno jurídico, suas categorias e reflexões poderiam revelar a inconsistência de narrativas que afirmam ser o Poder Judiciário uma garantia contra o arbítrio de quem detém o mando.

A hipótese geral é de que a decisão judicial, na sociedade de massa (Século XX), tem um perfil micrototalitário, segundo o pensamento político de H. Arendt, em sua obra *Origens do Totalitarismo*. Esta foi o ponto de partida para a investigação. Arendt não conceituou o “micrototalitarismo”, e, sem a posse de um conceito, foi necessário buscar nas suas reflexões o contributo para as aproximações possíveis

com o evento totalitário, considerado por ela o evento importante de sua época. Na obra, ela analisa os elementos e eventos que, “cristalizados” na Modernidade, tornaram possível o assassinio em escala industrial de seres humanos, como o racismo, o Imperialismo, e os fatos que precederam a estes. No entanto, a *Origens* não forneceu uma resposta definitiva, mas tornou explícitos pontos acerca do controle da vida dos homens mediante a correção do passado e a determinação do futuro, da categoria da logicidade estrita ou da suspensão do ordenamento, alguns dos “modos” operacionais dos Totalitarismos Nazista e Stalinista.

Para verificar se na sociedade de massa o Poder Judiciário estrutura a esfera do social, foi preciso “iluminar” a decisão judicial na matriz ocidental, desde o pré-direito grego, até a Modernidade. Interrogou-se o passado porque entender o que ocorre com a decisão judicial, no Brasil, exigiu uma aproximação com a História. O Direito Brasileiro adotou conceitos, modelos decisórios, formas processuais, cujas origens estão no passado do Ocidente.

Assim, partiu-se das formas primitivas de decisão, vinculadas a um direito de matriz sagrada, na Grécia arcaica. Na passagem para a *polis* grega, percebeu-se a separação entre direito e lei. Esta não se confundia com “um catálogo de proibições”, mas era o “muro” que possibilitava a existência de um domínio público, e entre iguais e livres, o *ius* se manifestava. Quando do advento da *Civitas* Romana, ocorreu a apropriação feita pelos romanos da lei escrita grega, com o que o direito se estruturou como hierarquia de regras, e é nele que se origina a decisão judicial, enquanto declaração de um magistrado. O Direito Romano foi resgatado no Medievo por ser escrito, ajustado às necessidades das cidades e das relações comerciais, passando a ser o instrumento que facilita e assegura a circulação de bens, e mais tarde, a concentração da riqueza.

Na Modernidade, os assuntos privados ganharam a luz pública e surgiu a esfera do social, que é a da economia e da administração burocrática, pertencentes até então, à esfera privada familiar, e para a qual nunca mais retornaram. Houve também o aparecimento de um modelo de homem que acredita tudo poder e que faz por conhecer, e com isso, a ruptura com a Tradição de Pensamento Político Ocidental surgiu. Esta ruptura, que se manifesta na separação entre o teórico e a realidade, permitiu que o Poder Judiciário – a decisão judicial – prescindisse da

Tradição. O direito, reduzido à lei escrita, tornou-se a regra posta pelo Estado; uma estrutura hierarquizada (o que exige padrões de racionalidade), dispostas em uma relação de superioridade/inferioridade, a superior a validar a inferior (conformidade), passando a apresentar característica totalitária.

Na estrutura hierarquizada não existem liberdade e igualdade, há somente artefatos para a solução de conflitos entre hierarquias. O direito como sinônimo de lei (codificação) foi o mecanismo organizacional do Estado Moderno (e ainda é). A classe cujo único critério de pertencimento exigido, segundo Arendt, era o amor à acumulação, manteve, por um certo tempo, distância em relação ao Estado e aos assuntos públicos. O interesse por estes, no entanto, surgiu quando a riqueza precisou das garantias que o Estado era capaz de fornecer ao processo infundável de acumulação e de expansão (Imperialismo – 1880/1914). O direito estatal, que regra a vida humana desde antes do nascimento, até para além da morte, mas cuja manifestação necessária para o processo de acumulação da riqueza é a disciplina dos contratos, foi (e é) o instrumento suficiente dessa garantia. A função, do Estado e seus Poderes, é manter o movimento de acumulação.

A decisão judicial apresenta características micrototalitárias, por meio da burocracia. Com o advento da Primeira Guerra, os homens, atomizados, incapazes de manter íntegros os laços de sociabilidade e de pensar, foram aprisionados “no anel” do Totalitarismo, forma de governo não subsumível aos modelos até então conhecidos. O Totalitarismo, quer “realize” as leis da Natureza ou da História, caracteriza-se pelo controle dos comportamentos, do passado e do futuro, por meio do apelo à logicidade e pela suspensão da lei. Estes são os pontos de contato entre o fenômeno descrito por Arendt e o objeto deste estudo. Em ambos é possível pensar em termos de uma realidade “fora do real”, que elimina a contingência e a ação política.

Esta é a “marca de Caim” do Direito Brasileiro, porque em sendo a decisão judicial a forma concreta com que ele se revela, controla a vida dos homens mediante a correção do passado e a determinação do futuro, da logicidade estrita ou da suspensão do ordenamento. Neste contexto, o direito é partícipe de um processo que se regula pela mais estrita necessidade, mantendo sobrepostas a esfera pública e a esfera privada, ao gerir a vida de relação na burocracia. As decisões

produzidas, dentro e a partir da burocracia estatal, são ditadas pelas exigências da economia, conforme as aspirações e determinações do mercado, não mais visando ao humano. Hoje, e apesar da existência de cartas políticas formalmente comprometidas com a democracia, a burocracia, “não necessariamente um não - governo”, pode assumir a forma tirânica de um totalitarismo fragmentado, sem pretensão de globalização, de guerra externa, *um micrototalitarismo*, em que tudo se passa sob a suposta aparência do correto funcionamento das instituições sociais.

Para compreender um aspecto da realidade parte-se de uma pré-compreensão, que por sua natureza, revela as suas limitações. Seja porque limita-se a informações corretas, ou a dados científicos, ou a opiniões, a mudança de perspectiva possibilitou atribuir novos significados ao fato humano, e mesmo uma conciliação com ele – no caso, o direito. Pensar o “modo de produção” do direito no Brasil, a partir do referencial arendtiano, conferiu sentido ao desconforto que ele produz. Ainda que assim seja do ponto de vista de um direito que é instrumental, abre-se a possibilidade de continuação com uma outra pergunta. Trata-se de indagar em que medida o direito pode constituir-se como algo capaz de assegurar o domínio público, pois é preciso garantir o espaço da aparência, potencialmente existente onde quer que pessoas, em toda a sua dignidade, possam se reunir, para tratar de seu destino comum. É preciso resgatar “a dignidade da política”, e o direito, nesta perspectiva, precisa “reencontrar” a sua origem grega, separada da lei, o “muro” que garantia a existência não vertical do domínio público.



## Referências bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1982.

ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**. No rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALVES NETO, Rodrigo Ribeiro. **Alienações do mundo: uma interpretação da obra de Hannah Arendt**. São Paulo: Editora Loyola, 2009.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volumes IV e VI. Trad. Aldo Vannucchi e outros. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

\_\_\_\_\_. Tomás de. **Da Justiça**. Trad. Tiago Tondinelli. Campinas: Vide Editorial, 2012.

ARENDT, Hannah. **A dignidade da política**. Trad. Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume - Dumará, 2002.

\_\_\_\_\_. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. Revisão técnica e apresentação Adriano Correia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

\_\_\_\_\_. **A vida do espírito**. Trad. Cesar Augusto de Almeida, Antônio Avbranches, Helena Martins. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016a.

\_\_\_\_\_. **Sobre a revolução**. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: 2011.

\_\_\_\_\_. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Editora Schwarcz, 2014.

\_\_\_\_\_. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2014a.

\_\_\_\_\_. **O que é política**. Trad. Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

\_\_\_\_\_. **Compreender**. Formação, exílio e totalitarismo. Ensaios. Trad. Denise Bottmann. Organização, introdução e notas Jerome Kohn. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Lições sobre a filosofia política de Kant**. Trad. André Duarte de Macedo. São Paulo: Relume-Dumará, 1993.

ARISTÓTELES. **A constituição de Atenas**. Trad. Francisco Murari Pires. São Paulo: Editora HUCITEC, 1995.

\_\_\_\_\_. **A política.** Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Socrate.** Com saggi critici di Adriana Cavarero e Simona Forti. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2015.

\_\_\_\_\_. **Ética a Nicômaco.** Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

\_\_\_\_\_. **Retórica.** Trad. e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pene. Lisboa: Editora Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 2005.

ARIÈS, Philippe, *et alii*. **História da vida privada.** Do Império Romano ao ano mil. Vol. I. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

ARNAUD, André-Jean, *et alii*. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito.** Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARRETO, Vicente Paulo. **Dicionário de filosofia do direito.** São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BERMAN, Harold Joseph. **Direito e revolução.** A formação da tradição jurídica ocidental. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Editora UNISINOS. 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica.** Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2003.

\_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico.** Trad. Márcio Pugliesi e outros. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento.** Trad. Cláudio de Cicco e outros. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

\_\_\_\_\_. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant.** Trad. De Alfredo Fait. Revisão de Estevão Rezende Martins, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, c1969.

\_\_\_\_\_. **Thomas Hobbes.** Trad. Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1991.

\_\_\_\_\_; MATTEUCCI Nicola; PASQUINO Gianfranco. **Dicionário de política.** Volumes 1 e 2. Trad. Carmen C. Varrialee, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995a.

BOELLA, Laura. **Hannah Arendt. Agire politicamente. Pensare politicamente.** Milano: Feltrineli Editore, 1995.

BRANDÃO, Justino. **Dicionário mítico-etimológico.** Rio de Janeiro: Vozes, 1991.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 1 jan. 2017.

BRESCIANI, Maria Stella Martins. **Londres e Paris no século XIX: o espetáculo da pobreza**. Tudo é história. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Estado, estado-nação e sociedade**. Disponível em: [www.bresserpereira.org.br/documento/2645](http://www.bresserpereira.org.br/documento/2645). Acesso em: 31 maio 2019.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto Proibido**. Trad. Gresiela Nunes da Rosa e outros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Buenos Aires: Alfredo – Perrot, 1990.

CÍCERO, Marco Túlio. **Das leis**. Tradução, introdução e notas Otávio T. de Brito. São Paulo: Cultrix, 1967.

CORNELSEN, Elcio. **Totalitarismo**. Revista Literatura e autoritarismo nº 14. Disponível em: [http://w3.ufsm.br/literaturaeautoritarismo/revista/num14/art\\_10.php](http://w3.ufsm.br/literaturaeautoritarismo/revista/num14/art_10.php). Acesso em: 17 abril 2019.

D'AGOSTINI, Franca. **Verità Avvelenata**. Torino: Bollati Boringhieri, 2010.

DANTE, Alighieri. **Monarquia**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

DA SILVA, Ovídio A. Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DAWSON, Christopher. **A formação da cristandade**. Das origens na tradição judaico-cristã à ascensão e queda da unidade medieval. Trad. Márcia Xavier de Brito. São Paulo: É Realizações, 2014.

\_\_\_\_\_. **Criação do ocidente**. A religião e a civilização medieval. Trad. Maurício G. Righi. São Paulo: É Realizações, 2016.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão social do trabalho. As regras do método sociológico. O suicídio. As formas elementares da vida religiosa**. Seleção de textos José Arthur Giannotti. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura, Luz Cary, Margarida Garrido Esteves e J. Vasconcelos Esteves. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

DUARTE, André. **O pensamento à sombra da ruptura**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

ÉSQUILO. **Orestéia**. Estudo e tradução Jaa Torrano. São Paulo: Iluminuras, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito** – reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do Direito**. Técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1993.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade. A vontade de saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

FRASE, Nancy. **Escalas de justiça**. Barcelona: Herder Editorial, 2012.

GERNET, Louis. **Antropologia de la Grecia Antigua**. Trad. para o espanhol de Bernardo Moreno Carrilo. Taurus, Madrid, 1980.

GILISSEN, John. **História do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GIORDANI, Mário Curtis. **História da Grécia**. Antiguidade Clássica I. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1967.

\_\_\_\_\_. **História de Roma**. Antiguidade Clássica II. Rio de Janeiro, Editora Vozes, 1979.

\_\_\_\_\_. **Iniciação ao direito romano**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1996.

\_\_\_\_\_. **História dos séculos XVI e XVII na Europa**. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.

GROSSI, Paolo. **Mitología jurídica de la modernidade**. Trad. De Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil.

HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da Filosofia do Direito**. Trad. André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2015.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOMERO. **Odisséia**. Vol. 3: Ítaca. Trad. Donaldo Schüller. Porto Alegre: L&PM, 2007.

\_\_\_\_\_. **Ilíada**. Vol. I. Trad. Haroldo de Campos. Introdução e organização Trajano Vieira. São Paulo: Arx, 2003.

JUSTINIANO. **Digesto**. Liber Primus. Trad. Hécio Maciel França Madeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

KANT, Immanuel. **Crítica da Faculdade do Juízo**. Trad. Valério Rohden e António Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

\_\_\_\_\_. **Começo conjectural da história humana**. Trad. Edmilson Menezes. São Paulo: UNESP, 2010.

LAFER, Celso. **Filosofia e teoria geral do direito. Um percurso no direito no século XXI**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática. Os limites do totalitarismo**. Apresentação Marilena Chauí. Trad. Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Editora Brasiliense, 1983.

LE GOFF, Jacques. **A história deve ser dividida em pedaços?** Trad. Nícia Adan Bonatti. São Paulo: UNESP, 2014.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia. Dos pré-socráticos a Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canônica**. Trad. Carlos Serra. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

MÜLLER Max y HALDER Alois. **Breve dicionário de Filosofia**. Título original: Kleines philosophisches Wörterbuch. Trad. de Esteban Lator Ros. Barcelona: Herder Editorial, 1979.

OCHOA, Carla Huerta. **Conflictos normativos**. México: Universidad Autónoma de México, 2007.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. **Tractatus ethico-politicus**. Genealogia do ethos moderno, Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

OST, François. **Contar a lei**. As fontes do imaginário jurídico. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

PÁDUA, Marsílio de. **O defensor da paz**. Tradução e notas de José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Petrópolis: Vozes, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito Civil**. Vol. II. Teoria geral das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERRY, Marvin. **Civilização ocidental. Uma história concisa.** Trad. Waltensir Dutra e Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PLATÃO. **A república.** Trad. J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Diálogos. **Protágoras, Górgias, Fedão.** Trad. Carlos Alberto Nunes. Belém: EDUFPA, 2002.

\_\_\_\_\_. Diálogos. **O Banquete, Fédon, Sofista, Político.** Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Trad. e notas de José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

PRÉ-SOCRÁTICOS. I. **Do mito à filosofia.** Fragmentos, doxografia e comentários. Seleção de textos Prof. José Cavalcante de Souza. Dados bibliográficos de Remberto Francisco Kuhnen. Trad. José Cavalcante de Souza e outros. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social. Ensaio sobre a origem das línguas. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Discurso sobre as ciências e as artes.** Trad. Lourdes Santos Machado. Introdução e notas de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

RUSSEL, Bertrand. **História da Filosofia Ocidental.** Volume primeiro. Trad. Breno Silveira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969.

SCHIO, Sônia Maria. **Hannah Arendt – História e liberdade. Da ação à reflexão.** Porto Alegre: Clarinete, 2012.

\_\_\_\_\_; PEIXOTO, Claudia Carneiro. **O conceito de lei em Hannah Arendt.** Florianópolis. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/File/1677-2954.2012v11n3p289>. Acesso em: 17 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **O estado teorizado por Hobbes, segundo a perspectiva de Hannah Arendt.** Disponível em: <http://revistareflexoes.com.br/wp-content/uploads/2017/07/12.1.1-Sonia-UFEpel-181-a-195.pdf>. Acesso em: 14 abril 2018.

\_\_\_\_\_. **Hannah Arendt: a estética e a política (do juízo estético ao juízo político).** Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/haudle/10183/14684>. Acesso em 13 out. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica.** Recurso eletrônico. E- book Apple.

STREFLING, Sérgio Ricardo. **Igreja e poder.** Plenitude do poder e soberania popular em Marsílio de Pádua. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica.** São Paulo: Malheiros, 2006.

VERNANT, Jean-Pierre. **As origens do pensamento grego.** Trad. Ísis Borges B. da Fonseca. Rio de Janeiro: Difel, 2013.

VESTING, Thomas. **Teoria do direito**. Uma introdução. Trad. Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015

VETÖ, Miklós. **Coerência e terror: introdução à filosofia de Hannah Arendt**. Revista Filosofia Política 5. Porto Alegre: L&PM Editores, 1989.

VIGO, Rodolfo Luiz. **Interpretação Jurídica**. Do modelo Juspositivista – legalista do séc. XIX às nossas perspectivas. Trad. Susana Elena Dalle Mura. Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sérgio Fabres Editor, 1995.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.