o Caráter Narrativo da Constituição

Identidade narrativa e a constituição justa

Gilberto Guimarães Filho

O caráter narrativo da Constituição é um olhar que não se limita à leitura técnico-jurídica. É ultrapassar o recorte contratualista-liberal que ocultou a relação destas obras fundacionais com a identidade individual e coletiva das pessoas, com a Constituição como uma obra humana e não apenas técnica, com o processo de subjetivação em que o Direito e a política atuam ao narrar um povo plural. Ao relacionar teoria literária, filosofia e direito, esta obra busca entender este modo de contar a vida humana, esta produção que institui como será construída uma sociedade, que bens humanos serão protegidos, o que deverá ser evitado e, principalmente, perguntar: Como narrar uma sociedade com instituições justas? Eis o desafio que esta obra coloca para o pensamento constitucional e para a filosofia política.

9 788556 963451

CC BY SA

editora fi
www.editorafi.org

O caráter narrativo da constituição

Direção Editorial

Lucas Fontella Margoni

Comitê Científico

Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira
Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)

Prof. Dr. Saulo Martinho Monteiro de Mattos
Universidade Federal do Pará (UFPA)

Prof. Dr. Fabio Caprio Leite de Castro
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

Profa. Dra. Maria Eugênia Bunchaft
Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)

o Caráter Narrativo da Constituição

Identidade narrativa e a constituição justa

Gilberto Guimarães Filho

editora fi

Diagramação: Marcelo A. S. Alves
Capa: Lucas Fontella Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Todos os livros publicados pela Editora Fi
estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

http://www.abecbrasil.org.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

GUIMARÃES FILHO, Gilberto

O caráter narrativo da constituição: identidade narrativa e a constituição justa [recurso eletrônico] / Gilberto Guimarães Filho -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

152 p.

ISBN - 978-85-5696-345-1

Disponível em: http://www.editorafi.org

1.Direito constitucional. 2.Direito constitucional – Interpretação e construção. 3.Hermenêutica (Direito). 4.Direito – Filosofia. 5.Ricoeur, Paul – 1913-2005. I.Teixeira, Anderson Vichinkeski. II.Título.

CDU 340

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito 340

Agradecimentos

Este trabalho é resultado de muitos diálogos, amizades e aventuras. Serei sucinto, mas sincero na minha gratidão e na importância de todos neste trabalho – nunca separando o lado acadêmico da amizade.

Agradeço a toda minha família pelo carinho, apoio e compreensão. Vocês são a minha narrativa fundamental. Especialmente à minha mãe, ao meu pai (*in memoriam*) e às minhas irmãs.

Agradeço ao meu orientador Anderson Vichinkeski Teixeira pelo enorme aprendizado que me proporcionou. Sinto-me privilegiado pelas grandes lições e pelo exemplo de pesquisador e professor que tive.

Ao Ricardo Evandro Martins pela Amizade que me permitiu compreender o que é partilhar um horizonte comum.

Ao Saulo Matos por sempre resgatar a minha esperança na academia e no estudo. Nossas conversas foram fundamentais para eu encontrar caminhos.

Ao Sandro Alex Simões por ter me apresentado Paul Ricoeur e François Ost. Foste o nascimento da visão poética e narrativa deste trabalho. Porém, mais importante foste como um exemplo de respeito e tolerância.

À Camila Külkamp pelo sentimento e apoio essenciais durante a escrita deste trabalho.

À Beatriz de Oliveira pela leitura atenta e preciosa revisão desta versão finalmente publicada.

Ao Ernesto Boulhosa pela inabalável amizade e partilha de projetos.

Ao Ian Pimentel e Matheus Baraúna por dividir o horizonte acadêmico e a curiosidade de se embrenhar pelos assuntos.

Ao Rafael Köche por nossos tantos diálogos, seja sobre pesquisas ou sobre a vida. Foi muito importante a tua amizade em São Leopoldo e no nosso estágio de pesquisa. Também agradeço o carinho da tua querida família: Jorge Luiz, Loraci e Bruna.

Ao Daniel Ortiz por dividir tantos momentos do mestrado, por termos aprendido tanto sobre a vida acadêmica e termos dado passos tão importantes sobre hermenêutica ao olhar a vida e ouvir a música.

À Maria Eugênia Bunchaft e ao Fábio Caprio pelas considerações fundamentais na banca de qualificação e na defesa desta dissertação. Foi fundamental para as melhorias realizadas.

Ao Luiz Rohden por, sem ter planejado, ter me recebido no sul com uma aula sobre o meu conterrâneo Benedito Nunes. Agradeço por ter me ajudado tanto a entender a essência ética e dialética da hermenêutica, especialmente da obra de arte.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, especialmente ao trabalho incansável de Vera Loebens e Magda Macedo – principalmente pegando no meu pé. Aos grandes professores Lênio Streck, Leonel Severo, Vicente Barretto, Darci Guimarães, Wilson Engelmann, Fernanda Bragato e Taysa Schiocchet. Aos tantos mestrandos, doutorandos, alunos da iniciação e alunos do PROCAD com quem dividi experiências, como Thaís Gracia, Karina Fernandes, Natália Castillo, Fernando Hoffmann, Mariah Torres, Rafaela Vianna, Daniel Carneiro Leão, Danilo Lima, Adriano Lepper e tantos outros que seria difícil listar.

Ao Rodrigo Barata por ter me ensinado tanto sobre narrativa e poética. Teus cursos e conversas ampliaram o meu horizonte narrativo e percepção poética.

Ao Hugo Mercês por me mostrar que há sensibilidade e esperança no mundo das leis.

Ao amigos Victor Russo pelos tantos diálogos sobre a história e sobre o mundo acadêmico.

À Elizabeth Rossi pelo milagre de me ensinar o básico da língua francesa em menos de dois meses. Tudo por meio de cucas e chá – que voltei para Belém viciado.

Ao Adalberto Sá pela valiosa troca de e-mails sobre o Charles Taylor, autor que havia visto palestrar, mas comecei a entendê-lo de verdade nestas produtivas conversas.

Ao professor Yves-Charles Zarka e seus alunos por terem me recebido na Universidade Paris Descartes.

Ao professor Antônio Maués por ter permitido que fosse aluno em sua matéria no PPGD da UFPa.

Ao ambiente da filosofia do Direito de Belém. Certamente muito deste trabalho foi pensado devido ao diálogo direto ou indireto com Paulo Weyl, André Coelho, Ricardo Evandro, Ernesto Boulhosa, Ricardo Dib Táxi, Davi Silva, Diego Mascarenhas, Alexandre Fadel, Bráulio Rodrigues e tantos outros.

À UPAC – Universidade popular de arte e ciência – e ao Hotel da Loucura e todas as pessoas envolvidas por ampliar a minha compreensão sobre a pesquisa, a universidade e o papel da arte. Especialmente a Vitor Pordeus.

À Trupe da Pro-cura e ao Viramundo e todos os seus membros, pessoas próximas e encontros – seria uma página para colocar o nome de todos. Vocês estão ao final dos agradecimentos, pois a poesia permite olhar para a academia e ver tudo de ponta-cabeça. Diante da gratidão por vocês, silencio.

Mais do que modo de conhecimento, a poesia é primeiramente modo de vida - e de vida integral. O poeta existia no homem das cavernas, existirá no homem das idades atômicas, porque é parte irredutível do homem.

[...]

E até na ordem social e no imediato humano, quando as Portadoras de pão do antigo cortejo cedem o passo às Portadoras de archotes, é ainda na imaginação poética que se acende a alta paixão dos povos em busca da claridade. (PERSE, 1971, p. 13).

Sumário

1 15
Introdução

2 21
Teoria narrativa e identidade pessoal
2.1 Narrativa e Direito como Literatura: por uma Teoria Narrativista do Direito e da Constituição? 22
2.1.1 Direito como Literatura 22
2.1.2 *Narrative Turn* no Direito 26
2.1.3 As Constituições e as Mitologias das Sociedades Modernas 31
2.2 A Reabilitação da Narrativa para a Verdade e a Justiça 34
2.3 A Filosofia Reflexiva e a Constituição do Sujeito na Hermenêutica do Si em Paul Ricoeur 43
2.3.1 A Filosofia Reflexiva e Hermenêutica do Si em Paul Ricoeur 43
2.3.2 Identidade Narrativa: a Mesmidade e a Ipseidade 50

3 59
Identidade e constituição democrática em Carl Schmitt e Hans Kelsen
3.1 O Constitucionalismo do Início do Século XX e a Constituição de Weimar: Quem é o Guardião da Constituição? 60
3.2 Unidade do Povo e Constituição Democrática em Carl Schmitt 81
3.3 Pluralismo e Constituição Democrática em Hans Kelsen 89
3.4 Constituição, Identidade do Povo e Narrativa Democrática: Mesmidade e Ipseidade em Schmitt e Kelsen 94

4 103
Constituição, ipseidade e alteridade: a instituição justa
4.1 Implicações Ético-Políticas da Narrativa: a Busca de Vida Boa em Instituições Justas 104
4.2 Promessa e Utopia: a Identidade Prospectiva de uma Nação 114
4.3 Narrativa e Alteridade: Sujeito de Direito, Pluralismo e Reconhecimento no Plano Político 127
4.4 Pensando a Constituição Justa: um Balanço a Partir da Constituição Democrática 137

5 143
Condiderações finais

Referências 147

1

Introdução

O Direito sempre construiu o seu próprio discurso, uma linguagem jurídica cujo desenvolvimento remonta a diversos momentos da história do pensamento, como a separação entre *mythos* e *logos*, entre ser e dever-ser, entre Direito e moral e tantas outras. Neste trajeto, diversos recursos linguísticos foram retirados do discurso jurídico, sendo a identidade deste formada pela oposição às outras linguagens, como a linguagem da poesia, dos romances, das orações ou a própria linguagem popular.

É fato histórico que o direito já foi escrito e proferido de maneiras que atualmente seriam estranhas ao mundo das leis. Por exemplo, a lei romana das XII tábuas, legislação que deu origem ao que ficou conhecido como o *Direito romano*, foi escrita em versos adónios[1], o que foi reproduzido por Cícero na redação das suas leis - a lei, o que diz o justo, deveria ser escrita de forma bela, completando a antiga tríade entre o justo, o verdadeiro e o belo.

Os caminhos do discurso jurídico, como dito, foram outros. Em vez de a escrita jurídica se preocupar com o ritmo, com a rima, voltou-se a fórmulas lógicas. Afinal, Platão já havia visto na poesia um perigo à *pólis*, pois esta abertura poética pode enganar, desvirtuar e os poetas são perigosos com a sua arte de ficcionista, a habilidade que pode tornar belo o ser-humano mais vil. Depois, na modernidade, separou-se o ser (juízo descritivo) do dever-ser (juízo

[1] Versos compostos de um dáctilo, que na versificação grega e latina corresponde a uma sílaba longa seguida de duas breves, e um espondeu, que representa duas síbalas longas. Versos que se originaram nos cantos em honra de Adônis na religião pagã.

prescritivo), enquadrando a linguagem do Direito como a linguagem do dever e qualquer argumento jurídico fundamentado em um juízo descritivo incorreria na famosa falácia naturalista.

Neste itinerário, a escrita dos juristas cada vez buscou maior objetividade e aliou-se ao pensamento que fez do ato legislativo e do raciocínio jurídico uma articulação em torno do modelo "Se A, então B". Assim mostra-se, por exemplo, nosso código penal: "Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos". (BRASIL, 1940). Se matar, reclusão de seis a vinte anos. Este é o modelo narrativo das nossas leis ordinárias. Mas esta narrativa é pobre, pois apenas imputa uma sanção a uma ação realizada, necessitando de outras fontes para fazer sentido; é em sociedade, em meio a símbolos e representações que "matar" adquire sentido e se torna algo repudiável. Afinal, apenas proibimos algo por constituir um mal aos indivíduos ou à sociedade.

No nosso mundo constituído por uma rede narrativa (desde os desenhos da nossa infância, os jornais diários, as queixas nas delegacias, os filmes que assistimos, etc.) parece ter restado ao mundo das leis escritas apenas um local iminentemente narrativo. Um lugar em que não se profere "conduta-punição", mas que se diz:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> I - a soberania;
> II - a cidadania;
> III - a dignidade da pessoa humana;
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> V - o pluralismo político.

Eis uma norma jurídica sem sanção e sem prever conduta. Se não prevejo condutas, mas digo que a República Federativa do Brasil "constitui-se" em Estado Democrático de Direito e tem fundamentos tais, certamente isto funciona em lógica distinta à do artigo sobre homicídio. O que quer dizer na Constituição, por exemplo, que é

objetivo fundamental da República Federativa do Brasil "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais"? Talvez o jurista pense como H.L.A. Hart e veja nisto uma norma secundária, uma norma sobre como produzir as normas futuras, não de modo formal, mas em elementos substanciais; ou, pensando com Hans Kelsen, também serviria para guiar a interpretação dos juristas.

Mas por que criar normas que dependem de outras normas para serem aplicadas, já que não está previsto sanção? Por que criar norma de repúdio à discriminação se necessitamos de uma norma penal para punir as condutas? Isso nos mostra que na escrita do Direito a ética, a busca da vida boa, não sumiu, não limitou a linguagem das leis à linguagem das obrigações e sanções. Estes elementos que representam valores ou bens são comumente compreendidos como princípios políticos de uma nação, pois narram o senso moral e de justiça que a guia.

Importa perceber que estes elementos não precisam estar escritos, explicitados. As narrativas buscam diversos modos de nos ensinar o senso de justiça: narrativas bíblicas, diálogos platônicos, fábulas de La Fontaine, histórias de super-heróis, narrativas jornalísticas etc. É ao lado disto tudo que colocaremos neste trabalho a Constituição: esta também como uma narrativa que, como todas as outras, lida com a busca da vida boa - e a busca da vida boa necessita de uma proteção normativa, alguma forma de segurança em sociedade.

Percebe-se que deslocamos a Constituição para o âmbito da narrativa. Em vez de partirmos da Constituição pelas compreensões de filosofia e teoria política, iremos compreender o que se oculta diante do recorte epistemológico do contratualismo e do liberalismo. **O nosso objetivo é pôr à luz o caráter narrativo da Constituição. Compreender os elementos que a teoria narrativa permite desvelar.** Acredito que este estudo interdisciplinar, relacionando teoria literária, filosofia e Direito é capaz de ampliar o nosso horizonte de compreensão sobre o fenômeno das Constituições.

É neste sentido que desenvolveremos esta pesquisa. Antes de explicá-la, cabe especificar um elemento metodológico fundamental. Esta pesquisa é pensada "a partir de" Paul Ricoeur. Mas o que significa ser pensada "a partir de"? Conforme Richard Kearney (2013, p. 149) há dois elementos neste modo pensar a partir de um autor. O primeiro é temporal, é pensar após, pois Ricoeur já faleceu e deixou o seu trabalho. A segunda é a motivação, influência ou inspiração. É, portanto, pensar conforme as implicações do seu pensamento. Disto categorizo que este trabalho não é mera aplicação de categorias ricoeurianas a questões constitucionais, mas há elementos ensaísticos no modo de ligar conceitos e problemas. Esta perspectiva também serve aos outros autores utilizados.

Cabe ressaltar que a pesquisa utilizou larga bibliografia em língua estrangeira e as citações diretas foram traduzidas no corpo do texto e mantido o texto na língua consultada em notas de rodapé.

Definida a aposta deste trabalho na narrativa e o modo como será pensado o referencial teórico, explico o percurso dos três capítulos que compõem a obra.

No primeiro capítulo será desenvolvido o conceito de narrativa, a relação desta com a identidade pessoal e coletiva e a dialética entre os dois elementos da identidade em Paul Ricoeur: mesmidade e ipseidade. Para isto, primeiro situaremos este trabalho diante de diversos dentro da categoria *direito como literatura* ou *direito e narrativa*; então colocaremos a relação das Constituições como mitologias nas sociedades modernas, aproximando-as da questão da narrativa; assim chegaremos ao pensamento de Paul Ricoeur sobre a filosofia reflexiva e a identidade narrativa.

A partir do pensamento sobre a narrativa, no segundo capítulo será reconstruído o importante debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a Constituição de Weimar. Este debate é importante por iniciar a questão da Constituição democrática e, portanto, a relação da Constituição com o povo, o que envolve, obviamente, identidade.

No terceiro capítulo realizaremos um percurso mais audaz. Se no primeiro capítulo haverá a dialética entre mesmidade e ipseidade, aqui faremos a dialética entre identidade e alteridade a partir das consequências da pequena ética de Paul Ricoeur – a busca da vida boa com e para outros em instituições justas. E levaremos estas consequências ao plano constitucional, envolvendo temas centrais das discussões constitucionais, como as políticas de reconhecimento, a inclusão dos grupos vulneráveis e as utopias constitucionais a partir da ideia de instituição justa.

2

Teoria narrativa e identidade pessoal.

Para pensar a Constituição como uma narrativa, faz-se necessário aprofundar em que o conceito de narrativa toca no conceito de identidade. Assim poderemos pensar o que o gênero narrativo Constituição deixa à mostra ao ser pensado pela ideia de identidade narrativa.

Para tal, precisamos antes entender que sujeito nós somos, enquanto herdeiros da modernidade enfeitiçados pelos avanços da técnica e da ciência. Pensamos a realidade através das lentes da ciência a ponto de esta visão se tornar naturalizada. Aprendemos a ver no movimento do rio um conjunto de átomos, cuja movimentação é melhor descrita se dividida em menores partes vistas através de um microscópio. Olhamos para o céu de noite e sabemos que não vemos as estrelas, mas apenas a sua luz – pois sua posição já é outra. Do mesmo modo, lemos uma Constituição com olhar moderno, como um instrumento que organiza os poderes do Estado e garante os Direitos fundamentais. Por vezes, perdemos a beleza do rio, o mistério do céu e o que um texto como a Constituição faz para além da visão que a teoria política nos limitou. Esquecemos que é feita por pessoas e para pessoas – e não há nada mais complexo que gente.

Um texto constitucional se localiza numa encruzilhada que envolve mais elementos do que parte da teoria política vê, ocultando algo que a Constituição é diante das sociedades e limitando-a a um instrumento político de efeitos supostamente controlados. Portanto, cabe-nos, antes de falar da própria Constituição, ligar conceitos

chaves que nos permitirá repensá-la; encontrar rudimentos que aprendemos a não ver na narrativa instituinte dos Estados.

2.1 Narrativa e Direito como Literatura: por uma Teoria Narrativista do Direito e da Constituição?

É importante iniciar a escrita localizando este trabalho em relação a uma série de pesquisas já existentes sobre narrativa e literatura dentro da área jurídica. Cabe expor o horizonte das pesquisas sobre a narrativa dentro do direito, local em que iremos nos situar e distinguir o nosso objeto e percurso específicos.

O trajeto inicial será localizar este trabalho na tradição de pesquisa sobre *Direito e literatura* e, de modo mais específico, no chamada *Direito como literatura* (2.1.1). Então pensaremos se existe um *Narrative Turn* dentro do pensamento jurídico (2.1.2). Provocaremos a aproximação do pensamento sobre as Constituições com o pensamento mitológico, levando à possibilidade de a Constituição ocupar o papel das mitologias, dos mitos de origem em uma sociedade moderna que não pode mais estar fundada em mitos, mas funda-se nas Constituições (2.1.3).

2.1.1 Direito como Literatura

Apesar deste trabalho não tratar de obras literárias, tendo por enfoque textos filosóficos e jurídicos, é uma produção dentro da área que relaciona direito e literatura[1]. Claramente esta relação não se dá pela maneira mais comum, que é tratar de um tema jurídico a partir de uma obra literária. Esclarecer como será o uso da literatura visa evitar que o trabalho caia na crítica de Michele Taruffo (2011, p. 114), para a qual, apesar de o movimento *Law and Literature* ter produzido muito conteúdo de relevância, é usual encontrar material

[1] Optou-se por escrever direito com letra minúscula, evitando uma possível superioridade de uma disciplina sobre a outra no momento em que se tocam.

vago e que se perde na linguagem literária, não contribuindo de fato ao estudo ou à prática do Direito. Portanto, este cuidado com a definição do tema e da área visa evitar que o trabalho se perca entre temas de literatura, filosofia e direito e realize uma pesquisa inócua.

Deste modo, iniciamos por classificar as correntes do pensamento jurídico que, de formas distintas, relacionam-se com a literatura, já que existem diversos desenvolvimentos com perspectivas e objetos completamente distintos[2].

Calvo González coloca as pesquisas em direito e literatura (em sentido amplo) como uma especialidade dentro do quadro da disciplina filosofia do direito. Este seria o "fértil jardim da teoria literária do direito"[3] (CALVO GONZÁLEZ, 2007, p. 309) que, de maneira mais específica, chegará no que ele chama de "teoria e crítica narrativista do direito."[4] (CALVO GONZÁLEZ, 2007, p. 310).

Os grandes autores do tema estabelecem três correntes de relações entre direito e literatura (CALVO GONZÁLEZ, 2007, p. 310; OST, 2007, p. 48):

a) direito da literatura, que se refere ao que há de jurídico (em um sentido prático), como as leis e jurisprudência, em um mundo instaurado por uma obra literária;
b) o direito como literatura, que trata o discurso jurídico por meio da análise literária – o qual se adota aqui e já iremos nos deter de modo mais cuidadoso;
c) o direito na literatura, que é analisar, nas obras literárias como as questões de justiça, do sentido do direito e outros diversos elementos tocantes ao mundo jurídico são representados e pensados nas obras literárias – é o modo mais popular, como, por exemplo, analisar questões processuais em *O Processo* de Franz Kafka. É também a perspectiva adotada por François Ost no seu famoso *Contar a lei – As fontes do imaginário jurídico*.

---

[2] Há construções utilizando a teoria dos atos de linguagem, por John R. Searle ou John L. Austin; Michele Taruffo tratando das narrativas processuais; o *legal storytelling*, de I. Papadopoulos e outras tantas pesquisas diferentes com o ponto de partida ou com elemento central na literatura.

[3] No original: "*fértil jardín de la Teoría literária del Derecho*".

[4] No original: "*teoria y crítica narrativista del derecho*"

Neste trabalho, ligamo-nos ao chamado direito como literatura, que também poderia ser chamado de direito e narrativa. O direito já foi escrito e narrado de diversas maneiras, mas os juristas limitaram-se a pensar pelo modo como o direito moderno é escrito, a partir do estilo de narrativa dos seus códigos. Estes já tiveram formas muito curiosas aos nossos olhos, como mencionado na introdução deste livro sobre as leis versificadas de Licurgo e Drácon; a lei romana das XII Tábuas escrita em versos adônios, estilo que Cícero reproduziu. Na modernidade, a escrita do direito se transforma com o advento dos modelos racionalistas e do princípio da soberania do Estado. No século XIX "O sucesso das codificações traduz o ideal de unidade e coerência lógica da ordem jurídica" (OST, 2007, p. 54). Ou seja, quem escreve é um legislador racional, onipotente, o mesmo narrador onisciente dos romancistas realistas da época – estilo já superado na literatura, mas ainda não pelos códigos. O autor está fora da ação, mas a controla (OST, 2007, p. 53-54). É o ponto de vista de Deus. Afinal, como escreveu Rousseau (1963, p. 35) no seu *Do contrato social*: "Seriam precisos deuses para dar leis aos homens"[5].

A importância do direito como literatura nasce desta limitação moderna do jurista, que não se volta ao horizonte maior da linguagem e da narrativa, mas fecha-se em um discurso normativo próprio. A interação com a literatura aproxima o jurista de uma realidade que não é acessível ou compreensível pela via hegemônica do conhecimento jurídico. Portanto, uma face que estava escurecida pode ser trazida à luz pela narrativa. (CALVO GONZÁLEZ, 2013, p. 31-32).

O estudo da teoria narrativa, que compõe uma disciplina dentro da teoria literária, permite compreender a narrativa em um sentido muito mais amplo, o qual possibilite colocar a narrativa jurídica como uma das maneiras que o ser-humano desenvolveu de

[5] No original: "*Il faudrait des dieux pour donner des lois aux hommes*".

narrar o seu mundo, junto com outros grandes modos, sejam ficcionais ou não, como a Bíblia, Hamlet, Dom Quixote ou as próprias narrativas populares (*folklore*) ou pessoais, onde compartilho uma experiência ou um acontecimento por um relato verbal.

A partir dos métodos e compreensões sobre a narrativa e a escrita que surge a importância desta corrente, já que é indiscutível que há algo de narrativo no direito, começando pelo evidente, como os depoimentos em juízo, a narrativa que compõe a sentença etc. Mesmo no polêmico *Law and literature* de Posner (2009, p. 425), a narrativa é colocada como fundamental ao direito: "A narrativa exerce um importante papel no direito, um papel que não existe sem um elemento ficcional"[6]. Mas cabe questionarmos: até onde chegará o caráter narrativo do direito?

Calvo González (2007, p. 312) expõe um elemento essencial da relação entre Direito e literatura:

> Direito e literatura se imbricam a uma função social indiscutível e comum através do seu fundamento no Mito (*Mythos*); em ambas criações humanas a função mítica está presente através da vocação instituinte de dar sentido à desordem da experiência; a instituição jurídica dá sentido reordenando o conflito social, a instituição literária socializa pela ficção uma 'promessa de sentido' frente à desorientação da experiência[7].

Há algo na literatura que, por uma linguagem distinta da jurídica, também permite dar sentido, dar ordem à experiência e ao conflito – ou será que para isso o direito também utiliza de recursos narrativos? Antes de aprofundarmos nestas questões, importa tratar da inequívoca presença da narrativa no direito.

---

[6] No original: "*Narrative plays an important role in law, a role that is not without an element of fiction*".

[7] No original: "*Derecho y Literatura sí se imbrican a una función social indiscutible y común a través de su fundamento en el Mito (Mythos); en ambas creaciones humanas la función mítica se halla presente a través de la vocación instituyente de dar sentido al desorden de la experiencia; la institución jurídica otorga sentido reordenando el conflicto social, la literaria socializa mediante la ficción una «promesa de sentido» frente al desconcierto de la experiencia.*".

Calvo González (2007, p. 322-324) aponta três maneiras com que esta presença da narrativa se dá:

> a) refere-se às tramas narrativas relatadas pelos diversos operadores do direito, das partes ou quaisquer envolvidos em litígios; seja para caracterizar gestos processuais de relevância ou relatos passionais;
> b) compreende que, nas teorias do Direito, há um elemento narrativo (teoria narrativista do Direito ou *narrative jurisprudence*). Calvo González ressalta que, como "hipótese estética", a capacidade explicativa de tais teorias não é completa – como se pressuporia em uma teoria analítica;
> c) o Direito e narrativa como *Narrative Criticism of Law*. Apoiando-se na natureza narrativa dos institutos processuais (como a confissão), as razões jurídicas e decisões judiciais.

Deste modo, esta pesquisa encontra-se na segunda vertente do direito e narrativa, o qual busca ampliar temas de filosofia ou teoria do direito, recusando a redução positivista ou analítica sobre o campo jurídico (reduzindo basicamente o direito a questões de validade e de interpretação), e compreendendo elementos do direito e da Constituição a partir do caráter narrativo que há nestes. Esta classificação não significa uma limitação, um compromisso de pesquisa sobre estes pontos de vista, mas tem importância inicial na compreensão de como será utilizado o elemento narrativo.

2.1.2 *Narrative Turn* no Direito

Michele Taruffo (2011, p. 113), referindo-se a questões processuais, coloca a existência de um *narrative turn* no Direito. Não é possível acreditar em um giro tão forte quanto o famoso *linguistic turn* na filosofia (no qual todas as pesquisas filosóficas voltaram-se à questão da linguagem), mas podemos utilizar esta expressão para discutir o crescimento da teoria narrativista e, principalmente, do reconhecimento do caráter narrativo do direito e suas implicações.

A presença da narrativa no direito, como já comentado inicialmente, é evidente. Um dos exemplos está na teoria e filosofia

do direito que segue criando narrativas para compreender o fenômeno jurídico. Grandes exemplos estão em Ronald Dworkin (1986), com o Romance em cadeia (*Chain Novel*) ou o juiz Hércules. Não é coincidência que Ricoeur (1995a, p. 147) compreende que há um elemento hermenêutico em Dworkin a partir da interpretação via modelos literários, o que a filosofia analítica tradicional não aceitaria. Mas mesmo Hans Kelsen, o maior juspositivista do século XX, que tenta desenvolver um método rigoroso e purificado de todo elemento não-científico, também utilizou da narrativa. O que mais seria a norma fundamental de Kelsen (2011a, p. 256) se não uma ficção, uma narrativa para dar validade ao direito? Mesmo uma teoria "pura", com seu rigor epistemológico, mostra-se tributária de uma grande narrativa fundadora[8].

Entretanto, o que ainda domina o estudo e a teoria do direito é o caráter analítico que rejeita a importância e, por vezes, mesmo a existência (no âmbito da ciência do direito) da narrativa no direito. Ost (2007, p. 41-42) exemplifica parte destas consequências:

> O direito analisado postula, com a força de um dogma, a diferença irredutível do ser e do dever-ser; disso decorre, em particular, a distinção entre fato e direito ('o Supremo Tribunal de Justiça não conhece fato', acaba-se então por afirmar). Contrariamente a essa tese, já mostramos o quanto o fato é penetrado de significações mais ou menos valorizadas e, em sentido inverso, de que maneira, por meio de suas regras constitutivas, o direito, como o jogo ou qualquer outra prática convencional, é capaz de criar o 'seu' fato. Com isso, a prática jurídica não cessa de relativizar a distinção canônica do fato e do direito – especialmente no plano da validação das regras -, mas a teoria dominante ainda finge ignorá-lo.

A analítica esquece que o ser-humano não é sempre racional, mas também busca no direito satisfações simbólicas, significações instituintes, um sentido. Há tantos elementos simbólicos quanto

[8] Assim é dito por Kelsen (2011a, p. 256): "*As is obvious from the foregoing, the Basic Norm of a positive moral or legal system is not a positive norm, but a merely thought norm (i. E. A fictitious norm), the meaning of a merely fictitious, and not a real, act of will*".

normativos e argumentativos. Não é só de direitos, deveres, normas, princípios etc. de que trata o direito. Mas há um papel simbólico e de constituição de identidade que não é percebido pela analítica. Não nos cabe, neste trabalho, apontar detalhadamente as falhas da analítica[9], mas sim desvelar que, para além do direito analisado, do qual as Faculdades de Direito se ocupam, devemos compreender que nossas regras jurídicas estão cercadas de narrativas e assim estas dão sentido ao mundo. (OST, 2007, p. 45).

Ost (2007, p. 27) faz a seguinte comparação:

> Assim como o ouro não é naturalmente moeda (mesmo se algumas qualidades predispunham esse metal a exercer a função de equivalente universal), ou o indivíduo não é naturalmente ou logicamente cidadão, assim também a cidade escapa a toda determinidade desse gênero: é da imaginação instituinte que ela procede, das grandes narrativas que homem conta-se a si mesmo.

Portanto, toda construção política existe a partir de uma narrativa fundadora. Do mesmo modo, qualquer discurso sobre o direito, no âmbito da teoria, da filosofia ou até da dogmática, é uma narrativa que localiza o direito ou o elemento jurídico dentro de um contexto maior e com uma função específica. Para isto, basta compreender que o discurso jurídico não afeta apenas quem o estuda ou o opera, mas atinge todo ser-humano do qual faz parte do seu mundo um ordenamento jurídico; e, atualmente, afeta até quem não faz parte, pois mudanças legislativas em um mundo globalizado repercutem em pedidos de mudança ou a condenações pela mudança em todo o mundo – não sendo o Estado tão soberano quanto a filosofia política moderna pregou. Cabe compreender neste *narrative turn* o que a narrativa acrescenta sobre a compreensão de elementos centrais ao direito.

[9] Uma das relevantes desvantagens da perspectiva analítica para a narrativa é que a analítica não compreende a história e suas mudanças. Mas trata de momentos isolados, sincopados, sem explicar a sequência e o trama. O Direito narrado restitui o roteiro da narrativa. (OST, 2007, p. 46).

François Ost (2007, p.43) coloca que o direito seleciona uma das possíveis escolhas político-jurídicas e as coloca em jogo, no mundo. Isto visa garantir a ordem e se dá pela função de nomeação, que é a função própria do direito, anterior mesmo à repressiva e reguladora. Ordenar não é apenas prescrever, mas é essencialmente nomear e classificar – e este ato apenas eventualmente se dá por prescrição. Nomear é ao mesmo tempo normatizar e instituir, é dizer e fazer – sendo mais claro, dizer é fazer, é um ato performativo[10]. O direito identifica pessoas, coisas, institutos, criando existência jurídica às vezes estranhas a quem não é do mundo jurídico, como ser território sujeito à jurisdição estrangeira a sede diplomática de outros países localizadas no Brasil. Ao entrar ou sair de uma porta a jurisdição simplesmente muda - uma ficção jurídica.

Ao que se identifica, são atribuídos direito e deveres que possivelmente nunca existiram, são convenções. Portanto, a veracidade da nomeação é construída por dentro do próprio discurso, da própria narrativa jurídica. É como no adágio "*res iudicata pro veritate habetur*" ("a coisa julgada é tida como verdadeira"), que indica o que deve ser "tido como verdadeiro", ou seja, convencionado. Deste modo, as ficções, criações e a própria desconstrução do real por uma narrativa não são exceções no direito, mas fazem parte da sua própria natureza, da discursividade jurídica. (OST, 2007, p. 43-44).

Neste sentido, diz Robert M. Cover na sua obra *The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and narrative* (COVER, 1983, p. 5, grifo nosso):

> No mundo normativo, lei e narrativa são inseparáveis. Cada prescrição insiste que a sua demanda seja localizada no discurso - a ser fornecido com história e destino, começo e fim, explicação e propósito. E toda narrativa insiste em sua demanda por seu ponto

[10] Para um aprofundamento da questão conferir AUSTIN, J.L. Quando dizer é fazer: palavras e ação. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

> prescritivo, a sua moral. História e literatura não podem escapar de sua localização em um universo normativo, nem pode prescrição, mesmo quando incorporado em um texto legal, escapar de sua origem e seu fim na experiência, nas narrativas que são as trajetórias traçadas pela nossa imaginação sobre a realidade material[11].

Eis a situação do direito diante dos aportes narrativos e da narração diante do direito. Se a narração era tida como acidental no direito, torna-se inseparável, fundamental. Entende-se que o direito, antes de falar aos juristas, fala ao homem ou à mulher, por sentidos que são partilhados socialmente. Como em outras áreas, obras de Darwin, Freud, Nietzsche não fazem parte apenas do mundo dos especialistas que os estudaram, mas do imaginário e ambiente de quem estes afetam. O direito também atua assim, para além das contendas, dos acontecimentos especializados, dos tribunais.

Neste trabalho, portanto, adota-se o princípio "*ex fabula ius oritur*", pois é da narrativa, da fábula que surge o Direito (OST, 2007, p. 24). A sua forma é narrativa. É como se a sociedade selecionasse uma intriga e a normatizasse. Naturalmente estas escolhas são rediscutidas, modificadas – as narrativas são sempre reabertas e os sentidos se multiplicam. A normatividade pacifica questões, mas sempre leva a novas interrogações.

Deste modo, há uma ideia central de Cover (1983, p. 4-5):

> Nenhum conjunto de instituições legais ou prescrições existe apartado das narrativas que os localizam e lhes dão sentido. Para cada constituição há uma epopeia, para cada decálogo, uma escritura. Uma vez entendido no contexto das narrativas que lhe

[11] No original: "*In this normative world, law and narrative are inseparably related. Every prescription is insistent in its demand to be located in discourse - to be supplied with history and destiny, beginning and end, explanation and purpose. And every narrative is insistent in its demand for its prescriptive point, its moral. History and literature cannot escape their location in a normative universe, nor can prescription, even when embodied in a legal text, escape its origin and its end in experience, in the narratives that are the trajectories plotted upon material reality by our imaginations.*"

> dá sentido, a lei torna-se não apenas um sistema de regras a serem observadas, mas o mundo no qual vivemos[12].

A Epopeia (*epic*) é um poema que narra feitos do herói que representa a coletividade, a fundação de um povo, de um mundo – Os lusíadas, a Ilíada. Deste modo, a epopeia dá presença ao povo em um acontecimento do passado; nos torna presentes no acontecimento fundador de nossa cultura, de quem somos. Do mesmo modo, a Constituição, com um estilo narrativo distinto, outro modo de escrita, realiza em certa parcela esta função, e de modo mais adequado aos anseios da sociedade plural e laica, para a qual - ausentes as epopeias - a deliberação política gera um texto que assume papel de fundação da sociedade.

2.1.3 As Constituições e as Mitologias das Sociedades Modernas

Faz-se necessário explicar a importância da Constituição, seu local no direito e seu efeito político. Mas seria possível compreendê-la para além da filosofia política e constitucional? Interessa reconduzir o pensamento sobre esta para a área da linguagem, do mito e da narrativa? Sobre os instrumentos que podemos (e em certo sentido devemos) utilizar para compreender a Constituição nos diz Dominique Rousseau (2000, p. 11):

> Com que instrumentos? Aqueles que um jurista pode pegar emprestado, traduzindo ao seu vocabulário, da teoria do direito, sociologia, história e psicanálise. Cada uma dessas disciplinas, incluindo o direito, propôs, sem dúvida, uma construção própria do objeto 'constituição', e não é certo que a constituição do jurista seja a constituição do psicanalista, mas, precisamente, um

[12] No original: "*No set of legal institutions or prescriptions exists apart from the narratives that locate it and give it meaning. For every constitution there is an epic, for each decalogue a scripture. Once understood in the context of the narratives that give it meaning, law becomes not merely a system of rules to be observed, but a world in which we live*." (COVER, 1983, p. 4-5, grifo nosso).

> constitucionalista não pode se privar destas 'mediações' se ele quer compreender este conjunto de palavras chamado 'constituição'[13].

Os constitucionalistas, como é natural, muitas vezes reduzem a compreensão da constituição ao seu sentido jurídico-político, mas este deve abrir a sua reflexão a outros sentidos da experiência constitucional, compreendendo o que é a Constituição para outras áreas e saberes. Deste modo, posto o *narrative turn* no direito, torna-se latente a sua importância para pensar os documentos mais importantes do direito, as constituições a partir dos avanços no conhecimento das narrativas.

Percebemos também que há aproximações recentes com a narrativa no discurso político pelos desenvolvimentos comunitaristas, como Michael Sandel e Charles Taylor, ou então Alasdair McIntyre, que restauram, em oposição à atomicidade do liberalismo, a ideia de comunidade política que partilha um imaginário histórico, elementos identitários, memórias e projetos comuns. Tudo isto devido às narrativas fundadoras.

Ian Ward (1995, p. ix) no prefácio do seu *Law and literature*, trata de modo enfático a importância das narrativas[14]. De modo que ler a peça *Ricardo II*, de William Shakespeare, seria uma melhor maneira de compreender o direito constitucional inglês do que ler um tratado de direito constitucional, pois coloca o estudo na história e não o reduz à dogmática das normas. A obra determina toda uma tradição do pensamento; a comunidade

---

[13] No original: "*Avec quels instruments? Ceux qu'un juriste peut emprunter, en les traduisant dans son vocabulaire, à la théorie du droit, à la sociologie, à l'histoire et à la psychanalyse. Chacune de ces disciplines, droit compris, propose, sans doute, une construction propre de l'objet «constitution», et il n'est donc pas sûr que la constitution du juriste soit la constitution du psychanalyste, mais, précisément, la juriste constitutionnaliste ne peut se priver de ces «médiations » s'il veut comprendre cet ensemble de mots appelé «constitution»."* (ROUSSEAU, D., 2000, p. 11, grifo nosso).

[14] "*One of the purposes of this particular book, indeed perhaps its primary purpose, is to suggest that students might better enjoy, and thus, inevitably, better understand the origins of English constitutional thought by reading Richard II, the inadequacies of rape law by reading The Handmaid's Tale and the psychology of English property law just by looking at the pictures in The Tale of Peter Rabbit*". (WARD, 1995, p. ix, grifo nosso).

narrativa é o mundo no qual os juristas atuam. As Constituições redigidas são, portanto, "[...] o relato da história da moralidade política dessa comunidade" (OST, 2007, p. 29). São documentos que representam uma (dentre diversas outras) das narrativas fundamentais de um povo, relatando a história, memórias, objetivos e dando sentido à vida individual e coletiva.

Dominique Rousseau (2000, p. 9) expõe a dificuldade do homem moderno de se representar como um "homem sem qualidades", referindo-se ao título do famoso romance de Robert Musil. A condição do homem moderno é uma tensão entre o ser de sentido e a ausência de qualidades, o flerte com o niilismo. A Constituição é o ato que permite a vida desta dualidade, garante esta fundação do homem moderno que não aceita politicamente uma fundação religiosa ou metafísica.

Deste modo, Rousseau, D. (2000, p. 14, grifo nosso) chega à uma conclusão:

> Há muitas constituições, muitos exemplos de narrativas que contam a história dos homens, dando sentido à sua vida individual e coletiva e respondendo às suas questões existenciais: quem sou eu? Um sujeito de direito; de onde sou? Da longa série de eventos que fizeram o povo francês - ou alemão ou búlgaro... -; Por que estou aqui? Para continuar esta história e cumprir o desejo de uma sociedade de paz e liberdade. Para responder a estas perguntas, as sociedades antigas tinham suas mitologias; **as constituições são hoje as mitologias das sociedades modernas**[15].

As constituições são, atualmente, as mitologias das sociedades modernas. Deste modo, ainda sucinto, preliminar, abrimos a grande questão deste trabalho. Se as constituições são as nossas mitologias,

---

[15] No original: "*Autant de constitutions, autant d'exemples de récits qui racontent l'histoire des hommes, donnent un sens à leur vie individuelle et collective et répondent à leurs interrogations existentielles : Qui suis-je? Un être de droit; D'où suis-je issu? De la longue suite des événements qui ont fait le peuple français - ou allemand, ou bulgare... -; Pourquoi suis-je là? Pour continuer cette histoire et accomplir le souhait d'une société de paix et de liberté. Pour répondre à ces questions, les sociétés anciennes avaient leurs mythologies ; les constitutions sont, aujourd'hui, les mythologies des sociétés modernes.*" (ROUSSEAU, D., 2000, p. 14, grifo nosso).

ou seja, há um caráter narrativo e fundador, o que esta compreensão nos permite avançar diante de um debate de teoria constitucional marcado pela filosofia analítica e pelas fontes liberais? É possível oferecer um esboço de uma teoria narrativista da Constituição? Situada a questão, classificada a disciplina na qual se encontra, utilizadas as fontes atuais e demonstrada a sua importância, iniciaremos o desenvolvimento das fontes centrais de sustento desta pesquisa.

2.2 A Reabilitação da Narrativa para a Verdade e a Justiça

> Eu quero, portanto, pleitear em favor da importância, realmente constitutiva, da narrativa, abrangendo tanto a constituição imaginária das pessoas, quanto o plano do 'romance pessoal' que nós contamos a nós mesmos em via de edificar nossa identidade[16]. (OST, 2014, p. 1)

O jusfilósofo belga François Ost, depois de já ter escrito a sua obra sobre o direito narrado *Contar a lei em* 2007, escreveu em 2014 um artigo chamado *Pour une critique de la raison narrative* (2014) sobre o tema da narrativa no âmbito filosófico – e não jurídico. Naturalmente, as consequências ao Direito (por motivos óbvios o seu exemplo favorito) são marcantes e visa que as ciências jurídicas repensem o alcance do seu estudo e reconheçam uma área renegada como fundamental e, muitas vezes, mais importante que o próprio estudo técnico do Direito. É guiado por este último avanço de Ost no tema que daremos o passo inicial na reabilitação da narrativa para a ciência e a sua importância constitutiva para a identidade pessoal.

De todas as características que compõem o homem, como a linguagem, o caráter político, a razão, seria para François Ost a faculdade ficcional a mais fundamental. O ser-humano é o animal que conta (*raconte*) histórias. Antes de ser sujeito racional, produtor

[16] Tradução livre a partir do original: "*Je souhaite donc plaider en faveur de l'importance, réellement constitutive, du récit, et ce tant dans la constitucion imaginaire des peuple, qu'au plan du 'roman personnel' que nous nous racontons à nous-même en vue d'édifier notre identité.*" (OST, 2014, p. 1, grifo nosso).

de conhecimento, sujeito moral e tudo que caracteriza o *homo sapiens*, o homem é um *homo fabulans* e todas estas outras características só fazem sentido ao redor deste mundo de histórias (OST, 2014, p. 1).

Defender esta tese possui um lado difícil e um lado fácil. É fácil devido a nossas vidas estarem envolvidas nas narrativas desde a infância, não podemos sequer pensá-la sem estas ou sem narrar a nossa própria vida. Mas difícil por ser considerado um pensamento comum, uma *doxa*, que é alvo de suspeitas pelo nosso modelo do pensamento que acredita poder neutralizar estes elementos em prol de um pensamento científico, neutro, compromissado com a verdade e a universalidade.

A modernidade e seu *grand partage* entre o ser e o dever-ser conduz à formidável pretensão de explicação científica do mundo com base na lei *a priori,* a partir da teoria hipotético-dedutiva e a experiência científica de laboratório; e de outro lado há a redação de constituições políticas e de códigos inspirados numa filosofia positivista do Direito que se pretende aproximar-se das ciências naturais. Já que a verdade está na pretensão científica e o direito é o direito positivo, a narrativa é enviada segundo Ost (2014, p. 3) à "Pré-história da razão, associada a superstições e ao falso prestígio as aparências"[17]. Mas compreendido de modo adequado, as sociedades não param de se contar e recontar. É no meio do individualismo que prospera o romance, seguindo à margem da aventura da razão moderna e do Progresso – apesar de haver autores imbricados nessa relação entre escrita literária e ciência.

Mas a narrativa nunca perdeu espaço e continua se proliferando, cada vez mais liberta do constrangimento de gêneros, formas e da figura do autor. A contação de histórias ganha todas as esferas de atividade, seja a publicitária, setores religiosos etc. Este é o paradoxo que acompanha os pensamentos sobre a narrativa (OST,

[17] No original: "*préhistoire de la raison, associe aux superstitions ou aux faux prestiges de l'apparence*". (OST, 2014, p. 3, grifo nosso).

2014, p. 3-4): "Onipresente desde o alvorecer da humanidade, permanece um pensamento inferior e até mesmo desclassificado na tradição dominante, sempre reenviada à margem da razão"[18]. Ela é destratada como mero divertimento, algo infantil (contar historinha) ou espaço privado e diversas outras expressões que a ciência utilizou para qualificar como não-científico, não apto a produzir conhecimento.

Rompendo com estes pensamentos, um vasto espaço filosófico se abre, tendo o papel de recolocar a narrativa ao lado da razão e da constituição das sociedades. Podemos, portanto, reavaliar o papel da ficção ao lado do que se pode chamar de realidade, verdade e justiça. Isto revisita a grande separação moderna entre fato e dever, elementos que o pensamento analítico insiste em manter separados, mas que a narrativa permite realizar mediações, como é próprio da vida – apenas ciência moderna que esta separação se impõe. Há algo na narrativa que lida com a parte do "não-dito", o indizível que os procedimentos racionais da comunicação democrática não alcança sem ceder aos fáceis equívocos do *storytelling*[19] (OST, 2014, p. 4).

Ost trata da negação platônica da poesia e coloca que o pensamento ocidental dominante é marcado pela *ditadura do real*, caracterizada pelo *a priori* - a essência ou a ideia. Acredita-se que apenas neste quadro estaríamos em um caminho correto para o conhecimento. Este real que é associado irresistivelmente à verdade e à justiça. Ost (2014, p. 5) diz que: "Tudo se passa então como se nós fossemos obrigados a nos conformar a este quadro, sob pena de erro, de loucura, de infração ou de pecado

[18] No original: "*omniprésent depuis l'aube de l'humanité, il reste sous-pensé et même disqualifié dans la tradition occidentale dominante, toujours renvoyé dans les marges de la raison*". (OST, 2014, p. 3-4, grifo nosso).

[19] *Storytelling* é a exposição de algo através de um contador de histórias que realiza um relato. É utilizado como uma simplificação do que é narrativa, já que esta extrapola em todos os sentidos a simples contação. Apesar de esta não perder o seu valor.

caso nos separemos deste, principalmente se nós contestamos seus méritos"[20].

Apesar deste quadro, observando o mundo é impossível negar o composto, a mudança, a impureza, mas isto é implicitamente integrado pelo pensamento dominante por um sistema de classificação que tem por efeito subordiná-los à forma e à ideia de verdade e de justiça. Este quadro de representação posiciona tudo aos limites inalteráveis do que se mantém no decorrer do tempo. (OST, 2014, p. 5).

Neste contexto, a narrativa tem uma grande suspeita. Mas um campo imenso e virtual se abre quando o narrador pronuncia as palavras "Era uma vez". Um imaginário se ativa e nos coloca em movimento, recusando as certezas, animado pelo apetite do possível (*l'appétit du possible*). E então: "Eis que a versão oficial do mundo torna-se objeto de uma subversão generalizada"[21]. (OST, 2014, p. 6).

Arquétipo do pensamento dominante, Platão em *A República* baniu das cidades os poetas e os dramaturgos. Os guardiões da República consideram que a arte destes é corruptora, mistura o verdadeiro e o falso, que nos faz ver os mesmos personagens como grandes e como pequenos, evocam os fantasmas e não respeitam a distinção entre bem e mal. Em um Estado regido pelas leis dos sábios, não deve haver lugar para este tipo de arte[22]. Em *As leis*, os legistas da colônia de Magnetos se opõem igualmente à entrada dos tragediógrafos na cidade, ou então seriam admitidos por meio de

[20] No original: "*Tout se passe alors comme si nous étions impérativement requis de nous conformer à ce cadre, sous peine d'erreur, de folie, d'infraction ou de péche, au cas où nous nous en écarterions, a fortiori si nous en contestions le bien-fondé.*" (OST, 2014, p. 5, grifo nosso).

[21] No original: "*Voilà que la version officielle du monde fait l'objet d'une subversion généralisée*." (OST, 2014, p. 6, grifo nosso).

[22] Após Sócrates falar sobre um divertido poeta que chega à cidade e que, por ser excessivamente deslumbrante, depois deverá ser embora, este diz: "[...] Teremos de recorrer a um poeta ou contador de histórias mais austero e menos divertido, que corresponda aos nossos desígnios, só imite o estilo moderado e se restrinja na sua exposição a copiar os modelos que desde o início estabelecemos por lei, quando nos dispusemos a educar nossos soldados". (PLATÃO, 2000, p. 154).

uma severa censura. Só as autoridades decidiriam se a obra é boa para ser entendida pelo público (PLATÃO, 1999, p. 193-195).

Mas a reabilitação da narrativa pressupõe que o problema está no quadro em questão e não na narrativa. Este quadro canônico supõe qualquer coisa como um tempo artificialmente imobilizado. É como se, para estabelecer a verdade, a razão devesse parar o curso do devir e considerar as coisas do ponto de vista da eternidade - *sub specie aeternitatis*. O real deve ser preservado do virtual e do possível. Não à toa que Platão trata de temas como a eternidade da alma. Mas, na verdade, o homem é mortal, a realidade modificável, a linguagem imperfeita, a verdade e a justiça são controversas. (OST, 2014, p. 7).

Eis a escolha a ser feita: ou a verdade ortodoxa (que é a da ordem político-jurídico: a justiça legalista), ou a aventura do sentido no tempo que passa e nos conduz até a morte. (OST, 2014, p. 8). Com um esforço de nos dar certezas inalteráveis, a razão ocidental fez a escolha pela primeira opção, privando-nos das fontes de sentido que sugerem as narrativas que a precedem. Porque não pode negar, esta orgulhosa razão analítica, que o homem está sempre já narrado, contado pelas histórias que dão sentido à sua existência. (OST, 2014, p. 8).

Ost (2014, p. 9) então relê A República à luz das observações feitas e percebe que apesar de haver a sobredeterminação de uma metafísica para um governo que deseja banir a liberdade artística, o que faz Platão se não contar histórias? Mito da caverna, a narrativa do banquete, diálogos imaginários. Platão é um filósofo-*conteur*. Depois de expulsar os poetas, ele confessa que toda organização política é a imitação da vida mais bela e mais excelente, que o político, na verdade, faz poesia, compõe um poema. Pensávamos que a poesia estava denegrida como mero prazer sensível e de repente em Platão ela se eleva à Constituição do Estado, sendo o criador das leis o autor do mais magnífico drama.

Para avançarmos, precisamos então pensar contra Platão e com Platão. Contra o Platão que busca a razão independente da

narrativa e com o Platão que filosofa como um grande mitógrafo, um filósofo-poeta.

Ost (2014, p. 9), agora também com Platão, desenvolve a transformação da frase de Paul Ricoeur em "A narrativa dá a pensar". A narrativa dá a pensar, pois, como o símbolo, ela vem em primeiro lugar. Nem Platão contesta isso. A diferença é que aqui será pensado como uma fonte fundadora (*source fondatrice*) e não um erro preliminar. Deve-se pensar o caráter "constitutivo" dessas narrativas originárias. Nestas sensações e impressões a imaginação constitutiva, que fala por narrativas, seleciona dentre uma diversidade virtualmente infinita os ritos e práticas, os fatos pertinentes e o seu valor significativo aos olhos do seu cenário inicial. O imaginário histórico-social das pessoas se compõe de uma história própria, que sempre haverá de escrever os episódios sucessivos. (OST, 2014, p. 9-10)

Quais são os avatares posteriores do trabalho de uma cultura que opera sobre ela mesma (rejeitando, às vezes, violentamente certos planos que lhe são legados). É sempre a partir de certo dado inicial que se operam as elaborações conceituais e suas opções normativas. Literalmente, nós aprendemos a pensar – a partir dos elementos das narrativas (*récits*) originais. As narrativas são nosso passado compartilhado, mas não um "passado simples", estático e distante do presente; e sim um "passado composto", escrito e recriado no presente. Não aprendemos o passado e as narrativas do modo que elas se deram, mas as atualizando. Reconstruímos a tradição no presente (BLOCH, 2001, p.56-57). Estas memórias e narrativas, portanto, não nos prendem, mas são a própria possibilidade de trabalharmos o nosso horizonte, de nos apropriarmos delas. Deste modo, todo lidar com a narrativa e as memórias é uma apropriação, um exercício.

Afinal, qual seria a nossa concepção de tempo sem o mito de *Kronos* devorando seus filhos? Do amor sem Romeu e Julieta? De perversão sem Sodoma e Gomorra? Mitos gregos, parábolas evangélicas, romances nacionalistas, fábulas de la Fontaine, mitos

modernos etc. Sobre isto Ost (2014, p. 11) diz: "Eis o terreno fundador da nossa cultura"[23].

Mesmo sem a nossa tomada de consciência da importância destas narrativas, este paciente trabalho de autoelucidação, estas selecionam os temas de interesse, os personagens dignos de atenção, os valores suscetíveis de serem adotados ou rejeitados; um vocabulário está implicitamente posto em circulação, uma estrutura temporal experimentada, os gêneros são impostos (por que algumas línguas adotam o neutro e outas não?), os esquemas de ação e reação propostos. As dicotomias são naturalizadas, com limites e normas não-escritas: a divisão de sexos, a distinção das gerações, separação entre vivos e mortos etc. (OST, 2014, p. 11).

Ost (2014, p. 12) enfatiza que cada civilização e cada cultura operam por um trabalho crítico incessante a partir do que é herdado. É a partir deste quadro que ela se constrói. Isto é verdade no plano coletivo se verificado igualmente à escala de nossas histórias individuais. Cada um de nós reivindica sua identidade e assume lugar na sociedade, nós nos constituímos de um "romance pessoal" (*roman personnel*). Largamente inconsciente ou mesmo ilusório em vários aspectos, este romance não se torna por isso menos constitutivo de nossa própria fragilidade. Ao escritor ou contador, a narrativa opera como um instrumento heurístico de descoberta, de constituição de si-mesmo. Ao leitor, esta narrativa exerce o mesmo efeito, uma vez que coloca em jogo mecanismos de empatia e de identificação na direção de seus personagens.

Sobre outra cena, a cena judiciária, é também a narrativa de vida que tenta fazer um caminho no tribunal, por meio dos advogados, mas dificilmente é ouvida diante das malhas que compõem o processo judicial. Nesta questão, a literatura possui uma abundância de narrativas que tentam, às vezes desesperadamente, fazer entender os magistrados. (OST, 2014, p. 12).

[23] No original: "*voilà le terreal fondateur de notre culture*". (OST, 2014, p. 11, grifo nosso).

É deste modo que a narrativa opera. Resta, porém, mostrar que ela dá a pensar (*donne à penser*) (OST, 2014, p. 13):

> Matriz de representações mentais, o imaginário constitutivo é fonte da elaboração conceitual, e assim, por etapas sucessivas, do trabalho de construção da razão teórica em sua dupla vertente especulativa e nomotética; matriz de valores implícitos, o mesmo imaginário é igualmente fonte de nossas elaborações normativas, e, portanto, por etapas sucessivas, do trabalho de promulgação da razão prática em sua dupla inclinação, moral e jurídica[24].

A origem dos paradigmas científicos nasce de vastas "visões de mundo", traduzidos numa rede de "metáforas" (rede metafórica) que orientam a pesquisa em sentido decisivo. Cada grande descoberta científica se apoia sobre a intuição de um mundo possível traduzido numa espécie de embrião especulativo da narrativa. Bem entendido, o momento seguinte, a razão teórica, apreende o real em um laboratório, em lógica matemática, mas não foi o equipamento laboratorial que pôs em cena a escrita sugerida pela intuição narrativa do pesquisador. Isso faria voltar ao papel do jogo da imaginação na *Crítica da faculdade de julgar* kantiana. Lá a imaginação criadora está liberada da tutela do conceito e do seu papel na faculdade de julgar determinante. Ost (2014, p. 13-14) questiona que imaginação animou Darwin e a guerra das espécies, Newton e a força de atração, Einstein e a relatividade? Aqui a imaginação dá a pensar ao entendimento.

A fortiori, Ost (2014, p. 14) diz que acredita poder sustentar que os grandes avanços em ciências humanas e sociais são devedores da fecundidade imaginativa de certos pesquisadores-pioneiros como Freud, Jung, Lévi-Strauss, Auguste Comte. Atenta

---

[24] No original: "*Matrice de représentations mentales, l'imaginaire constitutif est à la source de l'élaboration conceptuelle, et ainsi, par étapes sucessives, du travail de construction de la raison théorique sous son double versant spéculatif et nomothétique; matrice de valorisations implicites, le même imaginaire est également à la source de nos élaborations normatives, et ainsi, par étapes sucessives, du travail d'édiction de la raison pratique sous son double versant, moral e juridique*". (OST, 2014, p. 13, grifo nosso).

Ost para um detalhe desses "narradores-pioneiros" ("*pionniers-narrateurs*"): todos tiveram grande atenção à escrita das suas teorias, possuindo um "estilo" próprio que não é apenas um modo de reproduzir seu trabalho. O estilo do filósofo é algo que deve ser colocado à vista, um domínio promissor.

Schüler (2009, p. 38-43) escreve sobre a os estilos de escrita, os gêneros dos textos filosóficos, desde os pré-socráticos até filósofos contemporâneos, demonstrando a relevância de não apenas perceber o que foi escrito, mas o como escrito como parte fundamental do trabalho filosófico, pois o modo como se expõe tem íntima relação com a época, as intenções e o conteúdo. Agostinho escreveu suas *Confissões* na primeira pessoa, Descartes fez o *Discurso sobre o método* como um romance de ideias, Kant escreveu suas mais famosas obras como Críticas, Wittgenstein e Nietzsche utilizaram dos aforismas, de tal maneira que parte da riqueza exposta pelos filósofos está no modo como estes narram.

Mas se a narrativa ocupa ou joga um papel heurístico no plano da invenção científica e da especulação teórica, ela também faz o mesmo na formação das ideias morais e sua tradução na forma de regras jurídicas. Aqui a narrativa é primeira e constitutiva. Laboratório do humano, a narrativa literatura experimenta todos os tipos de julgamentos avaliativos que são como "a propedêutica da ética em situação" (OST, 2014, p. 14-15).

Ost (2007, p. 69) pensa, como já havia escrito no *Contar a Lei*, nas narrativas fundadoras de doação da lei (*donation de la loi*) – mais precisamente a narrativa do Sinai e a narrativa grega do Protágoras. Mas evoca também as narrativas modernas, como Hobbes, Locke ou Kant, que têm por base a crença racionalista de estarem libertos da fábula – sem perceberem que isto também é uma fábula. Talvez essa contradição fique mais latente no exemplo do Leviatã, pois não é um personagem bíblico? E o contrato social não é produto da imaginação política?

As relações do direito com a literatura, ou da norma com a ficção se inscrevem no quadro que Ost tentou mostrar: uma dialética

entre duas ordens de atividade, a prescritiva e a que narra, que conta. Duas ordens que se distanciam, pois podem ser identificados exemplos em que apenas uma atua, mas que por suas diferenças se aproximam e, muitas vezes, se imbricam.

Reabilitado o valor da narrativa ao conhecimento e, portanto, à área do conhecimento que se dedica ao estudo jurídico, trataremos da principal referência deste trabalho para a compreensão da narrativa e da relação desta com a identidade pessoal.

2.3 A Filosofia Reflexiva e a Constituição do Sujeito na Hermenêutica do Si em Paul Ricoeur

Colocada a relação do Direito com as narrativas e o valor desta para a humanidade e para o pensamento, cabe marcarmos a referência central deste trabalho que se encontra no filósofo francês Paul Ricoeur, o qual dedicou grande parte da sua vida à questão da narrativa e o sentido que esta segue tendo no mundo atual. Ricoeur uniu os dois conceitos que dão nome a este primeiro capítulo na ideia de "identidade narrativa", termo indispensável ao estudo da narrativa e que torna clara a necessária ligação entre estes dois conceitos.

Partiremos das bases do pensamento ricoeuriano no que este chamou de "Filosofia reflexiva" e "hermenêutica do si" (2.3.1) para chegarmos propriamente na identidade narrativa e sua relação com a mesmidade e a ipseidade, conceitos centrais para sua compreensão (2.3.2).

2.3.1 A Filosofia Reflexiva e Hermenêutica do Si em Paul Ricoeur

Um dos pontos centrais da filosofia de Paul Ricoeur, e que levará à identidade narrativa, está no que ele nomeia como filosofia reflexiva e explora em diversas de suas obras. Cabe, então, compreendermos o que é esta filosofia reflexiva e a hermenêutica do

si, de modo que, na próxima parte, compreendamos o local da narrativa no seu pensamento.

Para compreender esta filosofia reflexiva e o motivo do recurso ao si, é necessário opor a filosofia reflexiva às filosofias do sujeito ou filosofias do *cogito*, filosofias que possuem como fundamento o sujeito e o formulam na primeira pessoa, *ego cogito*, no qual a identidade deste eu é um eu transcendental – sujeito do conhecimento.

O cogito é tão importante nestas filosofias que ocupa a posição de fundação extrema, última. Posição que foi radicalizada em Descartes, Kant e Husserl. Mas trataremos do seu início em Descartes. Tudo começa na sua obra *Meditações Metafísicas, escrita em* 1641, com a ambiciosa pergunta sobre a veracidade dos sentidos e do que pensamos, colocando tudo como possivelmente opiniões, enganos. Deve-se, portanto, começar a pensar a realidade a partir de uma certeza segura, de algo que seja evidente. Deste modo, Descartes não inicia estabelecendo verdades, mas desfazendo os antigos prejuízos que dificultavam o conhecimento. Em vez de tratar de casos particulares, contingentes, cria a hipótese de haver um gênio maligno[25] que nos enganaria os sentidos e a compreensão. Deste modo, como poderíamos acreditar nos nossos sentidos e pensar a relação da nossa sensibilidade com o real? (DESCARTES, 1983, p. 2-5).

Diante de todos os sentidos e questionamentos, a famosa resposta a isto é que a única certeza é que pensamos – que eu penso e, portanto, existo – e isto é a certeza que deve erguer o empreendimento cartesiano. Mas se o *cogito* procede esta dúvida extrema é porque alguém conduz a dúvida. Portanto, esse eu que

[25] A hipótese do gênio maligno nas Meditações: "Suporei, pois, que há não um verdadeiro Deus, que é a soberana fonte da verdade, mas certo gênio maligno, não menos ardiloso e enganador do que poderoso, que empregou toda a sua indústria em enganar-me. Pensarei que o céu, o ar, a terra, as cores, as figuras, os sons e todas as coisas exteriores que vemos, são apenas ilusões e enganos de que ele se serve para surpreender minha credulidade. Considerar-me-ei a mim mesmo absolutamente desprovido de mãos, de olhos, de carne, de sangue, desprovido de quaisquer sentidos, mas dotado da falsa crença de ter todas essas coisas." (DESCARTES, 1983, p. 5).

duvida, que cria a narrativa do gênio maligno, desancorado de todas as referências temporais e espaciais, desancorado do próprio corpo, quem é? A única certeza em relação ao gênio maligno ou embusteiro é no pensamento de que eu sou[26]. Mas este eu é tão metafísico e hiperbólico quanto a dúvida posta, pois, na verdade, não é ninguém, um sujeito sem atributo, desligado de qualquer mundo. (RICOEUR, 1991, p. 16-17).

Quem duvida? Quem pensa? Quem existe? Esta indeterminação leva às filosofias do sujeito a formular o questionamento da seguinte forma "O que eu sou?", pensando o *cogito* como objeto. E a resposta é que sou apenas uma coisa que pensa, um entendimento. Ou seja, a pergunta visa ao que pertence à minha natureza, à alma, excluindo todos os elementos culturais e contingentes. A identidade deste sujeito (que, posteriormente, será contraposta à identidade narrativa) é a-histórica, o cogito não é uma pessoa concreta. A essência desse sujeito não depende da sua existência[27]. (RICOEUR, 1991, p. 17-18).

Posteriormente, na terceira meditação, Descartes (2009, p. 73-75) subordina a capacidade do *Cogito* de conhecer a Deus. Este se torna o fundamento de não sermos enganados. Temos a *ratio cognoscendi* graças à existência de Deus. E para conhecer a natureza de Deus, basta utilizar das ideias que possuímos – em vez de usar os

[26] Assim escreveu Descartes (2009, p. 70) no Discurso do método: "Considerando que os mesmos pensamentos que temos quando acordados também podem nos ocorrer quando dormimos sem que então haja nenhum que seja vedadeiro, resolvi fingir que todas as coisas que alguma vez me haviam entrado no espírito não eram mais verdadeiras que as ilusões de meus sonhos. Mas logo notei que, quando quis assim pensar que tudo era falso, era preciso necessariamente que eu, que o pensava, fosse alguma coisa. E, observando que esta verdade, penso, logo existo, era tão firme e tão segura que as mais extravagantes suposições dos céticos eram incapazes de a abalar, julguei que podia admiti-la sem escrúpulos como o primeiro princípio da filosofia que eu buscava."

[27] Sobre a relação da existência com a corporeidade aparece no Discurso do método (DESCARTES, 2000, p. 70): "[...] examinando com atenção o que eu era, e, vendo que eu podia fingir que não tinha corpo algum e que não havia mundo algum ou lugar onde estivesse, mas nem por isso podia fingir que eu não existia [...] compreendi assim que eu era uma substância cuja essência ou natureza consistem apenas em pensar, e que, para ser, não tem necessidade de nenhum lugar nem depende de coisa material alguma. De modo que esse eu, isto é, a alma pela qual o que eu sou, é inteiramente distinta do corpo, sendo inclusive mais fácil de conhecer do que ele, e, ainda que ele não existisse, ela não deixaria de ser tudo o que é."

imperfeitos sentidos. Deus garante a não existência de um gênio maligno. Mas não entraremos na discussão do verdadeiro fundamento no pensamento cartesiano, tema controverso e que nos desviaria.

Posta a fundação do *cogito*, Ricoeur confronta Descartes com Nietzsche, filósofo que negou importância ao *cogito*, à distinção entre a aparência e o verdadeiro. Este ataque contra a pretensão fundadora do *cogito* tem apoio nas questões da linguagem e da redução tropológica exposta no seu *Curso de retórica*, no qual questiona a linguagem científica que exclui os tropos (metáfora, metonímia etc.) da linguagem que busca a verdade. Ricoeur, seguindo Nietzsche, diz que há como duvidar melhor que Descartes. O cogito é também duvidoso. (RICOEUR, 1991, p. 27).

Mas a intenção de Ricoeur não é mostrar em Nietzsche o inverso do cogito cartesiano, como uma solução, nem que o problema estaria em Descartes[28], mas a destruição da própria questão para a qual o cogito torna-se uma resposta. Isto pelo caráter metafórico da linguagem. Em Nietzsche, não há mais o real, mas interpretações, o real cede à metáfora. Portanto, o sujeito é apenas uma figura de estilo, um tropo.

Nietzsche leva ao que Ricoeur chama de "Cogito quebrado", o que continua sendo um problema para Ricouer, pois este deseja compreender o ego de modo não relativista. Não é, portanto, uma resposta adequada nem o cogito exaltado nem o cogito quebrado. É destas duas visões problemáticas sobre o ego que Ricoeur propõe a sua hermenêutica do si.

Mas por que o "si"? Ricoeur pensa no primado da mediação reflexiva sobre a posição imediata do sujeito e opõe o "si", enquanto sujeito mediato, ao "eu", sujeito imediato. O si seria em francês *soi*,

[28] Vale ressaltar que Descartes não é pensado como um desvio. Ricoeur (2006, p. 106) também é devedor de Descartes na questão: "Não é improvável que devamos à filosofia cartesiana do cogito e à teoria da reflexão de John Locke o impulso decisivo na direção do que proponho denominar hermenêutica do si. Desse ponto de vista, o surgimento do cogito cartesiano constitui o acontecimento de pensamento mais importante depois do qual pensamos de um modo diferente, e a reflexão sobre si foi elevada a uma estatura temática sem precedentes".

em inglês *self*, em alemão *Selbst* etc. Há divergências gramaticais entre estas, mas pensaremos a partir da língua de Ricoeur. Em francês, o "*soi*" é um pronome reflexivo – como em português o si. Entretanto, Ricoeur infringe as regras da gramática, já que o "*soi*" é um pronome reflexivo da terceira pessoa. Mas Ricoeur aproxima o "*soi*" do "*se*", colocando o verbo no infinitivo, como "nomear-se", "mostrar-se" etc. no qual o "*se*" seria o reflexivo de todos os pronomes pessoais e mesmo dos impessoais. Então aparece como exemplo a frase "*se désigner soi-même*" (designar-se a si mesmo). (RICOEUR, 1990b, p. 11-12). É neste uso da língua francesa que este se apoia para o uso do "*soi*" como pronome reflexivo de todas as pessoas, o reflexivo onipessoal, utilizando o recurso da nominalização, tratando do "*soi*", do "*si*", como é utilizado na frase "Preocupação de si". (RICOEUR, 1991, p. 11-12).

Ricoeur (1977, p. 46) ao tratar sobre a interpretação dos símbolos, em seus ensaios sobre Freud, propõe que uma filosofia reflexiva não pode partir de uma consciência imediata, pois, desta maneira, não se poderá entender o trabalho de interpretação dos símbolos, já que estes são mediatizados pela cultura, são históricos. Há a oposição entre a intuição da consciência a uma consciência que só existe e só pode compreender-se a partir das exteriorizações culturais da vida humana; opõe a universalidade da consciência, a priori, a uma consciência em certo mundo. Assim, Ricoeur (1977, p. 48) diz que "A reflexão é a apropriação de nosso esforço para existir e de nosso desejo de ser, através das obras que dão testemunho desse esforço e desse desejo". A compreensão de si, portanto, exige uma interpretação da pluralidade das representações culturais pela linguagem ordinária; o que não pode acontecer por uma consciência a-histórica e atemporal.

Como a compreensão de si, a tarefa de autoconhecimento por meio da cultura, é um ato de interpretação que nos constitui, devemos nos ater não apenas ao si, mas também ao termo hermenêutica. Pois para tornar-se concreta a reflexão do si, deve fazer-se como hermenêutica.

Hermenêutica em Ricoeur não tem o seu sentido moderno, não é uma teoria da interpretação. Mas, seguindo o pensamento hermenêutico inaugurado por Heidegger[29] (2012, p. 21), o termo significa "determinada unidade na realização do *hermeneuein*, do comunicar." A hermenêutica é compreendida no sentido ontológico, no qual a interpretação é uma necessidade. Nós lidamos com tudo no mundo (nossa casa, gestos, palavras, leis etc.), interpretando, e isso é inerente ao nosso ser, nascemos assim. O caráter hermenêutico, portanto, não é dizer como interpretar corretamente o si, mas de torná-lo acessível e compreensível no seu caráter ontológico como *ser-aí* (como *ser-no-mundo*, existindo e sendo apenas enquanto em relação com tudo o que está ao seu redor, o mundo, a cultura). A hermenêutica aparece para nos retirar desta alienação de um sujeito imediato, metafísico, mas compreender o sujeito tendo a sua essência no ato hermenêutico, no ato de compreender o que compõe o seu mundo e, portanto, o constitui.

A fenomenologia hermenêutica de Heidegger (2012, p. 22-23) coloca o nosso estar jogado no mundo (em um mundo específico) como parte da nossa essência, do nosso ser:

> A posição prévia da interpretação, aquele que a dita posição prévia não pode estar presente de modo temático como objetualidade de um relato direto e completo, é precisamente o sinal de seu caráter ontológico. Enquanto elemento constitutivo, e certamente decisivo, da interpretação, que ela mesma é sendo com o aí, compartilha seu caráter ontológico: possibilidade de ser. Essa possibilidade de ser é uma possibilidade de ser concreta, que varia faticamente segundo a situação à qual é dirigido o questionar hermenêutico em cada ocasião. Portanto, a posição prévia não é nada que possa ser escolhido por algum capricho meu.

Hermenêutica a partir de Heiddeger (2012, p. 22) não é um modo artificialmente concebido de análise. A hermenêutica não

[29] Reconhecemos que há diversas diferenças entre a hermenêutica de Heidegger e de Ricoeur, mas cabe elucidar pontos fundamentais da hermenêutica heideggeriana para compreendermos o que isto significa em Ricoeur.

pode ser um objeto, um método (no sentido moderno), pois a existência enquanto possibilidade histórica determinada do ser-aí já está em jogo o tempo todo, já estamos de antemão diante da vida fática, mundana. O trabalho hermenêutico, portanto, é algo essencial para a reapropriação do nosso esforço para existir. A nossa identidade, agora não imediata, é uma constante reconstrução por meio das obras que testemunham este próprio esforço para existir; o sujeito precisa ser compreendido por meio das representações da cultura. (RICOEUR, 1977, p. 48). O ego deve perder-se nestes textos, obras e símbolos para, então, reencontrar-se. Só me encontro ao me perder; compreender é compreender-se diante do texto. (RICOEUR, 1990a, p. 59).

A filosofia reflexiva da hermenêutica do si representa, deste modo, menos uma justificação da ciência, uma questão epistemológica, que uma reapropriação de nosso esforço para existir. O dever de recuperar o ato de existir, a posição do "si" em toda sua espessura. É uma reapropriação, e a afirmação de si é uma tarefa. Ricoeur (1977, p. 47) fala de ética nisto, como algo essencial, pois a ética conduz à liberdade.

Há uma conexão primitiva entre o ato de existir e os signos que manifestamos em nossas obras. A reflexão, portanto, deve tornar-se interpretação, pois não posso apreender esse ato de existir senão em signos esparsos no mundo. Uma filosofia reflexiva deve buscar quem eu sou, o si na interpretação dos signos do ser-humano. A consciência, desta forma, é uma busca por si, por identidade. Uma tarefa que acontece por uma hermenêutica tecida pela memória, de uma reapropriação da tradição. A memória, conforme Ricoeur (2000, p. 2*)*, não é apenas uma rememoração particular de lembranças pessoais, mas também uma comemoração, memória partilhada.

A memória pessoal é um produto social, pois nos é herdada uma linguagem, símbolos religiosos, nacionais e diversos outros elementos que fazem parte da nossa memória, sendo, portanto, também memórias de eventos coletivos, acontecidos no mundo

compartilhado, sejam no meio da família, de um grupo ou de toda uma nação. Nossa memória está sempre associada à memória de outros, e estes outros são qualquer pessoa gramatical, como nós, eles, brasileiros, catarinenses, nordestinos etc. Deste modo, a pergunta pelo sujeito que rememora, que lembra, é um ponto de chegada e não de partida, pois este sujeito se constrói narrativamente por meio das próprias memórias.

A identidade e a memória só realizam esta ligação por acontecer o reconhecimento, o qual, segundo Ricoeur (2000, p. 3), é uma espécie de "pequeno milagre". Ao narrar uma memória, nós temos a certeza de veracidade, nós reconhecemos que algo ausente do passado está presentificado; nós reconhecemos este passado como tendo estado, como algo que aconteceu. Mas esta memória é frágil, pois é sempre colocada em jogo – já que é uma reconstrução, um diálogo constante.

Assim, chegamos à ideia central de narrativa.

2.3.2 Identidade Narrativa: a Mesmidade e a Ipseidade

> A narrativa constrói a identidade do personagem, que podemos chamar sua identidade narrativa, construindo a da história relatada. É a identidade da história que faz a identidade do personagem. (RICOEUR, 1991, p. 176)

Para compreender adequadamente a identidade narrativa e a relação desta com a identidade-idem (mesmidade) e a identidade-ipse (ipseidade), precisamos envolver a discussão sobre a identidade de si com a teoria narrativa. É tão fundamental isto que Ricoeur (1991, p. 168) diz: "A identidade narrativamente compreendida pode ser chamada, por convenção de linguagem, identidade do personagem", tornando necessária a relação com a linguagem da teoria literária.

A identidade deste personagem constrói-se ligada à intriga (também traduzido por mito, a partir da *Poética* de Aristóteles). Eu represento o personagem pelas suas ações e para representar a ação,

eu preciso colocá-lo em uma intriga. Pôr em intriga "[...] atribui uma configuração inteligível a um conjunto heterogêneo composto de intenções, de causas, de acasos" (RICOEUR, 2006, p. 114-115). Este conjunto significativo acontece por um equilíbrio entre uma sequência de concordância (que dá sentido à história) e a admissão de discordâncias (reviravoltas), que ameaçam o fim concordante da intriga. Essa concordância discordante de toda narrativa é definida pela ideia de síntese do heterogêneo, a fim de explicar as mediações operadas pela intriga, entre os diversos elementos e a unidade temporal. É pela habilidade poética que se unifica os diversos episódios em uma narrativa significativa. (RICOEUR, 2006, p. 114-115).

Sintetizando, existe a ideia de que há um todo, uma unidade na intriga, mas, no meio deste, há diversos empecilhos e desvios. Hamlet, por exemplo, é avisado pelo fantasma de seu pai que o seu tio (e então rei) foi quem o matou. A concordância é a vingança de Hamlet; um exemplo de discordância seriam os seus supostos amigos tentando levá-lo para Londres, distanciando-o da família real. Como, contrariando a narrativa shakespeareana, invertendo o ponto de vista, pensamos que a concordância para o seu tio é seguir no trono e a discordância é seu sobrinho.

Este simples conceito já compõe uma ideia fundamental para a identidade narrativa (RICOEUR, 1991, p. 169-170):

> A diferença que distingue o modelo narrativo de qualquer outro modelo de conexão reside no estatuto do acontecimento, do qual fizemos muitas vezes a pedra de toque da análise do si. Enquanto que, num modelo de tipo causal, acontecimento e ocorrência ficam indiscerníveis, o acontecimento narrativo é definido pela sua relação com a própria operação de configuração; ele participa da estrutura instável de concordância discordante característica da própria intriga; ele é fonte de discordância, quando ele surge, e fonte de concordância, no que ele faz avançar a história.

A intriga pode ser pensada como algo contingente (pois acontece uma situação imprevista que coloca os personagens na

intriga, mas esta situação poderia não acontecer), todavia a teoria narrativa curiosamente inverte o efeito da contingência, incorporando-o, de algum modo, por necessidade, pelo ato configurante. A intriga é configurada e disto cria-se uma necessidade narrativa. O personagem é aquele que faz a ação na narrativa, portanto, depende da inteligência narrativa que o põe em intriga. A identidade do personagem, portanto, é compreendida por transferência para ele da operação de intriga aplicada à ação, pois "[...] a intriga rege a gênese mútua entre o desenvolvimento de um caráter e o de uma história narrada". (RICOEUR, 2006, p. 115). O personagem é ele próprio intriga. Ele que ocupará um papel dentro das funções abertas pela intriga. (RICOEUR, 1991, p. 172).

Deste modo, a narrativa, para Ricoeur, combina os episódios e a história em um conjunto significativo. E isto acontece pela capacidade da narrativa de reconfigurar (dar um novo sentido) o que já estava configurado na língua anteriormente, por meio da rede conceitual que nos permite falar sobre a ação humana – nossa língua dada. Em suma, a narrativa pega um discurso mimético, por já significar algo (já ter uma linguagem e um contexto anterior) e acrescenta novas características discursivas que lhe dão novo significado ao concebê-lo como história de "alguma coisa". Assim, interpretando as histórias do mundo, o homem é capaz de interpretar, reflexivamente, a si mesmo. (COSTA JUNIOR, 2011, p. 19).

Nesta lógica, diz Ricoeur (1995b, p. 31):

> As histórias das vidas estão a tal ponto enredadas umas nas outras que a narração que cada qual faça ou receba da sua própria vida torna-se um segmento dessas outras narrações que são as narrações dos outros. Podemos então considerar as nações, os povos, as classes e as comunidades de todos os tipos como instituições que se reconhecem, cada qual para si e umas para as outras, pela sua identidade narrativa.

A identidade narrativa, portanto, é uma identidade mutável, histórica, pessoal ou compartilhada por uma comunidade em seu contato com o mundo por meio das narrativas. Os sujeitos reconhecem-se nas histórias que contam. Não há nada atemporal ou um homem que se feche em uma interioridade autorreferencial[30]. Toda consciência de si é temporal e mediata, por isto diz Ricoeur (2006, p. 158): "La identidad personal es una identidad temporal".

E, deste modo, "toda narrativa é seletiva" (RICOEUR, 2000, p. 5-6). Narram-se apenas os momentos relevantes e notáveis da ação, os quais que façam sentido à intriga. Mas sempre podemos contar de modo diferente, e esta seleção abre à possibilidade de manipulação, a estratégias ardilosas, como levar ao esquecimento fatos importantes por interesses pessoais ou políticos. Por isso, o problema das sempre polêmicas histórias "oficiais" de um povo.

É deste modo que a identidade pessoal é definida como identidade narrativa, pela coerência do colocar-se em intriga e a discordância das peripécias das ações narradas. A ideia de identidade narrativa nos dá acesso a uma nova abordagem, que trata do conceito de ipseidade, o qual não pode ser desenvolvido de modo satisfatório sem a identidade narrativa.

Ricoeur (1991, p.138), dentro das suas grandes obras, tratou, inicialmente, da identidade no seu *Tempo e Narrativa III* e, posteriormente, em *O si-mesmo como um outro*. Em Tempo e Narrativa, foi levantada a hipótese de que a identidade narrativa, seja pessoal ou de uma comunidade, seria o cruzamento entre história e ficção. Ricoeur questiona se não tornamos as vidas humanas mais legíveis quando são interpretadas a partir das histórias que as pessoas contam a seu respeito? Essas histórias seriam mais inteligíveis se aplicados modelos narrativos emprestados da história ou da ficção? É esta a hipótese desta parte

[30] Neste sentido, diz Ricoeur (2006, p. 158, grifo nosso): *"La identidad de tal persona se extiende tan lejos que la conciencia puede alcanzar retrospectivamente cualquier acción o pensamiento pasado; es el mismo sí ahora que entonces, y el sí que eje cutó aquella acción es el mismo que el que ahora reflexiona sobre ella*"

do trabalho ricoeuriano, colocando, na narrativa, uma mediação privilegiada da interpretação de si. Utilizaremos, para elucidar isto, o trabalho desenvolvido em *O si-mesmo como um outro*, por tratar de desdobramentos da identidade narrativa em termos políticos, a posição do narrar diante da descrição e da prescrição, e desenvolvendo a distinção entre mesmidade e ipseidade, que é o maior contributo da teoria narrativa à constituição do si e onde a identidade narrativa se revela.

A definição da pessoa tradicionalmente na filosofia ocorre como referência identificante, ou seja, da predicação, na qual para eu falar sobre Pedro, utilizo-me dos adjetivos – na forma de "Pedro é brasileiro" ; "Pedro é homem", "Pedro é acadêmico de direito" etc. Esta perspectiva não leva em conta que estes sujeitos têm uma história e que eles são esta história. Deste modo, uma dimensão essencial da identidade pessoal e da experiência humana, em seu caráter temporal, é omitida. É para preencher esta lacuna que a teoria narrativa surge em relação à constituição de si, trabalhando com a dialética (e não apenas a distinção) entre mesmidade e ipseidade. (RICOEUR, 1991, p. 137-138).

Na problemática da identidade pessoal, há a confrontação entre os dois principais conceitos de identidade: a identidade como mesmidade (latim: *idem*; inglês: *sameness*; alemão: *Gleichheit*), e identidade como Ipseidade (Latim: *ipse*; inglês: *selfhood*; alemão: *Selbstheit*). O desconhecimento dessa distinção resultou na falta de solução dos problemas de identidade pessoal. (RICOEUR, 1991, p. 140).

A principal função da caracterização da identidade pela mesmidade é a permanência no tempo. É graças a esta identidade que chamamos por um nome invariável duas coisas distintas e dizemos que estas são a mesma coisa. Ou seja, estes dois objetos são a mesma coisa, que se chama, por exemplo, cadeira – possuindo as mesmas qualidades essenciais. Parte disto é uma identidade numérica, trata da univocidade. Conhecer esta identidade é reconhecer, como reconhecer nos mais variados tamanhos,

materiais e cores o objeto cadeira. Outra é a identidade qualitativa, por meio da qual dizemos que duas pessoas diferentes usam a mesma roupa; pode trocar o sujeito, é a substituição sem perda semântica. (RICOEUR, 1991, p. 140-141).

Mas como o tempo está implicado na sucessão dos aparecimentos dos objetos que reconhecemos, reidentificá-los poderia gerar hesitação e até contestação. No caso da identidade física de uma pessoa, pode haver dúvida quando comparamos uma lembrança e a percepção presente – em alguns casos, é muito difícil, como o reconhecimento do agressor em casos criminais. Não é disto que tratam muitos julgamentos, no qual se busca reconhecer, no acusado, o agente dos fatos imputados? (RICOEUR, 1991, p. 141).

Há, então, um terceiro elemento da noção de identidade, a continuidade ininterrupta entre o primeiro e o último momento do desenvolvimento de um mesmo indivíduo. O envelhecimento, mudanças drásticas de peso, acidentes etc. levam a diversas dessemelhanças. Assim, da forma de muda até a árvore madura é do mesmo objeto que se trata. Há uma série ordenada de mudanças fracas, pois preservam a identidade. A identidade é preservada pela similitude e pela continuidade ininterrupta da mudança por um princípio de permanença no tempo. Algo precisa permanecer no tempo, para que a identidade subsista ao seu movimento. (RICOEUR, 1991, p. 142).

Estes são os modos como a mesmidade é tradicionalmente tratada.

A ipseidade implica uma maneira de permanecer no tempo que não se reduz à substância. Todo o modo como a identidade mesmidade opera se aplica tanto a pessoas como objetos, deste modo, objetualizando as pessoas; ou seja, respondendo à pergunta "O quê?" para o que estas são. Uma forma de permanência no tempo deve justamente à pergunta "Quem eu sou?", que é irredutível à pergunta anterior. Eis a questão da ipseidade. (RICOEUR, 1991, p. 143).

Ao falar de nós mesmos (algo que é apenas nosso, que é pessoal), há dois modelos de permanência no tempo: o caráter e a

palavra considerada – elementos que seriam acidentais na mesmidade. É uma permanência que se refere apenas à pessoa. (RICOEUR, 1991, p. 143).

O caráter é o conjunto de distinções que nos permite reidentificar um indivíduo no decorrer do tempo como o mesmo. Esses traços acumulam a identidade numérica e qualitativa, a continuidade ininterrupta e a permanência no tempo. O caráter é uma perspectiva do meu existir, como me abro ao mundo, que ideias e valores acredito ou repudio. O caráter é o "[...] conjunto das disposições duráveis com que reconhecemos uma pessoa" (RICOEUR, 1991, p. 146), de modo que pode não parecer discernível a distinção entre idem e ipse, pois o caráter é pensado também pela mesmidade. Mesmo se eu disser que este caráter, e constitui no que é particular meu, o que parece estar na ipseidade, este se anuncia como mesmidade, como predicação. Principalmente no caso das disposições dos hábitos que dão história ao caráter. O hábito torna uma disposição durável, um traço de caráter. (RICOEUR, 1991, p. 144-146).

Também ligadas a esta disposição há as identificações adquiridas. É a identidade de uma pessoa ou comunidade feita a partir de identificações com valores, modelos, heróis no qual a pessoa ou comunidade se reconhece. Eu me reconheço em um modelo de vida que sigo, por exemplo. A identificação com figuras históricas ou valores faz com que a pessoa coloque isto como acima da própria vida. Há a lealdade na manutenção de si. Este é o momento em que o ipse surge com vigor, pois "[...] integram-se aos traços de caráter, os aspectos de preferência avaliativos que definiam o aspecto ético do caráter no sentido aristotélico do termo". (RICOEUR, 1991, p. 147).

O caráter, como percebemos, mostra certa semelhança às perguntas "O quê" e "ao quem?". O caráter é o "o quê", a coisidade do "quem" – apesar de ser um "quê" o qual só em existe em relação ao "quem". Mas o que leva uma pergunta a outra? É na identidade narrativa que se equilibram os traços imutáveis e a ancoragem

histórica do caráter; que dissocia a identidade do si da mesmidade do caráter. (RICOEUR, 1991, p. 148).

Importa realizar uma distinção entre identidade de si e identidade do mesmo – revelando, assim, a ipseidade subjacente à primeira, desnudando-a da mesmidade. É o que acontece na permanência no tempo pela palavra mantida na fidelidade à palavra dada. Ricoeur vê nisso uma polaridade oposta ao caráter. A palavra mantida afirma a manutenção de si em algo que não pode ser exposto como um adjetivo geral, uma coisa em geral, mas unicamente pode responder à pergunta "quem". (RICOEUR, 1991, p. 148).

Nesta manutenção, a duração da promessa constitui um desafio no tempo, é a rejeição da mudança. É suficiente a justificação ética da promessa, da qual nos obrigamos a salvaguardar pela instituição de linguagem e garantir confiança ao outro. Nisso, não há mais a equivocidade entre mesmidade e ipseidade na permanência no tempo.

Esse espaço de sentido é aberto por esta oposição da mesmidade do caráter à ipseidade da manutenção de si mesmo na promessa. E este espaço é preenchido pela identidade narrativa, de modo que esta oscila entre os dois limites, num local onde ipse e idem se confundem e outro em que a ipseidade se coloca sem o apoio do idem. (RICOEUR, 1991, p. 150).

A partir da compreensão destes conceitos, iremos compreender a Constituição democrática para Hans Kelsen e Carl Schmitt, a fim de, então, relacioná-los com a mesmidade e a ipseidade.

3

Identidade e constituição democrática em Carl Schmitt e Hans Kelsen

Postas as referências narrativas que são a base deste trabalho, desenvolveremos, neste segundo capítulo, elementos centrais às constituições a partir do debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deve ser o guardião da Constituição de Weimar. O nosso foco, entretanto, não está sobre quem deve ser o guardião, mas em um elemento pressuposto nisto que é a definição do que é Constituição democrática para estes dois autores e a relação desta com a identidade do povo e dos indivíduos. Portanto, situaremos o debate e o contexto como caminho para chegar ao desenvolvimento destes sobre concepção de constituição democrática e a relação desta com o poder e a identidade, o seu poder de representar, de narrar o povo e de permitir as diversas narrativas extra-oficiais[1].

Hans Kelsen e Carl Schmitt foram escolhidos por terem travado um privilegiado debate dentro do constitucionalismo. Privilegiado por dois motivos essenciais à compreensão das Constituições contemporâneas, sendo um político e um teórico:

a) a Constituição de Weimar foi inovadora em ter uma parte destinada a garantir direitos;
b) as discussões constitucionais se tornaram discussões sobre como deve ser a Constituição democrática.

[1] Reflexões acerca deste tema, mais especificamente sob a temporalização da Constituição a partir de Paul Ricoeur, já desenvolvemos em Guimarães Filho e Teixeira (2014).

Portanto, as Constituições começaram a ir além da limitação dos poderes e procedimento legislativo para garantir certos direitos e dar certo estatuto a grupos; e o debate direcionou-se para a relação do caráter democrático da constituição com o povo. Temas estes que são fundamentais às questões da identidade individual e da identidade do povo.

Nesta perspectiva, seguiremos o seguinte trajeto neste capítulo. Iniciaremos situando o contexto do constitucionalismo, da Constituição de Weimar e do debate entre Kelsen e Schmitt (3.1), destacando diversos elementos centrais ao debate sobre o guardião da Constituição; então realizaremos recortes específicos dentro da teoria constitucional dos autores, buscando a relação da constituição com a unidade do povo em Schmitt (3.2) e a relação da constituição com o pluralismo em Kelsen (3.3), Estabelecido o pensamento dos autores, seu debate e feito o recorte da questão identitária, finalizaremos o capítulo colocando o debate em outros termos, reconstruindo certos elementos a partir dos aportes de teoria narrativa do capítulo primeiro, reabilitando o debate por meio dos conceitos de mesmidade e ipseidade (3.4).

3.1 O Constitucionalismo do Início do Século XX e a Constituição de Weimar: Quem é o Guardião da Constituição?

Para compreendermos a Constituição de Weimar e o debate de Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre o Guardião da Constituição, precisamos, inicialmente, localizar a questão dentro do constitucionalismo e, mais especificamente, do constitucionalismo democrático do século XX. Para isto, não trataremos exaustivamente dos diversos momentos do constitucionalismo, mas apenas situaremos o que é o constitucionalismo moderno, trataremos das linhas gerais do constitucionalismo do século XIX e, então, das mudanças e problemáticas enfrentadas no constitucionalismo do século XX, o constitucionalismo democrático, local do debate entre Kelsen e Schmitt, nosso verdadeiro objeto neste momento. Portanto,

não desenvolveremos um grande detalhamento da história do constitucionalismo, mas linhas gerais para a compreensão do debate. Feito isto, trataremos, em ordem cronológica, dos textos que compuseram o debate entre os autores e finalizaremos com a relação entre poder e direito.

Fioravanti (2001, p. 85) conceitua o constitucionalismo como "*el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del limite y de la garantia*." Deste modo, o constitucionalismo é compreendido a partir da modernidade[2] e das suas necessidades constitucionais, tendo, como ponto central, o contrato social e a limitação dos poderes políticos para que não haja abuso por parte do Estado[3].

Também importa ressaltar que a constituição moderna existe a partir da ideia de poder dos indivíduos, de soberania popular no pacto social. Apenas no século XVII e mais fortemente no XVIII que o termo constituição adquiriu o seu sentido moderno (ligado ao contrato social), sendo o documento no qual se encontra um sistema fechado com todas as leis fundamentais da sociedade, que, dotadas de um *telos* ideológico específico, visam a reduzir a arbitrariedade de um detentor único do poder. Deste modo, o Leviatã, o poder supremo, foi seccionado, sendo cada parte detentora de um segmento da ordem total. A unidade do Estado seria estabelecida pela combinação destes poderes autônomos. Isto tudo foi incorporado ao Estado e à sociedade na forma da lei fundamental ou Constituição. (LOEWENSTEIN, 1976, p. 152).

Dos filósofos contratualistas, extraem-se dois elementos fundamentais para a Constituição moderna:

---

[2] A constituição já é um tema desde Platão e Aristóteles, mas o pensamento constitucional destes estaria no que hoje se classifica como constituição em sentido material, pois a constituição da cidade não foi pensada por meio de um documento escrito, público. Isto só aconteceu de modo escrito a partir da República Romana, especialmente com Cícero.

[3] A história do constitucionalismo, para Loewenstein (1976, p. 151), é a história do homem buscando limitações ao poder absoluto por meio de uma justificação da autoridade.

a) se o poder soberano medieval era indivisível, agora deve haver uma pluralidade de poderes que se contrabalanceiem;
b) a estes poderes se opõe uma norma (constitucional) que os coloca diante de um limite. Isto é a busca fundamental do constitucionalismo. (FIORAVANTI, 2001, p. 86).

Estes objetivos se mantêm no centro do constitucionalismo até os nossos dias. Classificar um sistema político como democrático-constitucional depende apenas da existência de instituições por meio das quais o exercício do poder político é distribuído entre os seus representantes e às quais estes detentores do poder estão submetidos. O homem já tem como marco civilizacional que a sociedade se torna mais justa quando a garantia dos seus direitos em relação ao poder público é resguardada por uma instituição que limita o poder deste. A história consolidou, como o melhor modo de realizar isto, as Constituições, sendo as constituições "*el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder*". (LOEWENSTEIN, 1976, p. 149).

Os seguintes elementos, de modo resumido, são considerados o mínimo de uma autêntica constituição (LOEWENSTEIN, 1976, p. 152-153):

a) a diferenciação das funções estatais e os diversos órgãos que serão detentores deste poder;
b) um mecanismo para colaboração entre os diversos detentores do poder – os freios e contrapesos entre os poderes;
c) um mecanismo para evitar que esta cooperação não aconteça e um poder invada a esfera dos outros;
d) um método para modificação da constituição, de modo a não estar disponível a qualquer mudança política;
e) o reconhecimento de esferas de autodeterminação individual, os direitos individuais, liberdades fundamentais, protegidos aos detentores do poder – elemento claramente liberal.

Isto caracteriza o constitucionalismo moderno, pois apenas ter uma constituição escrita não é o suficiente. Já que existiram e ainda há constituições não-democráticas. Um exemplo seria a constituição de

Haile Selassie, da Etiópia, de 1931, que estabelece, no seu artigo 5º, que, no império etíope, o poder supremo cabe ao imperador. Isto não pode ser considerada uma constituição legítima, pois não institucionaliza a distribuição e limitação do poder. (LOEWENSTEIN, 1976, p. 151).

Nesse sentido, o *Telos* de toda constituição é criar instituições de limite e controle do poder político. Toda constituição possui uma dupla significação ideológica: a) proteger os destinatários do poder de abusos; b) garantir a estes uma legítima participação no processo político. Para isto, necessita submeter o processo político a regras e procedimentos. Neste sentido, percebe-se que o constitucionalismo moderno é produto da ideologia liberal – posição partilhada por Kelsen. (LOEWENSTEIN, 1976, p. 151).

Dito em linhas gerais o que é o constitucionalismo, vamos compreender o período anterior ao debate Kelsen-Schmitt, o século XIX. Nesta época a cultura constitucional coincidia à soberania do Estado com a soberania do ordenamento jurídico, pois estas regras anulavam a soberania absoluta do monarca ou do povo, transformando-a em poderes juridicamente regulados. Este é o Estado de Direito que recebe a sua forma teórica definitiva por Georg Jellinek, que será grande influência para Hans Kelsen[4]. (FIORAVANTI, 2001, p. 140).

Jellinek estabelece diversos pontos centrais. Destaca-se que este considera que a melhor garantia possível para os direitos dos indivíduos deve ser dada pelo Estado de Direito, pelo princípio do Estado soberano – negando a soberania do monarca e do povo. No Estado de Direito, os direitos estão confiados à lei do Estado, disciplinado por regras constitucionais que o conformam por poderes limitados, sem um princípio político dominante. Portanto, acima do monarca (que pode ser autoritário) e do povo (que está sujeito à variação de desejos), está o ordenamento jurídico do Estado de Direito, que tem o seu ponto central na Constituição. A relação

[4] Conforme relatos autobiográficos, Kelsen assistiu, durante a primeira década do século XX, a aulas de Jellinek (KELSEN, 2012, p. 46). Kelsen também chega a dizer que, mesmo com resultados distintos aos de Jellinek, em muito, seguiu os pensamentos deste na da Teoria do Direito. (KELSEN, 1997, p. 14).

entre Estado e constituição torna-se tão estreita que não é possível existir um Estado sem constituição ou uma constituição sem Estado (FIORAVANTI, 2001, p. 141).

Esta Constituição do Estado compreende os princípios jurídicos que determinam qual são os órgãos supremos do Estado, o modo de sua formação, suas relações recíprocas e esferas de ação. Em oposição a isto, a partir de Jellinek, o positivismo jurídico parece ter excluído a possibilidade de tratar a Constituição em sentido material.

Surge, então, uma famosa (e problemática) oposição entre positivismo jurídico, que compreende a Constituição a partir do ordenamento, das leis constitucionais, e a compreensão da constituição em sentido material[5], que considera parte da Constituição de um Estado elementos compartilhados pelo povo, os quais não estão necessariamente expressos em leis.

Todavia, para Fioravanti (2012, p. 104), isso não é verdade. O positivismo também buscou responder ao modo de garantir a autoridade e estabilidade de um Estado. Uma soberania historicamente determinada, uma ordem jurídica objetiva da qual se fundam os direitos individuais. Surge, então, a pressuposição de uma ordem jurídica em relação à ordem das leis. As leis escritas refletem esta ordem objetiva. Isto está mais claro em outro famoso jurista alemão do século XIX, Friedrich Carl Von Savigny, que exerceu grande influência intelectual em Jellinek. Sobre o assunto, diz-nos Fioravanti (2012, p. 105, grifo nosso):

> Em outras palavras, um conjunto de indivíduos pode se formar em um Estado somente se lá já existe um povo, ou ainda se já se encontra em si ordenado. E a medida da ordem é a constituição em sentido material. Esta última não desempenha, portanto,

[5] Que tem a sua origem no pensamento constitucional anterior à modernidade, pensando que todo Estado possui certas convicções compartilhadas e formas de condutas que formam o sentido aristotélico de *politéia*, a sua constituição. Estas convicções são os princípios basilares da relação entre quem detém e quem é destinatário do poder. Estes princípios e normas são a constituição de um povo, podendo ser não-escrita, espiritual, ou escrita. (LOEWENSTEIN, 1976, p. 150-151).

> nenhuma função polêmica. Ao contrário, serve para fundar a autoridade do Estado e do seu direito, fixando, ao mesmo tempo, um limite. **Por este motivo, para Savigny, o direito positivo pode também ter a sua máxima expressão na lei do Estado, mas somente se esta parte da consciência de dever refletir aquela ordem objetiva que fora dada na experiência e que já se encontra presente na constituição entendida em sentido material.** E, por outro lado, é precisamente esta ordem que confere à lei, que dessa mesma é a expressão, a sua força soberana. Uma lei do Estado solidamente fundada nos princípios daquela constituição é forte e possui autoridade. Ao contrário, uma lei disforme em relação a tais princípios nasce morta e é, de qualquer modo, destinada à ineficácia.

Deste modo, mesmo no século XIX, em momentos inicias do positivismo jurídico, pode-se pensar na existência de uma ordem jurídica objetiva, histórica, que seria o sentido material da Constituição. Mas este ponto dominante, no século XIX, enfraquecer-se-á logo no início do século XX. A ideia de Constituição, como direito positivo de uma comunidade historicamente fundada, torna-se insatisfatória diante dos acontecimentos europeus. Forte exemplo desta mudança constitucional é Hans Kelsen, que, desde a sua juventude, em *Principais Problemas da Doutrina do Direito do Estado*, de 1911, criticará a ideia de encontrar, na base do Estado, uma ordem objetiva, um povo ou constituição material. Esta ordem foi desconsiderada, pois requereria uma objetividade impossível de ser compreendida pela ciência jurídica. Na verdade, a sociedade possui diversos conflitos e contradições que impossibilitam uma ordem objetiva. (FIORAVANTI, 2012, p. 106).

Outra importante mudança do século XIX para o XX se refere à preocupação democrática com as Constituições. As Constituições da virada do século eram estatais ou parlamentares, mas não eram constituições democráticas, pois não havia um procedimento para legitimar o poder constituinte pelo princípio democrático. (FIORAVANTI, 2001, p. 147).

A Constituição alemã, de 1919, conhecida Constituição da República de Weimar, já possui um poder constituinte, exercido pelo povo alemão. Esta República foi proclamada pelo social-democrata Philipp Scheidemann, que assinou o armistício em novembro de 1918, após a I Guerra Mundial. O modelo republicano modificou uma Alemanha que ainda tinha raízes de monarquia constitucional, sob influência de Bismarck. A Constituição de Weimar foi promulgada afastando a ideia de que o monarca tinha poderes acima da soberania popular, já que ele seria o líder e espírito da nação.

A Constituição democrática, no século XX, a partir de Weimar, supera a antiga forma de poder constituinte. Não se limita a ordenar os poderes, mas define princípios fundamentais compartilhados, os quais são colocados pelo poder soberano constituinte como base da convivência civil – criando o desafio de concretizar este princípio por medidas políticas e jurídicas. Essencialmente, esses princípios são dois: a) a inviolabilidade dos direitos fundamentais; b) o princípio da igualdade, a não discriminação. (FIORAVANTI, 2001, p. 150).

Afirmaram-se os direitos fundamentais, entretanto não se instituiu nenhum verdadeiro controle de constitucionalidade. Pensou-se que caberia ao legislador e aos partidos presentes no parlamento agir sobre os conteúdos de constitucionalidade, principalmente nas questões de igualdade e de direitos sociais. Entretanto, isto não seria equilibrado, pois seria um excesso de poder a mesma instituição que cria as leis, controlar a constitucionalidade destas – seria um absolutismo parlamentar. Fez-se necessário, portanto, um contrapeso, que foi logo pensada na figura do presidente, devido à sua representatividade ativa (e não apenas simbólica) para o povo alemão.

A constituição existe, portanto, porque aquele povo, titular do poder constituinte, tomou determinadas decisões e imprimiu certas características a esta constituição – elemento claramente narrativo. Isto por meio dos grandes princípios, que são basicamente os direitos dos cidadãos no plano civil, social e político. Isto se torna elemento central nas constituições democráticas do século XX, compondo o seu núcleo

fundamental junto aos elementos que já eram essencialmente constitucionais. (FIORAVANTI, 2001, p. 150).

A República de Weimar tinha, portanto, a sua Constituição como texto fundamental, instaurando uma democracia parlamentar e prevendo direitos e garantias fundamentais, indo além do que até o século XIX seria o seu núcleo, ou seja, não prevendo apenas a sua organização institucional e limitações do Estado para os súditos. Esta também estava fundada no princípio da supremacia constitucional e também havia a inovadora previsão de proteção das minorias e de direitos sociais.

Estas inovações e novos paradigmas, entretanto, entraram em crise jurídica e política com a crise econômica agravada com a queda da bolsa de valores em 1929. Neste momento, o Chanceler e Presidente da República de Weimar utilizaram do seu artigo 48 que permitia ao Presidente promulgar "medidas necessárias", o que significa legislar, e este tomou medidas de austeridade e maior carga tributária. Mas este mesmo artigo previa "controle de validade" destas normas pelo legislativo caso fossem contrárias à ordem pública. Então, o parlamento invalidou as medidas necessárias, e o presidente dissolveu o parlamento, chamando novas eleições e gerando uma crise que permitiu ao partido de extrema direita nacional-socialista ganhar maioria parlamentar. (MAIA, 2007, f. 139).

A quebra da bolsa, em 1929, também teve forte impacto na Áustria e houve desestabilização política. Grupos extremados ganharam poder e ocorreu uma reforma na Constituição, o que fez Hans Kelsen perder a vitaliciedade do seu cargo de ministro da Corte Constitucional (MAIA, 2007, f. 241). Então Kelsen se muda para a Alemanha e começa a lecionar na Universidade de Colônia e, naturalmente, envolve-se nas discussões jurídico-políticas da Alemanha.

É neste contexto que Carl Schmitt polemiza com Hans Kelsen. Importa ressaltar que Kelsen já havia participado da redação da Constituição Federal austríaca de outubro de 1920, na qual foi criada

uma Corte Constitucional, órgão independente, que exerceria a jurisdição constitucional, realizaria o controle de constitucionalidade dos atos do poder Legislativo e do poder Executivo com base na Constituição austríaca. Este é o que ficará conhecido como "modelo austríaco". A Corte Constitucional reconhece a lei como inconstitucional e a anula totalmente ou em parte do ordenamento jurídico, gerando uma decisão constitutiva, de efeito anulatório e *ex nunc*. Sendo este controle, portanto, concentrado e abstrato (KELSEN, 2003, p. 25).

Na Constituição de Weimar, era previsto o "controle de validade" das normas pelo parlamento, mas não tratava sobre controle de constitucionalidade. Então Kelsen, agora na Alemanha, publica, em 1929, um texto chamado *A garantia da Constituição*, propondo o seu "modelo austríaco" como solução para o controle de constitucionalidade na Constituição de Weimar. Kelsen também chegou a ajudar em um projeto de emenda à Constituição para instaurar este modelo.

Para Kelsen, a justiça constitucional tem por objetivo assegurar o exercício regular das funções estatais, sendo o ato de defender a Constituição um ato de criação e de execução do direito criado. Isto se opõe à tradicional separação entre o legislativo e o judiciário, no qual o primeiro cria e o segundo apenas aplica, como mera reprodução subsuntiva. (KELSEN, 1974, p. 472).

A questão da regularidade, que na tradução publicada por Cambridge, foi traduzido por *legality* (KELSEN, 2015, p. 22), da aplicação da norma já era um problema recorrente à época de Kelsen, mas não o era a questão da regularidade (ou legalidade) da legislação, do ato criativo, o que não possuía construções teóricas satisfatórias a Kelsen. E ainda, na opinião de Kelsen (1974, p. 472) as instituições que criam leis, sejam pelo legislativo ou por atos da administração, alegam que tais questões seriam exteriores ao direito, o qual deve se ocupar apenas em aplicá-las e não as considerar adequadas ou não à Constituição.

Mas Kelsen dirá que legislação e aplicação não são duas etapas distintas em sua natureza. Cada uma opera como ato de criação e de aplicação do direito; elas não são duas funções distintas, mas etapas hierarquizadas do processo de criação do direito[6] – o que não se limita à legislação ordinária, mas também a constitucional, internacional etc. (KELSEN, 1974, p. 472-473).

Se a Constituição regula a atividade legiferante, então a própria legislação é uma aplicação do direito. Caso contrário, a liberdade do legislador e seu poder de criação seriam muito grandes. Por outro lado, frente a outros atos, continua sendo uma criação. (KELSEN, 1974, p. 473).

À questão da guarda da constituição, põe-se a Kelsen por duas questões centrais: uma questão política e uma questão teórica.

A política é que as democracias parlamentares da Europa surgem de monarquias constitucionais e ainda havia, portanto, forte tradição da monarquia constitucional, na qual, obviamente, o monarca controla. Mas, na monarquia, toda expressão do monarca é uma norma vinculante, o que dificulta a própria ideia de diferença entre leis e constituição, sobre a criação das leis etc. (KELSEN, 1974, p. 474-475).

Na monarquia, a lei é a expressão do monarca, a lei é expressão de sua vontade, cabendo ao parlamento a sua adesão "más o menos necesaria" (KELSEN, 1974, p. 475), secundária. Então, o "princípio monárquico" diz que o monarca interpreta a constituição de fora, em um sentido político, o que estava sendo utilizado "[...] para deformar el derecho positivo con la ayuda de una ideologia que le es extraña". (KELSEN, 1974, p. 475).

Há, portanto, em Weimar, uma grande mudança no papel da Constituição, a qual prevê como as leis devem ser feitas. E a Constituição torna-se uma norma que não pode ser modificada

[6] Assim diz Kelsen (1974, p. 473): "*Constitución, ley, reglamento, acto administrativo y sentencia, acto de ejecución, son simplemente los estadios típicos de la formación de la voluntad colectiva en el Estado moderno*".

como as outras leis – maioria qualificada, assembleia constituinte especial etc.

Kelsen acredita que não houve progresso real da monarquia absoluta para a monarquia constitucional, especialmente no problema da constitucionalidade das leis e a garantia desta, já que o controle de constitucionalidade, realizado pelo próprio monarca, não é eficiente, é uma autorregulação. (KELSEN, 1974, p. 476).

A outra questão era de teoria do Direito. A teoria, à época, dizia de que é necessário retirar dos órgãos de aplicação o exame de constitucionalidade. Estes cuidariam, no máximo, da legalidade da publicação das leis. Já a constitucionalidade estaria mesmo protegida pelo Chefe do Estado. Naturalmente, seria inocente confiar ao parlamento o controle de constitucionalidade. Este que aprovou a lei, iria considerá-la inconstitucional?

Portanto, não deveríamos seguir nem a tradição monarquista que adotava o monarca como guardião, nem faria sentido que o legislativo se autorregulasse. Portanto, tal função deve caber ao poder restante e por meio de uma Corte Constitucional autônoma, o chamado modelo austríaco (KELSEN, 1974, p. 490).

Carl Schmitt também já havia escrito sobre o tema antes da discussão, na sua *Teoria da Constituição,* em 1928, e estava insatisfeito com a crise política e a posição de Kelsen. Então, Schmitt interveio respondendo e defendendo um modelo distinto, crítico à compreensão de Kelsen sobre o Direito e a teoria política, publicando, em 1931, *O Guardião da Constituição* e dizendo que o *Führer* deveria ser o guardião da Constituição.

Carl Schmitt resgata elementos da revolução francesa, pois considera a constituição como expressão do povo soberano – em oposição ao Estado de Direito e o *Rule of Law*. Schmitt acredita que, no século XIX, o Estado alemão e o parlamento inglês roubaram o conteúdo político das constituições, retirando a referência ao povo soberano, ao princípio democrático. Desligá-la do elemento político

seria desmembrá-la em textos normativos, em questões formais. (FIORAVANTI, 2001, p. 152).

Portanto, Schmitt buscava encontrar uma forma constitucional adequada ao princípio democrático, realizar o encontro entre democracia e constitucionalismo, que sempre estiveram em campos distintos e, por vezes, contrapostos. Isto, por um lado, seria a soberania do povo, que legitima o poder de quem deseja representar este povo, e o outro limitaria este poder. (FIORAVANTI, 2001, p. 154).

Para Schmitt, a Constituição não ter um guardião, um protetor, é sinal de uma crise constitucional e política. Schmitt diz que, inicialmente, precisamos nos perguntar se é possível que o guardião da constituição esteja na esfera da adjudicação. É possível que esta guarda seja feita pela forma adjudicativa? E se for possível que a guarda seja realizada por uma corte, esta continuará exercendo atividade jurisdicional no sentido substantivo? O procedimento jurisdicional não seria apenas um "manto enganador ("*misleading cloak*" na tradução consultada) para grandes poderes políticos? (SCHMITT, 2015, p. 95).

Há casos (principalmente as questões civis e administrativas) de revisão constitucional, que, realmente, cabem aos tribunais, pois se referem ao estatuto constitucional. Mas há casos, como nos crimes de traição, em que a constituição, como um todo, é violada. Schmitt diz que não é à toa que crimes do presidente da República, mesmo em países dominados pelo *rule of law*, requerem uma corte excepcional para ser julgados. (SCHMITT, 2015, p. 95-96).

Em caso de vagueza e incompletude da Constituição, o que existe na ambígua segunda parte da Constituição de Weimar, não há uma questão puramente legal, e o que a corte realiza é algo distinto de um ato de juízes. O juiz procurará posições políticas para resolver. Deste modo, a independência do judiciário perde a sua base no direito constitucional. (SCHMITT, 2015, p. 101-103).

As cortes não são guardiães da constituição, no sentido preciso deste termo. Essa ideia de corte constitucional seria uma

influência dos Estados Unidos, a qual teria virado um mito de justiça para certos juristas alemães. Schmitt (2015, p. 79-80) não quer transferências impensadas que não adequem as diferenças de contexto e de fundamento, nem o mito do modelo americano.

Schmitt diz que é fácil acreditar o controle material fazer do tribunal constitucional o guardião da Constituição. O *Reichsgericht* (Suprema corte civil e criminal) autointitulou-se o Guardião em uma decisão do dia 4 de novembro de 1925, relacionado ao estatuto ordinário e à constituição do Reich. Mas Schmitt mostra que esta decisão não revia a conformidade do estatuto ordinário com os princípios gerais constitucionais, mas apenas a conformidade do estatuto com normas constitucionais que permitem a subsunção. Não reinvindica o poder geral de revisão constitucional. Esta revisão seria acidental e não se diferenciaria do *judicial review* de qualquer corte. (SCHMITT, 2015, p. 85-86).

O juiz, para Schmitt, realiza o seu trabalho por subsunção. Se este vai além da subsunção dos fatos às normas, mas decide sobre conteúdo, este juiz não seria mais independente, e a sua conclusão não poderia ser acolhida pela legitimidade judicial. Portanto, o "*creative judiciary*" é um problema de direito constitucional. (SCHMITT, 2015, p. 87).

Schmitt coloca que a guarda constitucional foi pensada para o judiciário por uma má leitura do *rule of law*. A consequência disto não seria a jurisdificação da política, mas a politização do judiciário, pois este estaria exercendo poder político. (SCHMITT, 2015, p. 90-91).

Os juristas alemães esquecem da diferença substancial entre a constituição e o estatuto constitucional. A constituição não é um conjunto de leis constitucionais, mas uma decisão política fundamental realizada pelo poder constituinte visando a certa forma política e social. Este conteúdo aprovado é legalmente inviolável. Mas há a diferença entre o estatuto que se conforme ao *rule of law* e o estatuto no sentido político. Pensar apenas neste último ponto, levaria a tudo ser decidido pela adjudicação dos tribunais, fazendo o

Reichsgericht determinar os princípios políticos a partir dos elementos constitucionais. (SCHMITT, 2015, p. 91).

No entanto, o *rule of law* não decide nada para Schmitt. É melhor evitar o apelo abstrato do *rule of law* e usar conceitos de concreta teoria constitucional. Busca-se um guardião, pensa-se em certo modo de proteção e, a partir de certos perigos, dá-se um caminho. O guardião não deve oferecer uma proteção abstrata, formal (conforme o normativismo kelseniano), mas protegê-la de qualquer risco. No século XIX, o grande perigo vinha do executivo, mas os riscos agora vêm do legislativo. O maior risco, no século XX, é de interesses particulares dos legisladores, do jogo político das maiorias parlamentares. A constituição, portanto, protege interesses que sejam ou possam vir a ser minoritários. (SCHMITT, 2015, p. 93).

Schmitt diz que, para John Stuart Mill (que influenciou todo o pensamento liberal do XIX), a "verdadeira" democracia é definida pela proteção da maioria. A verdadeira essência da democracia seria o compromisso entre a maioria e a minoria. Mas Schmitt, desconfiado, diz que isto é um grande exemplo de como concepções políticas podem ser transformadas a partir da palavra "verdadeiro" ou "falso". Inverteu-se a lógica democrática de que a maioria decide e que os vencidos devem respeitar, instaurando a ideia de pluralismo e proteção às minorias. (SCHMITT, 2015, p. 94).

Neste contexto, o parlamento também não poderia ser o guardião, pois, no modelo parlamentarista, é justamente do legislativo, das maiorias parlamentares flutuantes, que vinha o maior risco de violação à Constituição. Deste modo, restava apenas ao executivo, o Presidente da República de Weimar, o *Fürher*, ser o guardião.

Para fundamentar a sua posição, Schmitt inicia dizendo que não há *rule of law* na posição liberal-burguesa, sem existirem cortes independentes. E a sua independência está na sujeição ao estatuto constitucional. Não deve haver diferença entre posição da corte e estatuto. Pode-se garantir certa liberdade ao juiz, mas não dá-los poder para decisões políticas que pertencem ao legislador. Não se pode redefinir a separação dos poderes e nem se pode chegar à

conclusão de que tudo que é feito pelo legislativo é um ato legislativo e que tudo feito pelo judiciário é ato jurídico, adjucativo. (SCHMITT, 2015, p. 107-108).

O problema do guardião da Constituição é da proteção da norma mais forte (constitucional) em relação à inferior (ordinária). Mas, para um formalista como Kelsen, na verdade, esse problema não existe, porque, para o normativismo, a validade da norma superior nunca será abalada pela inferior. Estes formalistas param justamente quando o problema real aparece para Schmitt, param no Direito e não chegam à política. (SCHMITT, 2015, p. 112).

A solução para a Corte seria a adjudicação da norma inferior à superior. Mas não existe adjudicação de normas. Aplicar uma norma a outra norma é diferente de aplicar uma norma a um fato. A subsunção é diferente. O que seria subsumido nesse caso? Não há subsunção. Apenas se declara que há uma contradição e que uma norma é válida, e a outra, inválida. É algo referente ao conteúdo das leis e não a um ato subsuntivo. Este ato é de remover uma ambiguidade do estatuto constitucional e determinar o seu conteúdo. Isto é legislar e não adjudicar (SCHMITT, 2015, p. 114-116). Desta feita, Schmitt (2015, p. 117) diz que:

> Cada órgão que autenticamente coloca o conteúdo em disputa do estatuto além de qualquer dúvida, na verdade atua como um legislador. E se coloca acima de qualquer dúvida o conteúdo ambíguo de um estatuto constitucional, atua como legislador constitucional[7].

O Presidente teria uma posição neutra e igual entre os outros dois poderes e que, de fato, estaria de acordo com a sua função política na separação dos poderes. O Presidente seria o verdadeiro representante da nação, personificando o espírito nacional frente à pluralidade democrática de Weimar. Este, eleito pelo povo, não

[7] Na tradução consultada: *"Every organ that authentically puts the disputed content of a statute beyond doubt in fact acts as a legislator. And if it puts beyond doubt the ambiguous content of a constitucional statute it acts as a constitucional legislator*." (SCHMITT, 2015, p. 117).

permitiria uma "aristocracia judiciária" tomando conta da constitucionalidade.

Schmitt (2015, p. 171) também utiliza a própria Constituição, dizendo que, nesta, está escrito que os membros do parlamento representam o povo inteiro (art. 130); que o presidente do Reich é eleito por todo o povo alemão (art. 41); que o presidente deve preservar a constituição (art. 42). Há a referência ao todo, à unidade do povo alemão, e isto seria incompatível com o pluralismo proposto por Kelsen. Assim, Schmitt (2015, p. 171) diz que "De acordo com o conteúdo disponível da Constituição de Weimar, um guardião da constituição já existe, ou seja, o president do Reich"[8]. Então, Schmitt (2015, p. 173) conclui que o presidente age como "[...] o guardião e conservador da unidade constitucional e integridade do povo alemão. A existência e permanência atual do Estado alemão depende de se este esforço será bem-sucedido"[9], de tal modo que concordar com Kelsen seria fragmentar o povo alemão e enfraquecer todas as suas instâncias políticas.

Kelsen, então, escreveu uma resposta para Schmitt no texto *Quem deve ser o guardião da Constituição?* Publicado em 1931 e defendendo detalhadamente a sua posição diante dos argumentos de Schmitt, Kelsen alegou que esta suposta "renovação" de Schmitt tem base no princípio monárquico, pois estaria aplicando ao Chefe de Estado republicano o que sustentava o poder monárquico, o *pouvoir neutre* de Benjamin Constant. Deste modo, Schmitt estaria seguindo a ultrapassada tradição da monarquia constitucional do século XIX[10]. O monarca ser o defensor da constituição era um modo

[8] Tradução consultada: "*According to the available content of the Weimar Constitution, a guardian of the constitution already exists, namely the president of Reich*". (SCHMITT, 2015, p. 171).

[9] Tradução consultada: "[...] *the guardian and the preserver of the constitucional unity and wholeness of the German people. The existence and permanence of today's German state depends on whether this effort will suceed*". (SCHMITT, 2015, p. 173).

[10] Assim disse Kelsen (2003, p. 243): "Mais surpreendente ainda, porém, é que esse escrito tire do rebotalho do teatro constitucional a sua mais antiga peça, qual seja, a tese de que o chefe de Estado, e nenhum outro órgão, seria o competente guardião da Constituição, a fim de utilizar novamente esse

de amenizar a perda do seu poder na transição da monarquia absoluta para a Constitucional. Na verdade, isto gerava a própria ineficácia da garantia constitucional e mantinha a amplitude do poder monárquico.

Kelsen condenava o "poder neutro" do chefe do executivo e considerava tal posição ultrapassada. E assim escreveu Kelsen (2003, p. 243, grifo do autor):

> O que mais admira, porém, é que o mesmo escrito, que pretende restaurar a doutrina de um dos mais antigos e experimentados ideólogos da monarquia constitucional - a doutrina do *pouvoir neutre* do monarca, de Benjamin Constant - e aplicá-la sem qualquer restrição ao chefe de Estado republicano, tenha como autor o professor de direito público na *Berliner Handelshochschule*, Carl Schmitt, cuja ambição é mostrar-nos 'o quanto muitas formas e conceitos tradicionais estão estreitamente ligados a situações passadas, não sendo hoje mais nem sequer 'vinho velho para odres novos', mas sim apenas rótulos falsos e antiquados."

Kelsen escreve que o *pouvoir neutre* do chefe do Estado, nas mãos de Schmitt, vira um instrumento central da sua interpretação da Constituição de Weimar. É graças a isto que este considera que o guardião não pode ser do judiciário, mas apenas o presidente do Reich e realiza isto com base na própria Constituição. (KELSEN, 2003, p. 245).

Mas Kelsen questiona: como o Executivo pode julgar a constitucionalidade dos seus próprios atos? E como a guarda do executivo seria mais legítima que a legislativa e a judiciária? Na verdade, esta seria a menos adequada à garantia da Constituição, pois este teria grande oportunidade para abusar deste poder.

Kelsen também é incisivo contra a posição de Schmitt sobre a suposta neutralidade do judiciário, sendo a função jurisdicional e a

já bem empoeirado adereço cênico na república democrática em geral e na Constituição de Weimar em particular".

função política distintas e não conciliáveis na separação dos poderes. Se o poder judiciário não realiza atos políticos, não poderia exercer a jurisdição constitucional.

Kelsen alega que, na verdade, o erro foi Schmitt ter por fundamento que a decisão judicial é mera aplicação da lei, um ato lógico-subsuntivo. Na realidade, de acordo com a própria teoria do Direito de Kelsen, o seu normativismo supera esta tradicional posição juspositivista, pois concebia as decisões como tendo um espaço discricionário, no qual uma dentre diversas interpretações possíveis seria adotada pelo magistrado – conforme sua famosa metáfora (eis um elemento narrativo) da moldura. Isto supera a posição de Schmitt. Assim diz Kelsen (2003, p. 250-251):

> 'Política' realmente é a função do legislador, em que submete os indivíduos à sua vontade e exerce um poder justamente pelo fato de obrigá-los a perseguir seus interesses dentro dos limites das normas que impõem, decidindo assim os conflitos de interesses, ao passo que o juiz, enquanto instrumento – e sujeito – de tal poder, apenas faz aplicar esse ordenamento criado pelo legislador. Tal concepção, contudo, é falsa, porque pressupõe que o exercício do poder esteja encerrado dentro do processo legislativo. Não se vê, ou não se quer ver, que ele tem sua continuação ou até, talvez, seu real início na jurisdição, não menos que no outro ramo do executivo, a administração.

Portanto, o juiz não é um autômato apolítico e, deste modo, não há contradição entre o controle de constitucionalidade e uma corte judiciária, já que esta também tem papel político. Toda sentença é um ato político. Assim, continua Kelsen (2003, p. 252):

> Todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses ou de poder, e portanto toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política, e todo conflito que seja qualificado como de interesses, de poder ou político pode ser decidido como controvérsia jurídica, contanto que seja incorporado pela questão sobre se a pretensão que um Estado ergue em relação a outro e que este se recusa a

> satisfazer - nisto consiste todo conflito - está fundamentada no direito internacional ou não.

Kelsen chega a dizer que a autorização legislativa do juiz decidir interesses contrastantes entre si a favor de um lado já é lhe conferir poder de criação de direito, tendo o mesmo caráter político, mesmo que em menor medida, que o legislativo. Portanto, "Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa". (KELSEN, 2003, p. 251).

Novamente cito Kelsen (2003, p. 253):

> A função de um tribunal constitucional tem um caráter político de grau muito maior que a função de outros tribunais - e nunca os defensores da instituição de um tribunal constitucional desconheceram ou negaram o significado eminentemente político das sentenças deste - mas não que por causa disso ele não seja um tribunal, que sua função não seja jurisdicional.

Kelsen recusa a concepção de que a decisão judicial está contida na lei, sendo apenas deduzida por um raciocínio lógico, aplicativo. A jurisdição não acontece por um "automatismo jurídico". (KELSEN, 2003, p. 258). Ele também diz que Schmitt ignora que, na Áustria, há mais dez anos, funcionava uma jurisdição constitucional perfeitamente organizada. (KELSEN, 2003, p. 261).

O "modelo austríaco" proposto por Kelsen tinha por objetivo garantir a Constituição, o Estado de Direito e a proteção às minorias. Para garantir a Constituição em uma República democrática sem que esta cedesse às maiores políticas ou a um Presidente, a jurisdição Constitucional seria a melhor forma de realizar a guarda constitucional. Apenas com a jurisdição constitucional seria garantida a pluralidade de valores e opiniões em uma democracia. (KELSEN, 2003, p. 148).

Kelsen, curiosamente, realiza certa concessão e considera válida a preocupação de Schmitt com o grande poder que o magistrado teria ao poder criar direito novo. A este problema, Kelsen alega que, para restringir o poder dos magistrados (ou seja,

reduzir seu caráter político), deve-se limitar a sua discricionariedade que a lei os garante. Ou seja, que o legislador evite termos vagos e seja mais preciso, já que toda vagueza será preenchida pelo judiciário. (KELSEN, 2003, p. 262).

Feito este recorte de pontos centrais do debate ocorrido entre os anos de 29 e 31, importa sintetizar as ideias por uma oposição que nos encaminhará aos elementos que relacionam o debate ao verdadeiro objeto desta pesquisa, a identidade pessoal e coletiva, o seu caráter narrativo. Isto será feito pela relação entre poder e direito assumida pelos dois autores.

Poder e direito são duas faces da mesma moeda. Há as teorias que subordinam o direito ao poder e as que subordinam o poder ao direito. As primeiras identificam o Estado com um sistema de poder que toma as decisões coletivas e estabelece as normas de convívio social, ou seja, o direito. O poder cria o direito e, portanto, prevalece sobre este; o poder é o fundamento de validade do direito. Já as que subordinam o poder ao direito compreendem o Estado como um sistema ordenado de normas estruturadas hierarquicamente que derivam de uma norma superior. Esta norma superior seria o fundamento de validade do ordenamento jurídico e da legitimidade do poder político. O poder político emanaria do direito, pois este que institui e regula o poder. Deste modo, o fundamento estaria no poder soberano (poder de poderes) ou na norma fundamental (norma de normas). Estes dois elementos visam a fechar o sistema; o primeiro com primazia do poder, e o segundo com primazia da norma. (CÓRDOVA VIANELLO, 2007, p. 272-273).

Nestes dois modelos, podemos enquadrar normativismo kelseniano e o decisionismo schmittiano. Para Kelsen, o direito é o principal instrumento de organização social e de controle da força. Kelsen identifica o Estado com o ordenamento jurídico, no qual as categorias da política se resolvem em categorias jurídicas. Para Schmitt, o direito é produto da decisão política de quem detém o poder. Assim, o direito resolve-se no político, na vontade política.

Na tradição do Estado de direito burguês, o poder é instituído e regulado pelo direito, mas, para Schmitt, esta não é a maneira adequada de compreender a relação entre direito e poder. Esta se percebe na crise, no estado de exceção, no extraordinário que coloca a unidade do povo em prova. Para Schmitt, a Constituição seria a decisão fundamental sobre a forma de unidade política de um povo, como resultado de sua compreensão organicista. (CÓRDOVA VIANELLO, 2007, p. 280).

A Constituição, para Schmitt, não é um conjunto de normas que estabelece os princípios fundamentais que regulam a vida social, mas é a expressão da alegada unidade de um povo, a qual "[...] adquiere conciencia de su existência colectiva". (CÓRDOVA VIANELLO, 2007, p. 281). Portanto, guardar a Constituição não é manter a regularidade, a constitucionalidade do conjunto de normas, mas proteger a unidade e existência política de um povo – há uma conotação existencial mesmo.

Percebe-se que, para Schmitt, a Constituição está para além das normas positivas, mas, mesmo que as suas normas percam eficácia, há uma importante questão de identidade presente: ela é a manifestação da unidade de um povo e por este deve ser protegida além da questão normativa.

Kelsen defende um ordenamento jurídico voltado para uma sociedade pluralista. O pluralismo é um fato que deve ser reconhecido e, ao mesmo tempo, representa um valor a ser protegido. (CÓRDOVA VIANELLO, 2007, p. 281). A Constituição, deste modo, é um conjunto de regras que permitem a convivência pacífica dos indivíduos em suas divergências políticas, religiosas etc. A política é, portanto, a busca de convivência pacífica.

Há uma diferença conceitual sobre o político para Schmitt. A este, é parte fundamental da política o conflito. O ato eminentemente político, para Schmitt, é definir o inimigo. Ele crê no pluralismo como uma enfermidade que dissolve a unidade do povo. O povo, para o liberalismo, é uma soma de indivíduos, mas para Schmitt é um sujeito coletivo, unido por reconhecimento de

vínculos afetivos, com que permite se identificar e diferenciar. Portanto, a possibilidade do pluralismo é a dissolução da unidade do povo e a diferença deve ser excluída; é a fragmentação, a morte política. O povo é uma massa homogênea que só existe se distinguindo de outros povos. (CÓRDOVA VIANELLO, 2007, p. 281-282).

Estabelecemos qual era o momento do constitucionalismo durante a Constituição de Weimar, estabelecemos o que foi o debate entre Kelsen e Schmitt e colocamos a relação com a identidade do povo como um ponto fundamental para o debate constitucional. Feito isso, iremos agora pormenorizar esta relação com a identidade e utilizar de recursos narrativos para ir além das posições políticas e jurídicas do autor, mas buscar, nestes dois extremos, encontrar a mesmidade e a ipseidade para compreender elementos narrativos da constituição.

3.2 Unidade do Povo e Constituição Democrática em Carl Schmitt

É importante retornarmos a esta parte buscando compreender o que é a Constituição para Schmitt. Deste modo, retiraremos o foco do problema político de não ter um guardião, mas compreenderemos o que é a Constituição e o seu caráter democrático, já que este, na obra *Teoria da Constituição*, de 1928, não apenas tratou de um tema constitucional, mas pretendeu construir um sistema, uma teoria abrangente para explicar o fenômeno constitucional. Faremos isto unicamente a partir das intercessões entre a Constituição e a identidade da nação.

É importante ressaltar que Schmitt não escreveu uma teoria do Estado (*Staatslehre*), mas uma teoria da constituição (*Verfassungslehre*). Isto aconteceu justamente por Schmitt ser um crítico do Estado moderno, acreditando que o Estado havia perdido o monopólio do político, o que só é possível em Schmitt por acreditar que o Estado pressupõe o político. Como o político se perdia nas teorias do

Estado, Schmitt desenvolveu uma teoria da Constituição, na qual a Constituição seria a maneira concreta de ser resultante de uma unidade política existente. Deste modo, a teoria da Constituição seria a aplicação do conceito do político; e o político é a afirmação da identidade de um povo em relação ao inimigo. (BERCOVICI, 2006, p. 88).

Schmitt inicia a sua teoria dizendo que a palavra Constituição possui vários sentidos. Mas este limita o sentido que usará à Constituição do Estado, que para ele é a Constituição da unidade política de um povo. A Constituição significa "[...] la situación total de la unidad y ordenación políticas". (SCHMITT, 1996, p. 29). Também pode representar uma unidade ideal enquanto sistema fechado de normas. Nestes dois casos, o conceito de Constituição é absoluto, pois oferece um todo.

Entretanto, à época de seu escrito, ele alegou que dominava a concepção de que a Constituição era uma série de leis de certo tipo. Ou seja, a Constituição era o mesmo que a lei constitucional. Assim, esta não afetava a todos, mas apenas partes da unidade. Todavia, Schmitt (1996, p. 30) fala sobre a Constituição em sentido absoluto e é enfático que "Constitución en sentido absoluto puede significar, por lo pronto, la concreta manera de ser resultante de cualquier unidad política existente." A Constituição é, portanto, a concretude da unidade política e ordenação social de um Estado.

Deste modo, a existência de uma Constituição não é uma opção, uma construção política advinda do contratualismo moderno. Schmitt (1996, p. 30) diz que "El Estado no tiene una Constitución «según la que» se forma y funciona la voluntad estatal, sino que el Estado es Constitución, es decir, una situación presente del ser, un *status* de unidad y ordenación". A Constituição, portanto, é a alma do Estado, todo Estado existe por uma Constituição. O que menos importa é a qualidade do seu texto normativo, positivo. Compreender a Constituição, a partir disto, é uma grande confusão. (SCHMITT, 1996, p. 35).

Não há sistema constitucional que se limite à natureza normativa. Não se pode conferir unidade a uma série de princípios

particulares, de leis constitucionais que não surgem de uma vontade unitária. O conceito de ordenação jurídica contém dois elementos distintos, o elemento normativo do direito e o elemento real da ordenação concreta. Para Schmitt, a unidade e a ordenação estão na existência política, concreta do Estado e não em leis ou na normatividade. (SCHMITT, 1996, p. 35).

Esta compreensão da Constituição seria o Conceito relativo de Constituição. Neste, a Constituição é compreendida pelas leis constitucionais concretas (positivadas), e as leis constitucionais são consideras assim por elementos formais, de hierarquia legislativa. Há, portanto, uma pluralidade de leis formais, mas não há compromisso com unidade. (SCHMITT, 1996, p. 37).

Se estas leis são criadas por uma assembleia constituinte dedicada a isto, a unidade das prescrições não está no seu conteúdo, na matéria, mas na vontade política que as faz normas constitucionais e que as fundamenta. Deste modo, "En todos los países con Constituciones escritas se tiene hoy, en realidad, sólo una pluralidad de leyes constitucionales escritas". (SCHMITT, 1996, p. 40). Neste aspecto formal, reduzindo a Constituição a leis constitucionais, perde-se completamente o conceito de Constituição, pois é uma pluralidade deliberando e atendendo a interesses diversos.

Ele, então, utiliza o conceito positivo de Constituição: como decisão sobre modo e forma de unidade política, a partir da sua distinção para leis constitucionais. Assim, diz Schmitt (1996, p. 46):

> Não é, portanto, que a unidade política surge porque se tenha 'dado uma Constituição. A Constituição, em sentido positivo, contém apenas a determinação consciente da forma concreta de conjunto por qual se pronuncia ou decide a unidade política[11].

[11] Na tradução consultada: "*No es, pues, que la unidad política surja porque se haya «dado una Constitución». La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política*". (SCHMITT, 1996, p. 46).

Deste modo, as leis constitucionais não devem ser válidas por terem seguido um mecanismo legislativo, mas por terem a validade pautada em uma decisão política prévia e adotada pela autoridade política. A unidade política tem a sua razão de existência independente do direito e da justeza das normas.

A essência da Constituição não está nunca nas leis escritas, nas normas. As determinações da Constituição de Weimar não são o conteúdo da Constituição no sentido schmittiano. Já as frases como "el pueblo alemán se há dado esta Constitución", "el poder del Estado emana del Pueblo", "el Reich alemán es uma República" não são normatizações. Mas são as decisões políticas concretas que constituem a forma política de ser do povo alemão e são o pressuposto básico de todas as normatizações, as leis constitucionais. Isto que faz a Constituição de Weimar ser, de fato, uma Constituição e não as particularidades das regulações legais. (SCHMITT, 1996, p. 48).

Na verdade, estes princípios, programas que foram enxertados no texto da Constituição são compromissos que não têm decisão alguma, são resultados da política de coalisão que buscou contornar, burlar a Constituição, pois injeta, no documento constitucional, questões que não deveriam estar lá. São, portanto, um grande problema. (SCHMITT, 1996, p. 52).

Mas estes princípios estão em outro conceito de constituição, o conceito ideal de Constituição, que é o conceito de Constituição do Estado de Direito. Neste, a Constituição é um sistema de garantias para a liberdade burguesa (SCHMITT, 1996, p. 66).

Esta constituição iguala o Estado constitucional ao Estado de Direito burguês. Esta Constituição tem como fundamento uma decisão pelas liberdades burguesas: liberdade pessoal, propriedade privada, liberdade contratual etc. O Estado é um servidor para a sociedade, tendo, muitas vezes, identidade como estas garantias fundamentais – como veremos em Kelsen. Mas este Estado continua sendo um Estado, mesmo que por outros motivos. Nenhuma Constituição é puramente um conjunto de normas para proteger o

indivíduo frente ao Estado. O que caracteriza o Estado de Direito é, portanto, apenas uma parte do que é a Constituição moderna, que não é a essência da Constituição. Não se pode despolitizar o Estado de Direito e subordinar o Estado ao Direito. (SCHMITT, 1996, p. 137).

Conceituados os tipos de Constituições, Schmitt trata sobre o poder constituinte e diz que a nação é sujeito do poder constituinte. Eis o caráter democrático da Constituição. Ele coloca que, muitas vezes, são usadas com mesmo o significado as palavras povo e nação, mas nação "[...] es más expresiva e induce menos a error" (SCHMITT, 1996, p. 96), pois designa o povo como unidade política capaz de agir e consciente da sua singularidade política, já o povo pode não existir como nação, sendo uma associação de homens por motivos não-políticos no sentido schmittiano. Diante disso, sustenta que "La doctrina del Poder constituyente del pueblo presupone la voluntad consciente de existencia política, y, por lo tanto, una Nación". (SCHMITT, 1996, p. 96). Portanto, esta nação que constitui a sua identidade.

O pressuposto essencial da sua concepção de democracia seria a igualdade substancial. A democracia teria ligação com "representações de identidade", seja entre governante e governado, Estado e povo, dentre outras. Estas diferenciações identitárias resultariam da igualdade substancial, pois todos os cidadãos seriam iguais, mas diferenciam-se objetivamente por funções, mas não pela natureza de cada um. Deste modo, quem exerce o poder não é superior ao povo, porém sua decisão liga-se diretamente à vontade do povo. Então a representação democrática, para Schmitt, é uma identidade entre a vontade do povo e o exercício do poder, ao contrário da democracia-representativa liberal. Conforme diz Schmitt (2006, p. 231), "[...] la diferencia entre representantes y representados no se torna aquí en cuenta, pues representados no son los gobernados, sino la unidad política como un todo."

É importante esclarecer que, segundo Ferreira (2006, p. 190-191), sustentar uma igualdade democrática como similaridade entre os membros de um povo não significa necessariamente que Schmitt defenda um "povo" como uma entidade naturalmente dada. A

concepção política schmittiana não permitiria conceber o povo como algo natural, pois a diferenciação necessária à igualdade acontece por um processo particular de construção existencial da identidade, movido pela associação/dissociação característicos do político. Assim, a unidade política não é algo natural, mas fruto de uma decisão humana.

Sobre a legitimação democrática da Constituição, diz-nos Schmitt (1996, p. 104):

> Uma Constituição é legítima, isto é, reconhecida, não apenas como uma situação de fato, mas também como ordenação jurídica – quando a força e autoridade do poder constituinte em que repousa a decisão é reconhecida. A decisão política sobre o modo e forma da existência estatal, que integra a substância da Constituição, é válido porque a unidade política da qual a Constituição trata existe e o sujeito do poder constituinte pode definir o modo e forma desta existência. Não necessita se justificar em uma norma ética ou jurídica; tem seu sentido na existência política. Uma norma não seria adequada a fundar nada aqui. O modo especial da existência política não necessidade nem pode ser legitimado[12].

Portanto, a Constituição não pode ter o seu núcleo no pluralismo[13], pois isto é o oposto à unidade. Deste modo, uma Constituição pluralista não é democrática. Isto é dar poder decisório a quem não tem vontade política – eventualmente a um inimigo. (SCHMITT, 1996, p. 270). Para responder a quem tem poder

[12] Na tradução consultada: "*Una Constitución es legítima esto es, reconocida, no sólo como situación de hecho, sino tamo bién como ordenación jurídica- cuando la fuerza y autoridad del Poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida. La decisión política adoptada sobre el modo y forma de la existencia estatal, que integra la sustancia de la Constitución, es válida, porque la unidad política de cuya Constitución se trata, existe, y el sujeto del Poder constituyente puede fijar el modo y forma de esa existencia. No necesita justificarse en una norma ética o jurídica; tiene su sentido en la existencia política. Una norma no sería adecuada a fundar nada aquí. El especial modo de la existencia política no necesita ni puede ser legitimado.*" (SCHMITT, 1996, p. 104).

[13] Assim diz Fioravanti (2001, p. 159) sobre a questão: "*Por este motivo el principal adversario de la constitución democrática es el gran proceso histórico, evidente a lo largo del siglo XX, de articulación de la socieadad civil y política en sentido pluralista, que en esta línea se ve como algo que continuamente corroe y pone en discusión la unidad del pueblo soberano representada en la constitución.*"

decisório e quem não tem, precisamos recuar na filosofia política de Schmitt e tratar da distinção amigo-inimigo, elemento fundamental do ato político.

Se quem decide se reduz à maioria, ao maior número de votos (mediante sufrágio secreto), isto é o mesmo que a maioria não decidir nada para Schmitt. O método quantitativo, para definir a maioria, para definir o que decide o povo alemão, é apenas um meio político com limitada autorização e eficácia para incluir todos nas decisões estatais. É fragmentar e enfraquecer a própria autonomia do povo e do Estado. (SCHMITT, 1996, p. 270-272).

A identidade, para Schmitt, está ligada a uma igualdade política, a qual depende da definição do binômio amigo/inimigo; seria necessária à democracia, para dar sentido político à sociedade, a definição da homogeneidade do povo e a definição do outro, o inimigo que, se necessário, deverá ser eliminado. (FERREIRA, 2006, p. 187). O princípio democrático da identidade, para Schmitt, significa que a identidade característica da democracia necessita da afirmação de uma diferença, de um inimigo, da exclusão do outro que se assume a identidade consigo mesmo. Para a existência e manutenção da similaridade de um povo, é necessária a neutralização dos conflitos internos, que também é essencial para a estruturação normativa da sociedade. Excluindo a possibilidade de uma resistência política, grupos brigando pelo poder no interior do povo, a igualdade substancial torna-se o modo normal da normatividade e a definição dos papéis sociais nos quais há regulações de conflitos. (FERREIRA, 2006, p.187-191).

Para Schmitt (1983, p. 130), a Constituição é a decisão conjunta de um povo sobre sua existência política. E esta Constituição seria, portanto, democrática quando "[...] ha sido querida por el pueblo soberano, que en ella aparece como unidad política capaz de decidir sobre su proprio futuro". (FIORAVANTI, 2001, p. 159).

O que Schmitt chama de unidade política seria, conforme Bercovici (2006, p. 86), "A unidade suprema por decidir por si mesma e ser capaz de impedir todos os demais grupos sociais

opostos de se dissociarem em face do antagonismo extremo (guerra civil)." E, em Weimar, haveria um "pluralismo dos conceitos de legalidade", que acabaria com o respeito à Constituição, transformando-a em algo disputado, aberto a várias interpretações e em dúvida, em vez de ser a segurança, a base comum estatal. (GODOY, 2010, p. 30).

Schmitt (2007, p. 80), então, compara a essência da Constituição com o seu caráter contratual que estava sendo muito defendido:

> Contudo, deve-se afirmar que uma Constituição, baseada em um ato de poder constituinte do Povo, deve ser algo essencialmente diferente de um pacto social, uma contrato social. O princípio democrático do poder constituinte do Povo leva à necessidade de que a Constituição surja através de um ato do povo politicamente capacitado. O povo deve existir e ser suposto como uma unidade política, se é para ser sujeito do poder constituinte. Pelo contrário: as construções de um contrato social (*Sozial*) da sociedade (*Gesellschaft*) ou estado (não há necessidade de discutir aqui as diferenças destes 'contratos'), servem para fundar a unidade política do povo[14].

Para falar da Constituição, não se pode pensá-la apenas como um contrato. Se o Estado não é uma unidade (uma homogeneidade, um povo), ele está (de modo pluralista) baseado num contrato, num compromisso de várias partes. (SCHMITT, 2015, p. 120).

A Constituição de Weimar mantém, para Schmitt, a ideia democrática de homogeneidade, indivisibilidade do povo alemão, que criou para si esta constituição, que se conforma. Deste modo,

---

[14] Na tradução consultada: "*Sin embargo, hay que afirmar que una Constitución, basada en un acto del Poder constituyente del Pueblo, tiene que ser algo en esencia distinto de un pacto social, un control social. El principio democrático del Poder constituyente del Pueblo lleva a la necesidad de que la Constitución surja mediante un acto del pueblo políticamente capacitado. El pueblo tiene que existir y ser supuesto como unidad política si ha de ser sujeto de un Poder constituyente. Por el contrario: las construcciones de un contrato social (Sozial) de sociedad (Gesellschaft) o del Estado (no hay que discutir aquí las diferencias de estos «contratos»), sirven para fundar la unidad política del pueblo*." (SCHMITT, 2007, p. 80).

toda interpretação da Constituição de Weimar, como contrato, violam o próprio espírito da Constituição. (SCHMITT, 2015, p.122).

Em suma, estas são as características centrais do caráter democrático da Constituição em Schmitt, sempre se relacionando com a unidade nacional em oposição à dissolvição em uma sociedade pluralista e conflitante, com risco de guerra civil.

3.3 Pluralismo e Constituição Democrática em Hans Kelsen

Primeiramente, vamos buscar a noção de Constituição de Hans Kelsen para chegarmos no seu caráter democrático e pluralista. Para ter claro o que é uma Constituição, Kelsen que diz que unicamente a teoria da estrutura hierárquica (*Stufenbau*) permite isto. Há uma hierarquia de normas jurídicas e, das normas postas, a Constituição é a superior. (KELSEN, 1974, p. 476).

Mesmo com múltiplas modificações, as constituições conservam um núcleo permanente, que é "[...] la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidade constituída por esse orden". (KELSEN, 1974, p. 476). Portanto, a constituição é sempre o fundamento do Estado e a base do ordenamento jurídico; e este ordenamento é a essência da comunidade, pois a constitui. É onde se expressa o equilíbrio das forças políticas, a norma que regula a criação de outras normas.

Mas as Constituições não se limitam a isto. As que regem mais do que apenas isto, com normas regulando outros elementos, são as Constituições em sentido amplo. Isto ocorre com os direitos fundamentais. E isto é definir, primordialmente, os princípios e direções para o conteúdo das futuras leis, para que estas não infrinjam liberdades fundamentais. Garante-se, assim, a igualdade diante da lei, a liberdade de consciência, a propriedade. A Constituição define que as leis não apenas devem seguir o procedimento, mas não contrariar estes princípios fundamentais. Deste modo, não é apenas uma regra procedimental, mas também

de fundo. Por isso, há a inconstitucionalidade formal e material das leis. Sendo que, na verdade, a material também é formal, pois, em desconformidade com a Constituição, previa que fosse criada. (KELSEN, 1974, p. 477).

Mas Kelsen (1974, p. 478) reconhece que a Constituição acaba tendo a sua noção estendida, pois estes princípios também acabam por guiar a interpretação das leis. De tal modo que também podem haver leis constitucionais com aplicabilidade imediata. Isto estaria na constituição em sentido material, segundo a concepção kelseniana. Isto integra o que Kelsen (1974, p. 479) chama de três partes fundamentais nas Constituições dos Estados modernos: Separação dos poderes, regras legislativas e catálogo de direitos fundamentais.

Vamos tratar, então, do caráter democrático da Constituição.

Para Kelsen, a Constituição democrática é a que, desde a revolução francesa, assumiu a tarefa de remover todo poder privado de um fundamento normativo, da atribuição formal de competências pelas normas constitucionais. Kelsen (2003, p. 240) escreveu que "A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder." É, portanto, a Constituição que afirma o necessário fundamento jurídico de todo poder. Democrática por excluir poderes autocráticos. É democrático o regime no qual todos os poderes estão submetidos às normas constitucionais. (FIORAVANTI, 2001, p. 154-155).

Esta noção é a base da concepção democrática para Kelsen, que se fundamenta numa liberdade individualista, da tradição liberal, cujo sentido leva a crer que a liberdade precisa de uma independência em relação aos vínculos e determinações sociais; ou seja, uma autonomia do indivíduo. (FERREIRA, 2006 ,p. 164).

Neste sentido, o princípio democrático corresponderia que haja a maior liberdade possível, que seria a menor oposição possível entre a vontade geral, o ordenamento, e a vontade dos indivíduos que estão submetidos ao Estado, ao ordenamento. Essa constituição

seria uma Constituição pluralista, enquanto valor basilar da constituição democrática. (FIORAVANTI, 2001, p.155-156).

O fundamento do pluralismo, para Kelsen, está no relativismo axiológico, pois este acredita que não seria possível haver valores políticos absolutos que guiem uma nação. Qualquer projeto político que se apoiasse em uma verdade superior que estabelecesse fins sociais, um sentido que estivesse sobre todos seria uma autocracia. Por isto, Kelsen possuía um pensamento político no qual as minorias devem ter voz e representação no parlamento, inclusive existindo a possibilidade de a minoria tornar-se maioria. (FERREIRA, 2006, p. 163).

No seu livro *A Democracia*, Hans Kelsen esclarece-nos diversos elementos sobre a sua compreensão de liberdade e outros elementos que formam o seu pensamento constitucional.

Assim, Kelsen (2010, p. 35, grifo nosso) define-nos democracia:

> A democracia, no plano da ideia, é uma forma de Estado e de sociedade em que **a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo**. Democracia significa **identidade entre governantes e governados**, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo e sobre o povo. **Mas quem é esse povo? Uma pluralidade de indivíduos, sem dúvida. E parece que a democracia pressupõe, fundamentalmente, que essa pluralidade de indivíduos constitui uma unidade, tanto mais que, aqui, o povo como unidade é – ou teoricamente deveria ser – não tanto objeto, mas principalmente sujeito do poder**.

Apenas este trecho já suscita muitos temas centrais para a relação da democracia com a identidade do povo: a vontade geral do povo; identidade entre governantes e governados; povo como pluralidade de indivíduos; pluralidade de indivíduos constitui uma unidade. O povo é uma expressão que subsiste à pluralidade por ser pensado apenas do ponto de vista jurídico, aos que se submetem ao

ordenamento jurídico. Portanto, esta unidade do povo[15] é apenas em sentido normativo e não em termos éticos, religiosos, culturais etc. (KELSEN, 2010, p. 36).

Portanto, a sua vontade está fundada no princípio da maioria e a sua participação é por meio da representação[16]. Mas esta maioria não está autorizada a qualquer ação, pois poderia oprimir uma minoria com facilidade. Portanto, "[...] A existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por consequência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria." (KELSEN, 2010, p. 67). Proteger a minoria é a função dos direitos fundamentais ou direitos do homem e do cidadão que as constituições modernas e democráticas garantem.

Kelsen pensa a constituição desligada dos ideias revolucionários e de poder constituinte do povo, mas a pensa sobretudo como um processo histórico de diversos atores, forças sociais, que buscam regras para um ponto de equilíbrio social. Não é fruto de um poder soberano, mas de um processo de mediação no meio destas forças todas. É no parlamento que estas forças todas atuam, pois abarca a pluralidade de interesses. Isto por diálogo e com a intenção de representar um interesse geral. Eis a importância dos partidos políticos nestes diálogos, pois estes estão presentes de acordo com os votos da população. E não deve haver exclusão política, pois é importante que todos os grupos estejam representados. (FIORAVANTI, 2001, p. 156-157).

A Kelsen, desta maneira, a representação parlamentar, o diálogo e compromissos gerados desta são essenciais para a democracia como este concebe, de tal maneira que, sem esta mediação parlamentar, não seria possível existir nenhuma

[15] "O 'povo' não é – ao contrário do que se concebe ingenuamente – um conjunto, conglomerado, por assim dizer, de indivíduos, mas, simplesmente, um sistema de atos individuais, determinados pela ordem jurídica do Estado". (KELSEN, 2010, p. 36).

[16] Assim explica Kelsen (2003, p. 280): "Pois do fato de que 'a Constituição de Weimar é uma decisão política do povo alemão unitário enquanto detentor do poder constituinte' - sendo que, em verdade, essa Constituição é a resolução de um Parlamento cuja identidade com o 'povo alemão unitário' só pode ser afirmada mediante a ficção da representação".

constituição democrática. É necessário que a constituição não possua donos que tenham sua interpretação autêntica, verdadeira, mas as "verdades" geradas nos compromissos. (FIORAVANTI, 2001, p. 156-159).

A democracia, para Kelsen, portanto, não adota qualquer concepção de vida boa. A democracia é apenas um método de criação da ordem social, mas não se refere a um conteúdo, na verdade, faz parte desta compreensão de democracia que não haja definição de vida boa elencada pelo Estado, mas que todos tenham as liberdades básicas para buscar as suas concepções de vida boa.

Para Kelsen (2010, p. 105), acreditar na existência da verdade e de valores absolutos é uma concepção metafísica e místico-religiosa do mundo. Todavia, negar isto, ou seja, que o acesso à verdade nunca é completo, significa que nossas verdades são relativas, parciais como o sujeito que as descobre. Qualquer valor, portanto, pode ser substituído por outro valor. Esta é a posição criticista e positivista do mundo, a direção da filosofia e da ciência que parte do positivismo, ou seja, do dado, do perceptível, da experiência, que pode sempre mudar e que muda incessantemente, não sendo possível o absoluto ou transcendente. Acreditar em uma concepção metafísico-absolutista é ter uma posição política autocrática, sendo a relativista uma posição democrática[17].

Por isso que a maioria, na democracia, não pode limitar direitos das minorias. O regime democrático deve julgar de igual maneira a vontade política de cada um e respeitar cada credo, opinião etc. Este é o princípio da tolerância. (KELSEN, 2010, p. 105).

Portanto, esta constituição democrática é necessariamente pluralista. Contra a tradição de Rousseau, a constituição democrática não é a desejada por um povo por meio de seu poder constituinte originário. Este povo seria uma "abstração", inaceitável, pois não corresponde a nenhuma experiência concreta das

[17] Assim diz Kelsen (2010, p. 107): "Este é o sentido exato do sistema político que denominamos democracia e que pode ser oposto ao absolutismo político apenas porque é expressão do relativismo político".

constituições de seu tempo. Estas não são democráticas por virem de um "sujeito", mas por não terem um autor e estar livre de ser algo próprio de alguém, o qual este sujeito pode dispor. É democrática por não ter dono, ninguém pode ditar a sua interpretação autêntica de modo soberano. (FIORAVANTI, 2001, p. 155-156).

Kelsen não poderia aceitar ideias como "povo", "nação", "unidade", sendo termos chave em um projeto político[18]. Como Kelsen acredita no já dito relativismo axiológico e possui uma posição liberal, não pode concordar com a existência de uma unidade ou povo unitário, muito menos a identidade entre governantes e governados; haveria, na verdade, grupos plurais. É interessante resgatar que, na tradição liberal, o indivíduo precede o Estado. Ou seja, são direitos do homem enquanto homem, dissociado do homem enquanto membro de uma comunidade política concebida como fonte de direitos positivos.

3.4 Constituição, Identidade do Povo e Narrativa Democrática: Mesmidade e Ipseidade em Schmitt e Kelsen

Nestes desenvolvimentos sobre Carl Schmitt e Hans Kelsen, muito apareceu a questão da interpretação da Constituição, principalmente pela discussão de a quem isto compete em última instância. No entanto, falaremos agora de uma interpretação outra

[18] Como não há a possibilidade de pautar decisões políticas em termos de "Povo" ou qualquer elemento que envolva "unidade", o único elemento que forma uma identidade democrática entre governantes e governados seria o compromisso. Elemento essencial para o compromisso é que a minoria e a maioria devem ter a capacidade de compreender-se e, para isto, é necessário que a nação plural possua uma língua comum. Ou seja, é necessária uma base comum para que o compromisso faça sentido e seja compartilhada tanto pela maioria quanto pelas minorias, alguma coisa que exista previamente, que não é uma unidade, mas que permite a fala e o entendimento, a promessa e o compromisso, que é a pertença a uma comunidade ética, a uma mesma língua moral. Ferreira (2006, p. 172-173) comenta que esta parte é obscura nos escritos de Kelsen, pois como se pode falar disto numa perspectiva de relativismo axiológico? Como podemos fundar o compromisso em uma língua e valores compartilhados e conciliar isto com o relativismo Kelseniano? Ferreira não encontra resposta clara, pois mesmo vislumbrando hipóteses, acaba soando contraditório existirem elementos anteriores à democracia que serviriam de base para os compromissos democráticos.

da Constituição, não enquanto espaço interpretativo para o juiz ou como aplicação pelo método subsuntivo, mas da interpretação ligada à nossa condição existencial, na qual vivemos interpretando o mundo e as histórias que contam sobre nós mesmos, na qual a Constituição é uma narrativa que nos coloca em cena, em certo contexto, coloca-nos em uma intriga, segundo o exposto inicialmente no primeiro capítulo. Portanto, o objetivo deste subcapítulo é colocar em diálogo os aportes narrativos do primeiro capítulo e a relação da Constituição com a identidade a partir do debate Kelsen-Schmitt exposto neste segundo capítulo.

Como esta questão não será exposta com base unicamente na interpretação das obras de Kelsen e Schmitt, mas interpretando o debate e as posições dos autores a partir das referências de narrativa e identidade ipse e idem, este subcapítulo já inicia o núcleo propositivo deste trabalho, o qual, após as amarras inicias serem expostas aqui, será aprofundado no terceiro capítulo.

Conforme exposto no capítulo anterior, Ricoeur questionou se não fazemos das vidas humanas mais compreensíveis quando interpretadas a partir das histórias que as pessoas contam a seu respeito. Com esta hipótese, tentaremos dar certa inteligibilidade ao tema constitucional por meio de um modelo narrativo, emprestado da história e da ficção. Assim, será relacionado o "si" (enquanto consciência que só se compreende e se constitui na cultura, na interpretação da pluralidade das representações culturais[19]) com a Constituição como uma das narrativas fundamentais que o coloca em intriga, constitui-o. Isto acontece de modo que, relembrando Ricoeur (1991, p. 176): "É a identidade da história que faz a identidade do personagem". A Constituição é a intriga fundamental à política e à nossa vida, pois nela estão colocados sentidos,

[19] O ser cujo modo de ser é interpretando. A interpretação enquanto modo básico de estar no mundo, original em relação à interpretação científica. A nossa identidade não é imediata, mas uma constante reconstrução pelas obras que testemunham nosso esforço de existir. Devemos nos perder nestas obras, nestas narrativas. Eis o local da Constituição.

objetivos, permissões e restrições, o espaço de ação dos personagens, dos que agem neste Estado.

Existir uma Constituição, uma intriga constitucional, cria uma necessidade narrativa. É a partir das aberturas e limitações constitucionais que os personagens poderão realizar as suas ações. A Constituição do político é a inteligência que narra elementos fundamentais de um povo. E a identidade dos personagens (de cada pessoa deste povo) é desenvolvida dentro desta intriga, desta narração. É por meio disto que saberemos como podemos e como não podemos agir; é a partir disto que saberemos qual a nossa relação e quais os deveres dos nossos representantes políticos e, contemporaneamente, no caso da Constituição brasileira, é a partir dela, que saberemos quem é sujeito de direito, quem pode casar, que ninguém deve ser discriminado por raça, religião, gênero, que há o direito de protestar contra o governo, que os estrangeiros devem ser tratados com igualdade perante a lei etc.

Percebemos, claramente, que somos colocados em intriga: eis o espaço de nossa ação política, social e familiar. Todas as nossas ações estão limitadas ou ao menos são afetadas pela Constituição do Estado em que vivemos. Em diferentes Constituições, as mesmas ações ou pessoas têm sentido distinto. O estrangeiro tem tratamento diferenciado; pessoas já foram escravos – não cidadãos; os trabalhadores podem não ser protegidos; as mulheres já tiveram o direito ao voto e à cidadania negados; ser homossexual ainda é crime em diversos países. Tudo isto, que são considerações políticas fundamentais para um Estado, afeta a narrativa individual de todos. Há, também, as narrativas religiosas, ético-familiares, de identidades regionais etc. Porém, todas estas estão limitadas por valores e objetivos do Estado, objetivos unitários ao país inteiro. Meus preceitos religiosos não podem sobrepor, por exemplo, à liberdade de outros. Isto está estabelecido constitucionalmente.

Não à toa que há protestos, manifestações e mobilizações em torno de mudanças constitucionais, seja por emendas ou mudanças interpretativas. É a busca de uma nova intriga. Uma intriga em que,

por exemplo, a desigualdade racial seja reduzida; em que as mulheres sintam-se em igualdade aos homens; índios e quilombolas tenham suas terras respeitadas; que os pobres sejam preocupação das políticas públicas. Todas estas pautas e muitas outras desejam nos colocar em uma nova narrativa, dando novo sentido a estes personagens, a estas pessoas que agem e têm as suas ações reprimidas ou com sentido negativo pela sua condição enquanto personagem de uma intriga que os prejudica. O objetivo é que narremos de modo diferente, uma nova história oficial seja posta, colocando em igualdade uma classe narrativa que é marginalizada ou inferiorizada.

Importa retomar a seguinte citação de Ricoeur (1995b, p. 31):

> As histórias das vidas estão a tal ponto enredadas umas nas outras que a narração que cada qual faça ou receba da sua própria vida torna-se um segmento dessas outras narrações que são as narrações dos outros. Podemos então considerar as nações, os povos, as classes e as comunidades de todos os tipos como instituições que se reconhecem, cada qual para si e umas para as outras, pela sua identidade narrativa.

Isto acontece de tal modo que não existe narrativa neutra eticamente. Toda narrativa é um modo de narrar, uma seleção que dá certo sentido a pessoas, grupos, locais, dentre outros. Inclusive seleciona-se o que narrar e que não narrar, o que deve ficar na memória e o que deve ser esquecido. A narrativa pode também manipular, ser tendenciosa por interesses pessoas e políticos. Eis a dificuldade da narrativa oficial.

Estabelecida esta relação entre constituição e narrativa, vamos à questão da mesmidade e da ipseidade. Lembramos que a definição tradicional de identidade acontece por referência identificante, a atribuição de predicados, como o exemplo “Pedro é homem, estudante de direito etc.”. É graças a isto que podemos reunir diversos homens distintos nas categorias homem ou reconhecer os mais diferentes modelos de cadeiras como a mesma

coisa chamada cadeira. Esta é a identidade-idem ou mesmidade, que foi dominante na filosofia. Ricoeur, para tratar do tema identidade, resgata a importância da identidade-ipse ou ipseidade. A ipseidade é um modo de permanecer no tempo irredutível à relação de sujeito e seus predicados. Isto se dá, essencialmente, pela palavra mantida, a fidelidade à palavra dada. Por esta, eu me mantenho em algo que não se reduz a um adjetivo, uma coisa que faz parte de mim, mas mantenho a mim mesmo por uma promessa.

Diante de tantas oposições no pensamento constitucional de Carl Schmitt e Hans Kelsen, instauraremos agora uma nova. Diante da identidade pessoal, pensada como identidade narrativa, Carl Schmitt estaria ligado de modo mais forte à mesmidade e Hans Kelsen, à ipseidade.

Schmitt, conforme já exposto, define como objetivo político da Constituição a definição da identidade do povo por meio da oposição amigo-inimigo. Portanto, pela oposição de quem não somos, do inimigo, definimos quem somos, nossos objetivos e constituímos a unidade política do povo por via constitucional. Ao diferente, ao inimigo, à guerra e à repressão. Portanto, o foco dado por Schmitt é a homogeneidade, a caracterização dos indivíduos que são alemães e, portanto, possuem o poder constituinte e compõem a nação. Tendo estes o poder constituinte, a Constituição seria democrática. Assim, reúne-se uma pluralidade de pessoas, o povo sob o termo alemão.

Kelsen é um relativista axiológico, defende a sociedade pluralista. Portanto, repudia a caracterização do povo alemão a uma unidade; na verdade, repudia qualquer caracterização identitária, por entender que isto não deve existir em uma constituição democrática, pois esta deve ser neutra eticamente e apenas garantir as liberdades individuais para que cada um busque o seu próprio valor ético. Ser cidadão ou alemão é apenas uma questão formal, relativa ao ordenamento jurídico (que, em Kelsen, equivale ao Estado) alemão. Portanto, o foco de Kelsen, como liberal, está na garantia das liberdades para que cada um busque a sua noção de

bem, a sua narrativa pessoal e desenvolva a sua vida sem limitações do Estado ou de diferentes moralidades e culturas. Isto o liga à ipseidade, o que a própria pessoa se compromete a partir dos seus ideais éticos.

Instaura-se, portanto, uma oposição narrativa entre a narrativa única e a possibilidade de cada um narrar a si mesmo de maneira livre. Esta oposição é um recorte, naturalmente. Criamos certa redução, mas não de forma a nos impedir de ver o objeto como um todo; uma redução que nos permita ver uma parte não-problematizada do objeto, esquecida na penumbra e, assim, tragamo-la à compreensão do objeto como um todo.

Nas oposições, há um ponto de partida óbvio: rejeitar a teoria de Schmitt por ser autoritária. Porém, mesmo sendo uma perspectiva inaplicável, esta permite iluminar a existente relação entre Constituição e identidade do povo, da Constituição enquanto afirmação de uma narrativa que une a todos por bens comuns. Em Kelsen, também há um elemento inaceitável, que é a neutralidade ética. Não é possível pensar nesta neutralidade diante da narrativa, já que esta é inevitavelmente ética. Mas devemos reconhecer, em Kelsen, a virtuosa preocupação democrática com a proteção às minorias. É neste jogo que devemos entrar. Afinal, o que seria esta unidade que a Constituição instaura?

Importa lembrar como os dois utilizaram a palavra. Para Schmitt (2007, p. 231), a identidade do povo é a existência da unidade política, é um termo usado em sentido material. Um povo específico. Para Kelsen (2003, p. 295), a Constituição também é o estado da unidade do povo. Todavia, unidade não é aqui algo material (isto seria jusnaturalismo), mas formal, pois não possui características definidas, apenas a pertença ao Estado, a submissão ao ordenamento jurídico.

Indo além de Kelsen e Schmitt, percebemos que a Constituição de Weimar inaugura o estabelecimento de princípios e valores políticos, o que também faz parte da nossa Constituição brasileira de 1988. Certamente, a nossa Constituição não define uma

unidade material em termos homogêneos do que é o brasileiro e segue próxima a Kelsen. Mas, como dito, não existe narrativa neutra e não existe Constituição neutra. Não permitir, por exemplo, que existam escravos, cidadãos de segunda ordem não é um ato neutro, mas uma narrativa específica ligada a valores ético-políticos. A nossa Constituição protege o pluralismo e, mais do que isso, define princípios que são fundamentais a todos.

Não são simples direitos negativos, mas, em outro exemplo, define, no artigo 5º, XXIII (BRASIL, 1988), que a propriedade deverá atender a sua função social. Ou seja, não garante apenas a liberdade, mas define valores a serem atendidos. No inciso XXXII, garante-se a defesa do consumidor. No XLIX, garante-se aos presos a integridade física e moral etc. No seu artigo 205 e seguintes, a Constituição define o direito à educação, sendo dever do Estado garanti-la. A cultura (art. 215) não é apenas livre a ser manifesta, mas deve ter apoio e incentivo do Estado; o meio-ambiente (art. 225) deve ser equilibrado. Crianças, jovens, índios, idosos, todos estão protegidos por tratamento constitucional.

Portanto, a Constituição não garante apenas a liberdade a todos, mas define papéis, incluindo polos mais fortes e mais fracos na sociedade, tendo como valor nacional a redução desta desigualdade. A Constituição brasileira de 1988 nos coloca em uma intriga em que a desigualdade é um problema a ser enfrentado, reduzido e superado pelo povo brasileiro – esteja eu em qualquer lugar na sociedade. Isto é um exemplo de algo materialmente compartilhado por todos em forma de promessa. Lembramos que a promessa, enquanto elemento identitário, pode se referir a uma pessoa ou a um grupo. Ricoeur (2006, p.118) diz que "Se se admite, como proponho, atribuir a capacidade de fazer memória a todos os sujeitos que encontram sua expressão lexical no uno qualquer dos pronomes pessoais". Deste modo, nós, o povo brasileiro, podemos nos ligar por uma promessa. Como há o inverso, o que não desejamos, como no caso de regimes autoritários. É uma promessa negativa, de não aceitar a ditadura, como há diversas outras.

Destarte, unimos todos como sujeitos de direito. Seres humanos que devem ser tratados com igualdade e que têm direito à sua narrativa particular. Que tenhamos uma narrativa una, na qual todos tenham os seus direitos básicos garantidos e que os desfavorecidos sejam protegidos. Fora disto, há a pluralidade das narrativas, o confronto de narrativas pessoais. Confrontar as narrativas é deixar-se narrar pelos outros e, em particular, deixar que os outros contem as nossas narrativas fundadoras e, assim, permitir uma encenação diferente dos acontecimentos que são base das nossas celebrações comunitárias ou nacionais. Por comparação e por convivência plural, somos convidados a reinterpretar a nossa identidade. Assim, pode-se "Confortar a sua identidade, sem recusar a do outro e sem a maltratar". (RICOEUR, 2000, p. 6). Eis um forte imperativo democrático.

Todavia, cabe lembrar que a nossa identidade é frágil, tecida por memórias e promessas que podem ser desconstruídas, modificadas ou violentadas. A identidade, no plano político, é exposta a perigos tremendos. E esta confrontação com o outro torna toda a identidade mais frágil, pois percebemos que existem identidades diferentes, seja quanto à nacionalidade, ao gênero, etnia etc. Também é frágil pela força política, ameaças ideológicas que enfraquecem certas identidades por mediações simbólicas. Há o risco de manipulação política e social, que é característica de regimes totalitários. (RICOEUR, 2006, p. 118).

Neves (1998, p. 40) pensa que a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida por uma noção distinta da liberal-individualista, em que o respeito ao ser-humano cabe apenas às liberdades individuais, à atomização. Mas deve implicar o recíproco compromisso e reconhecimento comunitários. A nossa narrativa pessoal só faz sentido, só é completa, se relacionada à narrativa comunitária, da qual esta é inseparável.

Ao final das contas, vemos a confusa condição do homem. Uma tensão entre o ser de sentido, de pertença à comunidade, e a ausência de qualidades, o flerte com o atomismo e o niilismo. A

Constituição pode ser o ato que permite a vida desta dualidade. Assim, diz-nos Ost (2014, p. 15):

> Os grandes textos normativos que organizam e comprometem as sociedades humanas – eu penso nos Constitucionais e nos grandes tratados internacionais relativos aos direitos fundamentais – não têm necessariamente modéstia o respeito para a narrativa [a história] e se abrem para os protocolos que dizem o 'romance político' da nação, ela mesma compreendida como 'comunidade narrativa'[20].

A identidade pessoal não existe enquanto átomo isolado, mas só pode ser pensada por um romance político, pelo que une os homens em uma comunidade narrativa. Deste modo, compreendemos a ligação entre o tema da identidade e a teoria constitucional que deve pôr à luz estas questões e enfrentá-la para além do estado atual do constitucionalismo. No próximo capítulo, daremos passos nesta direção por uma dialética entre mesmidade e ipseidade e a dialética entre identidade e alteridade no plano político, de modo a desenvolver construções sobre a narrativa e o caráter narrativo da Constituição.

[20] No original: "*Les grand textes normatifs qui cadrent et engagent les sociétés humaines – je pense aux Constitucions et aux grands Traités internacionaux relatifs aux droit fondamentaux – n'ont pas nécessairement ces pudeurs à l'égard du récit et s'ouvrent par des Protocoles qui disent le 'roman politique'de la nation, elle-même comprise comme 'communauté narrative'".* (OST, 2014, p. 15).

4

Constituição, ipseidade e alteridade: a instituição justa

Neste capítulo, iniciaremos (4.1) por desenvolver as implicações ético-políticas da narrativa em Ricoeur. Partiremos da concepção ética de narrativa, da busca da vida boa, da ética no âmbito pessoal (estima de si) e desenvolveremos os seus desdobramentos no âmbito interpessoal (solicitude) e no âmbito institucional (justiça).

Posta a questão da justiça e do senso de justiça como um desdobramento ético (uma virtude) e não parte de uma teoria moral, colocaremos a questão das instituições justas em diálogo com a alteridade. Levaremos a discussão da ipseidade a duas questões. Desenvolveremos a recusa ontológica do atomismo e da neutralidade liberal, a fim de abrir espaço para os desenvolvimentos narrativos sobre a identidade prospectiva de uma nação, de uma promessa que une em um bem comum. E chegaremos ao modelo narrativo da utopia para esta promessa fundamental (4.2). Então, desenvolveremos como esta busca do bem comum não exclui as narrativas particulares, o pluralismo (4.3). O pluralismo narrativo é parte da justiça e, na verdade, há um fortalecimento mútuo entre bem comum e pluralismo.

Por fim (4.4), sintetizaremos os elementos da instituição justa em relação ao debate da Constituição democrática em Schmitt e Kelsen, recolocando o debate como o debate da Constituição justa e

superando as aporias e as oposições dos autores por meio da narrativa.

4.1 Implicações Ético-Políticas da Narrativa: a Busca de Vida Boa em Instituições Justas

A identidade narrativa leva a questionamentos éticos e consequências no âmbito político. Vários elementos são antecipados, pois não se pode falar de narrativa sem tratar de questões éticas, entretanto o aprofundamento da questão por Ricoeur (1991, p. 193-194) acontece nos capítulos sétimo, oitavo e nono do seu *O si-mesmo como um outro*. A partir destes estudos, iremos adentrar nas consequências político-institucionais da identidade do si, pensado a partir da narrativa.

O ponto de partida é radical, pois toda narrativa, toda construção do imaginário é levada ao "reino do bem e do mal". (RICOEUR, 1991, p. 194). Mesmo o historiador, que seria quem desenvolve a narrativa mais próxima da neutralidade (o que, no próximo subcapítulo, veremos não ser possível) enfrenta as questões éticas, principalmente quando narra situações-limites, como guerras, massacres etc. Para o historiador que pesquisa sobre ditaduras, por exemplo, narrar torna-se um dever de que a humanidade não se esqueça do que aconteceu – e, portanto, não repita o mal.

A partir da compreensão do si, enquanto sujeito reflexivo (conforme exposto no primeiro capítulo), que deve ser compreendido também pela ipseidade, Ricoeur desenvolve consequências desta compreensão e as explicaremos com o enfoque nas consequências políticas da sua "pequena ética". Estas consequências são apresentadas na seguinte frase: "A perspectiva ética, que é a perspectiva da 'vida boa' com e para outros nas instituições justas". (RICOEUR, 1991, p. 202).

Os desdobramentos éticos são apresentados em três pontos iniciais: a vida boa (a estima de si, individual), com e para outros

(solicitude, interpessoal) e em instituições justas (justiça, âmbito político-jurídico). Importa-nos desenvolvê-los para compreendermos o que isto acarretará nas Constituições e por que devemos recolocar a questão da Constituição não apenas em termos de Constituição democrática, mas em termos de Constituição justa.

A estima de si diz respeito à busca da vida boa, do bem. A vida boa, seguindo uma linha aristotélica, é a finalidade das finalidades, as nossas ações devem ter como fim comum buscá-la. A interpretação de si, quando enfocada pelo viés da busca da vida boa, torna-se a estima de si, que é a preocupação ética com esta narrativa. Esta preocupação e ação na direção de uma vida boa é um ato hermenêutico fundamental, que opera de maneira *phronética*, por uma racionalidade prática, em oposição a uma atividade teorética[1].

No entanto, Ricoeur (1991, p. 202) estenderá este princípio basilar da ética para além do plano pessoal, individual, colocando em evidência a vida boa *com e para o outro*. O segundo elemento, referente à alteridade, é tratado pelo termo *solicitude*. A estima de si pode se isolar, cerrar-se em uma noção de vida boa, mas a solicitude é uma consequência da estima de si, pois esta opera de maneira dialógica e gera uma abertura neste horizonte. Portanto, há uma continuidade entre estima de si e solicitude, de modo que uma é indispensável à outra. (RICOEUR, 1991, p. 212).

Ricoeur, ainda seguindo Aristóteles, coloca que é pela amizade que se faz a passagem da estima de si para a solicitude. O amigo é "um outro si", com o qual compartilhamos nossa vida e, portanto, buscamos juntos a vida boa. É da amizade que surge uma ética que envolve partilha, mutualidade e o viver junto. E esta relação faz com que nós nos percebamos como um dentre outros que buscam a vida boa. Percebemos que há pessoas insubstituíveis, como pensamos sobre nós, enquanto seres únicos. (RICOEUR, 1991, p. 213).

[1] Assim diz Ricoeur (1991, p. 211): "Em primeiro lugar, entre nossa perspectiva da 'vida boa' e nossas escolhas particulares, desenha-se uma espécie de círculo hermenêutico em virtude do jogo de vaivém entre a ideia de 'vida boa' e as decisões mais marcantes de nossa existência (carreira, amores, lazeres etc.). Assim é, como um texto no qual o todo e a parte compreendem-se um ao outro".

Para falar da narrativa do outro, da identidade em relação ao outro, precisamos falar sobre capacidade. É necessário o "eu posso". Mas o "eu posso" só existe num mundo de relações com outros. A solicitude, portanto, é a impossibilidade de a estima de si operar em um sujeito isolado, mas esta acontece dentro de relações humanas, no qual o bem desejado é compartilhado.

Completando o triângulo, há a justiça. A partir da estima de si (busca da vida boa), passando pela solicitude (vida boa para e com o outro), chegamos à justiça (vida boa para e com o outro em instituições justas). Todos estes como desdobramentos da busca primeva por vida boa.

A amizade pressupõe a igualdade. Não existe amizade entre senhor e escravo, cidadão e subcidadão; estes não podem partilhar suas vidas e ideais. Mas a justa parcela de cada um não se refere apenas às relações interpessoais, porém entra no tema das instituições, o que ultrapassa o face-a-face. Amizade não é justiça, pois esta segue a lógica institucional e não interpessoal. Eis o que envolve a regra de ouro, a cada um o que é seu. O bem-viver envolve, portanto, o sentido da justiça, que está impresso nas relações com o outro. Na justiça, a igualdade é proporcional, levando em conta as desigualdades. A igualdade é pressuposta nas amizades, mas um objetivo nas cidades. (RICOEUR, 1991, p. 216).

Assim, diz Ricoeur (1991, p. 227) em duas asserções:

> O viver-bem não se limita às relações interpressoais, mas estende-se à vida das instituições. Conforme a segunda, a justiça apresenta traços éticos que não estão contidos na solicitude, a saber, para o essencial uma exigência de igualdade. A instituição como ponto de aplicação da justiça, e a igualdade como conteúdo ético do sentido da justiça, tais são os dois princípios da investigação sobre o terceiro componente da perspectiva ética. Dessa dupla inquirição resultará uma determinação nova do si, a do cada um: a cada um o seu direito.

Percebemos que desdobramos a teleologia da vida boa até a exigência de igualdade em instituições, de justiça. Uma exigência de

igualdade que necessita a mediação institucional da política e do direito. Chegaremos, portanto, à relação da justiça (a partir da ética) com a moral. Mas antes precisamos entender o que é o viver-junto que existe nas instituições.

A instituição vai além da amizade e do viver-junto: é o viver-em-conjunto de uma comunidade histórica, irredutível às relações interpessoais. A instituição é a estrutura do viver-junto de uma comunidade, o que envolve os termos povo, nação, dentre outros. Estas não existem por regras reguladoras, mas por costumes comuns, por uma partilha cultural ou simbólica. Se o que une a instituição é apenas um conjunto de regras, isto seria dominação. Mas deve ser um poder-em-comum, que existe quando os homens agem juntos e desaparece na separação. Este poder-em-comum envolve duas categorias que ajudam a entendê-lo: a pluralidade e a concertação. (RICOEUR, 1991, p. 227-228).

A pluralidade significa a inclusão de terceiros que nunca estarão em relação direta, interpessoal, relação eu-tu. Portanto, no projeto de vida boa entra um anônimo. É a extensão das relações inter-humanas às que não estão no face-a-face. Um terceiro incluído por condições políticas que não deve ser momentânea, mas que deve durar neste desejo de viver-em-conjunto. (RICOEUR, 1991, p. 228-229).

A concertação é compreender a ação pública como construído por relações humanas, culturais, políticas, dentro das quais cada um desenvolve a sua história. As nossas ações estão dentro de uma rede, de uma intriga política-institucional maior. Mesmo que esta concertação esteja enfraquecida, desarticulada, o poder e o querer viver junto devem encaminhar esta concertação à dimensão da justiça. (RICOEUR, 1991, p. 230-231).

Ao narrar a nossa vida, temos a expectativa ou a intenção de buscar uma vida boa. Deste modo, desejamos que o que entendemos por vida boa exista como possibilidade. Que eu não seja um terceiro excluído (pluralidade) e que a minha narrativa faça sentido na intriga social da qual faço parte, ou seja, que a concertação dê um

local para esta narrativa. Um bom exemplo seria a questão do casamento homoafetivo. Caso não exista esta possibilidade, o casal torna-se inferiorizado e marginal nesta rede simbólico-narrativa, pois um local na sociedade lhes é negado. Mas sigamos na linha de raciocínio de Paul Ricoeur antes de nos determos em questões práticas.

Ricoeur problematiza, então, as duas dimensões da justiça. A teleológica-ética, referida ao bom, do qual trata das relações interpessoais e das instituições e a deontológica-moral, a legal, enquanto conformidade à lei e possibilidade coercitiva[2]. A nossa perspectiva (narrativa) para pensar a justiça está na primeira perspectiva, o justo ligado ao bom, à ética, pois a justiça enquanto virtude vai além do sentido legal. Há duas legitimações para pensá-la assim.

A primeira legitimação é a própria origem narrativa da ideia de justiça, por conotações divinas, míticas etc., o que não pode nunca ser reduzido à forma da regra. A outra legitimação é que se define melhor a ideia de justiça, chamando-a de senso da justiça. O senso do justo e do injusto, já que somos, inicialmente, sensíveis à injustiça, é o que nos atinge. É pela queixa que entramos no campo da justiça. Mesmo na justiça instituída, continua sendo assim, conforme já veremos. Portanto, o senso da injustiça é mais perspicaz que o senso da justiça, já que esta costuma estar em falta, e a injustiça reina, atinge-nos, constantemente, sendo mais claro, ao homem, o que lhe falta. (RICOEUR, 1991, p. 231-232). Esta intuição mostra-se na forma negativa, quando diante de algo, exclamamos "Isto é injusto!". Ou, em um exemplo pedagógico, quando a criança entende que pegar algo dos outros é "feio"[3].

---

[2] Ricoeur (1991, p. 231) coloca que, na perspectiva de John Ralws, estaria ligado a uma linha kantiana e deontológica que se opõe à tradição teleológica, posta como o utilitarismo, sobre como pensar a questão da justiça. Mas quando Ricoeur acredita no âmbito ético, este pensa que a Justiça se liga a uma teleologia distinta da utilitarista. Uma teologia que se lembra do termo virtude, sendo a justiça a primeira virtude das instituições.

[3] A compreensão do que é justo e injusto, como diferenciá-los, acontece por uma racionalidade prática, pela *phrónesis* ou prudência (tradução latina) em oposição à racionalidade teorética. Como o foco deste

Mas como passar isto do plano interpessoal ao plano institucional? A mediação institucional é fundamental para distribuir os bens finitos – a questão mais comum de justiça. Mas pensar a justiça a partir da distribuição não estaria limitando o campo da justiça à justiça distributiva? E a distribuição não prioriza a oposição entre indivíduos por seus bens distintos? Não reduz ou até elimina o querer agir junto, atomizando-os?

A distribuição não deve ser reduzida ao plano econômico. Ela se refere à repartição de papéis, vantagens, tarefas entre membros da sociedade. Isto também é uma das duas faces de partilhar. Partilhar é tomar parte de uma instituição, repartir; a segunda face é a distinção das partes destinadas a cada um na distribuição. Ter parte e receber certa parte são coisas complementares. A cooperação só pode existir quando o ter parte é complementado, é coordenado institucionalmente quem porta cada parte. Eis a distribuição. (RICOEUR, 1991, p. 234).

Podemos relacionar os termos ter parte com pluralismo e receber parte com a concertação. Ter parte é não ser um terceiro-excluído, seja um inimigo ou uma classe inferior que deve lidar com a distinção e a desvantagem. É parte da instituição justa não criar classes políticas distintas. E receber parte é ter parte devida dentro do jogo, de modo que possa realizar as suas ações pretendidas e ter o seu ideal de vida boa como uma possibilidade.

A distribuição devida, portanto, não dá atenção especial nem a um e nem a outro protagonista na sociedade. A instituição regula a distribuição de papeis, papeis que não existem fora da instituição, não são naturais, por isso só existem por uma noção de justiça. De modo que a igualdade é pensada a partir da justiça enquanto valor ético e não por cálculos ou formalismos. (RICOEUR, 1991, p. 234).

Este é o quadro ético-jurídico da análise. O núcleo comum à justiça distributiva e à justiça reparadora é a igualdade. O injusto é o

---

trabalho é a compreensão da Constituição e não como esta deve ser interpretada ou aplicada, o tema da equidade, da justiça no caso concreto não será desenvolvido levando em conta a complexidade do tema e o desvio que acarretaria.

desigual. O injusto é aquele que recebe vantagens demais ou o que recebe pouco.

Assim, diz Ricoeur (1991, p. 236): "A justiça distributiva consiste então em tornar iguais duas relações entre uma pessoa e um mérito a cada vez. Ela repousa, portanto, em uma relação de proporcionalidade de quatro termos: duas pessoas e duas partes". Deste modo, a justiça distributiva não é apenas garantir a uma pessoa o que lhe é devido, relação indivíduo-bem, mas esta relação só é pensada a partir desta relação com outros indivíduos e seus bens. A justiça distributiva não pode pensar o que é devido a um indivíduo sem pensar no que é devido aos outros todos.

A igualdade é para as instituições o que a solicitude é nas relações interpessoais. Apresenta-se um outro, uma comparação. De modo que o senso de justiça não sobrepõe a solicitude, mas a supõe, pois já há pessoas insubstituíveis. Só que a justiça estende a um princípio universal, pois se percebe "[...] o campo de aplicação da igualdade é a humanidade inteira". (RICOEUR, 1991, p. 236).

Entretanto, para que isto aconteça, é necessário pensar a relação deste princípio ético com a norma. Assim, Ricoeur inicia outra parte do seu trabalho, submetendo a perspectiva ética à prova da norma, à obrigação e ao formalismo. Ou seja, pensar a transposição da justiça do âmbito ético para a regra da justiça, como formalismo moral. É a transposição para o plano jurídico.

A norma, a moral não existe sem relação com a vida boa. Afinal, que sentido esta teria isolada? Acrescentando a isto os eventos da segunda guerra mundial, a questão do mal e do livre-arbítrio, torna-se necessário à ética assumir traços da moral. Transformar elementos da ética em obrigações morais com o objetivo de que o mal seja proibido. Que todos possam ser o que quiserem, mas que não realizem o mal. (RICOEUR, 1991, p. 255).

Deste modo, precisamos ligar os termos à norma. Isto acontece, principalmente, na solicitude. O respeito devido às pessoas precisa passar ao plano da obrigação. Cabe, então, mostrar por qual vínculo a estrutura dialogal da perspectiva ética, da solicitude se liga

à do respeito devido às pessoas. E que o respeito devido às pessoas tem, no plano moral, com a autonomia, a mesma relação que a solicitude com a vida boa no plano ético.

Ricoeur, então, diz que esta ética, que vai da estima de si à justiça, deve passar pela normatização. Deve-se confrontar o senso de justiça com o aspecto deontológico. Para isto, este realiza percursos pela filosofia kantiana, já que esta desvinculou o bem da justiça – deixando-a apenas no plano da moral. De outro lado, dialoga com John Rawls. Entretanto, este grande debate refere-se a elementos e pressupostos não-narrativos. Portanto, optaremos por um recorte que não os desenvolverá e nos centraremos na argumentação que pressupõe a identidade narrativa e o si enquanto sujeito reflexivo.

Para Ricoeur, o elemento moral na forma negativa é necessário à sociedade por causa do mal, que é uma forma de violência exercida sobre outros seres-humanos. Diante da injustiça, um terceiro precisa colocar a justa distância ou voltaremos à vingança privada. Deste modo, o judiciário precisa dar a cada um o seu direito. E isto acontece de modo que as partes se tornem "outros", distanciados a quem lhes julgará, o juiz – terceiro imparcial. O que permite este procedimento é a referência à lei que o juiz deve realizar. O senso de justiça, portanto, deve se referir à norma.

Para tratar destes assuntos, Ricoeur busca escavar, na teoria da justiça de Rawls, o seu fundamento ético, mesmo que isto contrarie a fundação deontológica que Rawls buscou. Ou seja, a teoria procedimental de Rawls tem para Ricoeur pressuposições e fundamentos éticos.

A primeira questão de filosofia moral que nos importa, é a autonomia, a qual surge com a universalização. No plano moral, visar à vida boa não pode estar ligado a perspectivas particulares, mas exige a universalidade – em traços kantianos. Mas a universalidade só existe em relação à ideia de formalidade, e a regra formal não prevê conteúdo para a ação. Ela apenas dá critérios aos

quais as máximas da ação devem ser submetidos para que a ação seja considerada moralmente boa[4].

O formalismo, portanto, exclui tudo que seja empírico – como à vida boa visada por alguém. Esta lógica da universalização conduz à ideia de autonomia que é a réplica na moral, do que é a intenção de vida boa na ética. Ética pressupõe a busca da vida boa, e a moral pressupõe a autonomia dos sujeitos. O primeiro imperativo kantiano diz "[...] age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal". (KANT, 2008, p. 62). Seguir a lei universal é a autonomia em Kant – assunto profundamente difundido no Direito, o qual optamos por não aprofundar. (RICOEUR, 1991, p. 267).

Ricoeur, então, dirá que o respeito devido às pessoas é extraído desta noção de autonomia – do mesmo modo que a solicitude é extraída da estima de si. Eis a segunda formulação do imperativo categórico: "[...] age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como um meio". (KANT, 2008, p. 73). A pessoa, como fim em si, surge para compensar o risco do formalismo do primeiro imperativo. O motivo para construir este imperativo é que a relação entre homens, comumente, é de exploração e, por isto, precisa-se da regra moral.

A moral é uma necessidade da solicitude diante da violência e da ameaça da violência. Ou seja, do mal surge a necessidade do respeito devido às pessoas estar posto em uma formulação deontológica, prescrevendo o que não pode ser feito e está sujeito à sanção.

Portanto, Ricoeur identificará o fundamento teleológico como o real fundamento de qualquer teoria da justiça. Isto, pois, uma concepção procedimental de justiça apenas racionaliza, transpõe

[4] Lembro que, neste recorte, não trataremos de como as normas morais devem ser aplicadas. Afinal, esta não é uma questão que surge da teoria narrativa.

para termos morais, um sentido de justiça que já é pressuposto. Isto não refuta Rawls (ao menos, para Ricoeur), mas desenvolve pressuposições éticas que são inevitáveis a um hermeneuta.

A nossa compreensão prévia do que é justo (elemento hermenêutico) é que garante a instância deontológica. Sem referência à regra de ouro, esta longa tradição advinda da tradição judaico-cristã, e sempre recolocada em toda narrativa que trata sobre desigualdades ou partilha, não há como pensar de modo coerente o senso de justiça e sua passagem à moral.

Percebemos, portanto, a fórmula primitivamente ética por qual Ricoeur explora a moral e as normas, colocando à reflexividade do si (da identidade narrativa) a mediação institucional da alteridade do outro. Neste sentido, Ricoeur (2008, p. 66-67) diz-nos:

> É em relação a esta busca da justa distância que pode ser pensado uma primeira vez o elo entre justiça e instituição. A função mais geral da instituição é garantir o nexo entre o próprio, o próximo e o distante em alguma coisa como uma *pólis*, uma república, um *Commonwealth*. É nesse sentido, ainda indiferenciado da instituição, que o nexo pode ser instituído, ou seja, instaurado. E é ao preço dessa indiferenciação inicial que o querer viver em instituições justas já pertence ao plano teleológico definido pela meta de vida boa.

Então, por meio da justiça (enquanto concepção advinda da ética), o bem se torna, necessariamente, comum, um bem que existe compartilhado, enquanto desdobramento da busca da minha vida boa. A justiça leva ao bem, à bondade, e evita o mal, a violência.

Assim, concluímos o percurso do senso de justiça - o termo último da tríade do querer viver bem, e o último termo do percurso da sabedoria prática, moral. Chegamos, então, à seguinte formulação de Ricoeur (2008, p. 69) sobre a justiça:

> Quanto à relação com o bom, resume-se na fórmula proposta já no exame da tríade básica: o bom designa o enraizamento da justiça no querer viver bem, mas é o justo que, desdobrando a dupla

> dialética, horizontal e vertical, do querer viver bem, põe o selo da prudência na bondade.

Portanto, "[...] a justiça deve derivar das instituições de base". (RICOEUR, 1991, p.268). É do desejo de vida boa, desdobrado no outro e nas instituições, como o povo, que surge a justiça, sendo irredutível a perspectivas universalistas ou formalistas.

Quais as consequências desta concepção de justiça para compreendermos o papel da Constituição? Como podemos pensar a Constituição justa? Estas são as questões que surgem e tentar-se-á buscar resposta.

4.2 Promessa e Utopia: a Identidade Prospectiva de uma Nação

> "O elemento utópico é, em última instância, um componente da identidade. O que chamamos de nós mesmos também inclui as nossas expectativas e o que ainda não somos"[5]. (RICOEUR,1988a, p. 311).

O primeiro ponto em que pensaremos a Constituição justa é sobre o bem comum e a identidade prospectiva de uma nação. Para isto, precisamos, inicialmente, aprofundar a desqualificação do atomismo e da neutralidade liberal – tema que já foi mencionado no decorrer do trabalho, mas nos deteremos agora de modo mais cuidadoso; então, relacionaremos a promessa (essência da ipseidade) com a identidade de uma nação por meio de uma utopia, pensado como fundamental às Constituições na forma básica de redução das desigualdades, de busca por igualdade.

Ricoeur (1991, p. 294) dialoga muito com a teoria da justiça de John Rawls e não a rejeita, mas, conforme já dito, apenas busca o fundamento ético na questão da justiça. Portanto, Ricoeur não pretende, como é comum vermos, dialogar com uma teoria para rejeitá-la, mostrando seus pontos insustentáveis. Mas, certamente, há

[5] Tradução consultada: "*the utopian element is ultimately a component of identity. What we call ourselves is also what we expect and yet what we are not*." (RICOEUR, 1988a, p. 311)

um elemento que Ricoeur não pode concordar com a teoria de Rawls, que é pensar os indivíduos na sua situação original como seres racionais independentes uns dos outros e preocupados apenas com seus próprios interesses. Isto é o atomismo oriundo do liberalismo, no qual cada um busca, no contrato social e na estrutura política, apenas a garantia das liberdades básicas para que este siga a sua noção própria de bem. Não há sujeito ou bem coletivo em sentido material, o que se compartilha são apenas as liberdades básicas por meio da condição de sujeito de direito[6].

Todavia, percebemos, no subcapítulo anterior, que a solicitude não permite o atomismo – o meu bem é compartilhado na amizade; e se a justiça é um desdobramento da solicitude, esta é também incompatível com o atomismo liberal.

Ricoeur (1991, p. 267) fala sobre o contrato social:

> A ficção do contrato [social] tem por fim e por função separar o justo do bom, substituindo o processo de uma deliberação imaginária a todo engajamento prévio concernente a um pretendido bem comum. Segundo essa hipótese, supõe-se que seja o processo contratual que gere o princípio ou os princípios de justiça.

O contrato social visa esta própria segregação do justo e do bom. Portanto, o justo se torna negociável em um procedimento político, é por este processo contratual que podemos pensar a justiça. Com todos os aportes ético-narrativos, é evidente que isto não pode ser correto. Ou seria possível uma teoria contratualista substituir uma aproximação processual sobre o bem comum da república? O *Commonwealth*?

O que nos importa, neste momento, é perceber que o contratualismo e o individualismo "[...] andam de mãos dadas" (RICOEUR, 1991, p. 269), pois é um contrato original entre pessoas livres e racionais que se preocupam em promover seus interesses

[6] Para um aprofundamento sobre a questão do sujeito de direito, ver Zarka (2000).

individuais. E o individualismo busca princípios universais que garantam as liberdades a todos os indivíduos. Mas isso não é possível, pois não existe este sistema de distribuição universalmente válido. Todos os sistemas conhecidos "[...] exprimem escolhas aleatórias revogáveis, ligadas a lutas que balizam a história violenta das sociedades" (RICOEUR, 1991, p.332). Portanto, devemos resgatar a historicidade das escolhas sócias, os anseios e conflitos oriundos disto.

E, nestes conflitos, não existe narrativa eticamente neutra[7]. O liberalismo pretende ser neutro, pois parte da garantia das liberdades individuais sem priorizar uma perspectiva específica, um bem comum. Entretanto, não percebe que esta proposta política é uma narrativa oriunda de certos conflitos, questões e que busca sim o bem. Ao liberalismo, segundo Ricoeur (1995b, p. 33-34), o homem já era sujeito de direitos antes mesmo do Estado, tanto que ele cede direitos para o soberano. O que é isto se não uma narrativa que envolve uma escolha ética? Como pensar a liberdade enquanto princípio ético-político universal sem pensar que isto é o bem para todos? Desligar o liberalismo de um bem-comum é uma insensatez a partir dos aportes narrativos. Não podemos esquecer que a emancipação é uma tradição também, a qual nasce de uma sequência de narrativas fundamentais, como as histórias bíblicas. (KEARNEY, 2013, p. 150).

Naturalmente, esta tese não é aceita pelos liberais. A reação destes às posições de Michael Sandel, por exemplo, foi falar que as questões de identidade e comunidade, bem comum, no debate sobre a justiça são irrelevantes. Liberais como Kelsen e Dworkin acreditam que o Estado deve ser neutro quanto às concepções de bem comum ofertadas aos indivíduos. E há quem acredite que o Estado deve garantir uma concepção comum de bem em uma

[7] "Não existe narrativa eticamente neutra. A literatura é um vasto laboratório onde são testadas estimações, avaliações, julgamentos de aprovação e de condenação pelos quais a narrativa serve de propedêutica à ética". (RICOEUR, 1991, p. 139-140).

sociedade democrática – é, por exemplo, o que defende Charles Taylor (1995, p. 182).

Mas o que é esta neutralidade? A neutralidade do Estado (da qual uma das consequências foi a laicidade) é um Estado que se define independente de religião, ideologia, moralidade, de finalidade de vida ou cultura particular. A neutralidade deve permitir aos indivíduos se reconhecerem no Estado sem precisarem estar em algum grupo ou possuírem certas características. Isto torna compatíveis, na sociedade, valores distintos. (ZARKA, 2013, p. 67).

Isto tudo pode ser mantido com a recusa da neutralidade e do atomismo, conforme veremos no próximo subcapítulo, no qual o reconhecimento da pluralidade será tratado.

Importa aqui aprofundar que recusar esta tese atomista não significa adotar uma postura universalista ou definir o bom governo e a boa Constituição a partir de bens particulares que, por um conhecimento privilegiado, um filósofo-legislador, deveria ser estendido a todos. Não é universalista, pois o fim do bom governo é "[...] talvez indeterminável", para Ricoeur (1991, p. 304), no sentindo de que este não a define nestes termos e não sabe se é possível fazê-lo. Deste modo, não saímos do atomismo e da neutralidade para um espírito universal. E também não saímos da neutralidade para impor uma visão política particular e privilegiada.

Para explicar isto, vamos recorrer à diferenciação de Charles Taylor no seu texto *Cross-purposes: the Liberal-Communitarian Debate*, no qual este considera importante realizar uma diferenciação entre a questão ontológica e a questão de defesa quanto ao atomismo (liberal) e ao holismo (comunitarista), consideradas como teses opostas.

A questão sobre a possibilidade (ou não) de sociedades totalmente atomistas ou sobre as possibilidades de sociedades coletivistas é ontológica e não de defesa (*advocacy*). Adotar uma não significa concordar com uma questão de defesa, com uma posição política específica, mas define as possibilidades para as nossas escolhas; e a partir disto nos deixa a necessidade de argumentos

normativos e deliberativos para desenvolver a questão de defesa. Portanto, assumir uma posição individualista ou holista não implica dizer que, por exemplo, os holistas têm como preocupação central o bem-comum e apenas, secundariamente, as políticas de reconhecimento; ou que os atomistas negam toda e qualquer identidade coletiva ou bem-comum. (TAYLOR, C., 1995, p. 182-183).

Isto acontece por haver diversos graus de liberalismo e de comunitarismo. Há uma gama de possibilidades políticas a partir de cada uma dessas teses ontológicas. Portanto, ressalto novamente: defender o holismo não significa necessariamente defender o coletivismo. (TAYLOR, C., 1995, p. 185).

Portanto, o alvo do nosso ataque não são as consequências e pretensões liberais, mas o seu fundamento no atomismo, a questão ontológica. O liberalismo procedimentalista, no qual se funda a sociedade com base em nenhuma noção de bem, mas apenas a noção de direitos, pode ser melhor compreendido e criticado a partir desta diferenciação. (TAYLOR, C., 1995, p. 186).

Taylor, C. (1995, p.194) diz-nos:

> Liberalismo procedimental não tem um bem comum em sentido estrito, porque a sociedade deve ser neutral na questão da vida boa. Mas em um sentido mais amplo, onde a regra de direito pode contar um 'bem', aí pode haver um importante bem compartilhado[8].

A partir desta compreensão e colocando o liberalismo em uma perspectiva histórica, ancorada sempre em sociedades particulares, o liberalismo procedimental pode ser pensado com uma ontologia holista para Taylor. Portanto, o liberalismo não implica necessariamente uma tese atomista, já que posso ver nesta uma busca pelo bem-comum.

[8] No original: "Procedural liberalism can't have a commom good in the narrow sense, because society must be neutral on the question of the good life. But in the broader sense, where a rule of right can also count as 'good', there can be an extremely important shared good". (TAYLOR, C., 1995, p. 194).

Naturalmente, acredito que, para qualquer posição hermenêutica, o atomismo não pode fazer sentido. Mesmo sendo holista, ainda há uma necessária (e complexa) argumentação para propor uma posição comunitária ou para negar o liberalismo. O importante da posição ontológica assumida é o espaço para as perguntas e problemas a serem enfrentados no caminho à questão de defesa. Também é colocado, por Taylor, que é uma quimera o atomismo extremado.

A partir disto, percebemos que o Estado sempre garantirá e, portanto, deve se preocupar em tutelar, uma concepção de bem comum em uma sociedade democrática, diferente de diversas posições liberais em que acreditam na neutralidade do Estado quanto ao bem comum.

Portanto, podemos concluir a primeira parte deste subcapítulo dizendo que o atomismo e a neutralidade liberais são impossibilidades ontológicas a partir da teoria narrativa. Não podemos conciliar atomismo e solicitude e não podemos conciliar qualquer ação do Estado desligado de um bem comum. Deixando marcado que isto não implica em uma posição política particular, mas apenas esclarece o horizonte em que argumentaremos em cima destas.

Negado o atomismo e consideradas as consequências básicas desta negação, desenvolveremos a ideia de identidade prospectiva de um povo por meio de uma promessa que se dá na forma da utopia. Ou seja, diremos que há elementos compartilhados por uma nação e que a une em torno de um objetivo almejado para o futuro. Feito este desvio conceitual, voltamos então à linha da teoria narrativa, do si e da ipseidade.

Entretanto, para isto, precisamos trazer novamente à memória para chegarmos à promessa. Cabe relembrar que a memória e a promessa são elementos da nossa identidade, sendo que a memória nos liga ao passado e a promessa nos liga ao futuro. Mesmo que tenhamos nossas memórias particulares, pessoais, a memória não é somente rememoração privada, mas comemoração, memória partilhada. Isto é

evidente diante de nossa história enquanto nação, enquanto alguém de certa região do país, de certa condição social etc. Estes elementos não são apenas de um indivíduo, mas são memórias compartilhadas. Muitas destas são celebradas, independência do Brasil, proclamação da República, natal etc.

Caminhando pela compreensão da memória, perceberemos que mesmo a memória "privada" é um produto social, narrada e compreendida por meio de uma linguagem compartilhada (geralmente, a língua materna) e dos sentidos e símbolos sociais. Como nossas memórias pessoais também são memórias de ações junto a nossos familiares, colegas, associada à vida dos outros. Há os benefícios da fala para o outro no trabalho de memória psicanalítico. Portanto, a memória é coletiva, a memória individual só existe em um jogo, em um vai-e-vem com a memória da comunidade. (RICOEUR, 2000, p. 2).

A memória é retrospectiva, está virada ao passado. Porém, o trabalho de memória seria inútil se não ajudasse a viver no presente e a se projetar no futuro elementos éticos. Portanto, não é mera reprodução dos fatos passados, mas é uma reconstrução, produto de vida enredada na vida dos outros. Isto é completado pela promessa, que nos conserva pela palavra, prometendo-nos projetos que buscam a vida boa. Visamos a algo no futuro, ao melhor projeto de vida pessoal e coletiva. Tal qual a memória, tal qual na solicitude, a promessa também não existe fora da linguagem (ela é linguagem) e da relação com os outros. (RICOEUR, 2005, p. 2-3).

Em uma memória de violência e opressão, por exemplo, surge uma promessa que compense a dissimetria, o mal, uma esperança para o futuro. Disto, surge um dever de memória, de se fazer justiça diante desta. Afinal, a memória deve ser justa e não se deve carregar a memória injusta. Portanto, surge da justiça um dever de memória. Fazer justiça aos de outrora, conhecidos, desconhecidos ou ignorados.

Então, a promessa surge como um dever – também faz a sua passagem à moral enquanto busca da justiça – de fazer justiça às memórias.

Assim, diz Ricoeur (1991, p. 311):

> A promessa cessa então de ligar-se à única preocupação de integridade pessoal, para entrar no espaço de aplicação da regra de reciprocidade e, mais precisamente, da Regra de Ouro, uma vez que esta leva em conta a dissimetria inical do agente e do paciente, com todos os efeitos de violência da alçada dessa dissimetria. Tratar outrem somente como um meio é começar já a lhe fazer violência.

A promessa, portanto, é exposta na forma de regra que diz "A coloca-se sob a obrigação de fazer X em favor de B nas circunstâncias Y" (RICOEUR, 1991, p. 311). A promessa, então, não é apenas algo com que eu me comprometo sobre mim mesmo, mas "É ao outro que eu quero ser fiel. A essa fidelidade, Gabriel Marcel dá o belo nome de disponibilidade". (RICOEUR, 1991, p. 313). A disponibilidade é a relação da manutenção de si sobre a estrutura dialógica da Regra de Ouro. Regra de reciprocidade. O outro como alguém que conta comigo e faz da manutenção de si uma resposta a isto.

Para compreendermos melhor o tema da identidade prospectiva na promessa e a relação com a utopia, iremos pensar a partir da interpretação de George Taylor sobre a filosofia da ipseidade e da promessa em Ricoeur.

Taylor, G. (2013, p. 128-129) acredita que a obra *O Si-mesmo como um outro* foca na identidade individual, mas interessa as consequências na identidade comunitária. Assim, G. Taylor inicia falando da imaginação constitutiva[9]. O nosso futuro, nossas

[9] A imaginação constitutiva é a imaginação pensada a partir da Crítica da faculdade do juízo kantiana em oposição à imaginação na Crítica da Razão pura. Na CRP, a imaginação tem a função de sintetizar a multiplicidade da experiência. Mas, na Crítica da faculdade do juízo, a imaginação é um jogo livre que não liga regras universais a objetos, mas, a partir da empiria, busca uma compreensão, uma ordem. No caso do pensamento político, uma solução para o futuro.

expectativas também fazem parte da nossa identidade. A identidade da comunidade é também prospectiva. A utopia, portanto, também é elemento da identidade. Nós também somos algo que ainda não somos – mas que simbolicamente já atua. (TAYLOR, G., 2013, p. 128-129).

Taylor, G. (2013, p. 130) diz que "[...] há um aspecto de aspiração na identidade prospectiva, um sentido daquilo que não somos ainda e que estamos lutando para nos tornarmos, transcendendo nossos limites atuais". Portanto, parte da nossa identidade narrativa refere-se a uma aspiração, uma esperança. Para Taylor, G. (2013, p. 131) a imaginação produtiva pode criar novos modelos, novas versões sobre a tradição existente ou uma inovação, a superação do modelo antigo. Ou seja, não estamos necessariamente presos à rede de identidade política, social, cultural que nos rege até o momento.

Esta busca de mudança, que é uma busca de justiça, de melhora na sociedade se dá na forma de utopias. Utopias são ficções que podem representar o afastamento da realidade. Mas as utopias também são ficções que buscam ser realizadas. Visam a levar uma ideia à realidade. As utopias abalam uma ordem existente, mudam a realidade. Oferecem algo a mais que a realidade (como as metáforas). (TAYLOR, G, 2013, p. 133).

Leichter (2012, p. 123-124) percebe que a ideologia opera em diversos níveis da identidade. Primeiro no nível da estrutura de integração social que garante um sistema simbólico de compreensão das ações. Assim, a ideologia estabelece uma vida compartilhada, integrando em grupos sociais e gerando uma narrativa comum. Mas isto pode servir como dominação. Ou seja, a narrativa vinda da ideologia pode justificar a dominação e a manipulação, uma narrativa imóvel e injusta.

Portanto, estamos pensando a utopia distanciada da ideologia. Assim, diz Ricoeur (1988a, p. 314): "A ideologia é, finalmente, um sistema de ideias que se torna obsoleto, porque ela não pode lidar com a realidade atual, enquanto utopias são saudáveis apenas na

medida em que contribuem para a interiorização de mudanças"[10]. A utopia é instrumento de mudanças em um sentido positivo, pois envolve o imaginário das pessoas.

Percebamos a seguinte diferença entre memória e promessa. A memória possui referência ao passado. Mesmo sendo sempre reconstruída pelo presente, refere-se a algo que aconteceu. A promessa pode se referir também a algo que aconteceu, quando buscamos uma promessa que já foi realizada por outra pessoa ou outro país. Percebemos que certas medidas econômicas, sociais ou de qualquer natureza tiveram efeitos em outros países e pretendemos implantá-las com a promessa de melhorar. Mas a promessa também tem um caráter fictício, de livre-imaginação, no qual abro o horizonte da realidade, realizo a imaginação política para além do que já existe. Temos a capacidade de estar presentes, frente à realidade atual, mas também temos a capacidade de estar em lugar nenhum ou em um futuro criado. Isto nos permite romper com a atualidade. (TAYLOR, G., 2013, p. 134-135).

Todavia, como a utopia e a promessa se relacionam com a Constituição? Compreendamos a Constituição em relação ao modo particular de narrativa chamado mito. Sobre o mito, Ricoeur (1988b, p. 9) disse ao estudá-lo:

> Não se trata, portanto, de colocar o mito no trajeto suposto seguido pela religão desde as suas formas mais primitivas até às religiões superiores, nem de indagar como é que o mito, considerado como fato sociocultural, se integra no conjunto dos fenômenos sociais. [...] O mito será encarado aqui como uma forma de discurso com pretensão ao sentido e à verdade. Como a filosofia é esse outro espaço do discurso em que a questão do sentido e da verdade se coloca radicalmente, onde fica então a pretensão do mito relativamente ao discurso filosófico?

[10] Na tradução consultada: "*Ideology is finally a system of ideas that becomes obsolete because it cannot cope with present reality, while utopias are wholesome only to the extent that they contribute to the interiorization of changes*". (RICOEUR, 1988a, p. 314).

Deste modo, pensaremos o *mythos* sem deixar o *logos* de lado. Pensava-se que buscar razões, fundamentos, implicava deixar de lado a contação de histórias. Aqui, estes se unem. O mito é uma forma de narrar, uma forma de discurso.

O mito, como narração, diz alguma coisa sobre alguma coisa. E o que o mito narra é a origem, uma "narração das origens" (RICOUER, 1988b, p. 21), uma função de instauração. O mito diz como nasceu algo e assim funda o rito, o paradigma de ação.

Então, o mito é a narrativa originária da instituição. Outras formas narrativas não instituem, mas o mito sim. (RICOUER, 1988b, p. 23) Como a Constituição necessariamente institui, define quem faz parte da nação, quem tem qual posição na sociedade e o que se buscará no futuro como bem-comum (já vimos que o bem-comum é uma necessidade), a Constituição certamente exerce um papel mítico. Como contar a nossa redemocratização brasileira pós-ditadura sem instaurar um novo momento, como ter um mito fundador de um período democrático?

Zarka (2013, p. 48) diz que "Os sujeitos coletivos se reconhecem e se afirmam de início mediante as narrativas, as histórias, os mitos que constituem as suas consciências de si mesmos e formam suas identidades". Portanto, a Constituição liga-nos a uma fundação, coloca-nos em intriga e exerce um papel que, anteriormente, era do mito (supostamente, superado pela filosofia). Percebemos, então, que podemos pensar o mito sem elementos religiosos, sem revelações e outros elementos dos mitos, pois estes são, na verdade, contingentes à narrativa fundadora.

Ricoeur (2013, p. 155) diz-nos:

> Encontra-se uma curiosa manifestação no plano, em senso amplo, 'literário' sob a forma enigmática da incessante rescritura das leis e mitos. Tomemos o caso dos mitos de origem. Sempre antes de algum mito de origem, haverá outro. Antes do Dilúvio bíblico, antes de Noé, você vai encontrar um dilúvio mesopotâmico. Tudo se passa como se o retorno à origem engendrasse um processo interminável de reescritura. Na ordem dos mitos, como na ordem

> moral e política, encontramos este tipo de deiscência entre o início idealmente datado e a origem que retorna tentando recuperar o atraso no processo de reescrita[11].

As leis e os mitos são sempre reescritos, reelaborados. Mesmo os mitos mais radicais. Caíram em grandes erros as escrituras institucionais que pretenderam começar do zero, um novo paradigma. Como na Revolução Francesa e seu novo calendário, o ano zero, pretendendo desligar de uma tradição e inaugurar um período totalmente novo. Na verdade, é sempre uma reescrita a partir das referências já existentes. (RICOEUR, 2013, p. 155).

Para voltarmos às Constituições cabe também voltar a Fioravanti (2012, p. 108):

> O Estado continuará a ser soberano somente se souber ser capaz de assumir a condição de expressão coerente de uma referência fundamental, deduzida da própria comunidade e traduzida em princípios e em normas constitucionais. Por este motivo, Mortati coloca o ponto inicial da sua construção teórica no processo de 'diferenciação e especificação no seio da comunidade', que se desenvolve por obra de uma força política capaz de imprimir uma referência consequente à escolha por um certo sistema de princípios fundamentais, transcritos na constituição.

Se as Constituições exprimem elementos fundadores da sociedade, exercendo, portanto, ato narrativo, esta deve se preocupar com o que tange a esta narratividade para além do debate político sobre um núcleo de organização política e proteção de direitos básicos.

---

[11] No original: "*On en retrouve une curieuse manifestation au plan qu'on peut dire en um sens large <<littéraire>>, sous la forme énigmatique de l'incessante récriture des lois et des mythes. Prenons le cas des mythes d'origine. Là aussi, avant tel mythe d'origine, il y en a toujours un autre. Avant le Déluge biblique, avant Noé, vous trouverez un déluge mésopotamien. Tout se passe comme si la fuite en arrière de l'origine engendrait un processos interminable de récriture. Dans l'ordre des mythes, comme dans l'ordre moral et politique, nous retrouvons cette espèce de déhiscence entre le commencement idéalement daté et l'origine fuyante que l'on essaie de rattraper à travers le process de la récriture.*" (RICOEUR, 2013, p. 155).

Com a noção da Constituição relacionada à narrativa mítica, podemos relacionar a Constituição com a utopia. A utopia e o mito são ficções, são narrativas. A ficção permite introduzir o que ainda não foi dito e redescrever o mundo. A Constituição, compreendida como mito, visa sempre a instaurar um momento novo e que pretende melhorar, resolver problemas e, portanto, tem um ar otimista. As Constituições falam de um mundo maravilhoso, irreal. O país real e o país narrado na Constituição não são o mesmo. O primeiro é injusto, violento; o segundo é (ou deveria ser) justo e visa a alcançar diversos bens. Deste modo, de maneira imaginativa, percebemos que faz parte da mitologia constitucional a estrutura da utopia que acontece na forma de promessa coletiva.

O otimismo político da fundação não significa que, imediatamente, tudo estará bem, mas que, guiando a nossa política por direitos básicos e princípios norteadores, avançaremos na concretização destes princípios. Que a Constituição brasileira de 1988 é um instrumento na redução das desigualdades, exemplo que consideraremos central.

É inevitável a violência, a agressão e a desigualdade. Nunca ouviremos falar de uma sociedade realmente igualitária. Isto é uma utopia. Mas a utopia guia-nos, é do irreal, da narrativa impossível que pautamos o possível. É impossível que exista um país plenamente sem desigualdades, mas todos nos unimos na promessa de reduzir as desigualdades, pensada como um bem-comum. Em rol estabelecido: visando a igualdade racial, de gênero etc.

A Constituição brasileira é apenas um exemplo. Reconhecemos que faz parte da busca por instituições justas que a Constituição seja instaurada com objetivo, um bem-comum de modo a compor o imaginário social pelo seu caráter ficcional e para que tentemos nos aproximar ao máximo deste. Parte da identidade de uma nação está na utopia, no convívio social e político considerado como ideal no momento em que a sua estrutura política foi fundada.

Deste modo, retomando Taylor, G. (2013, p. 147): “Compreendo que a criação da narrativa – particularmente, a

narrativa política e social – é um desafio sem fim e sempre cindido e incompleto, sempre aspiracional e prospectivo". Não à toa que, na Constituição, há a possibilidade de emendas em condições mais rigorosas. Não à toa que há um controle por uma corte constitucional[12]. Estas utopias, estas promessas constitucionais também devem estar abertas neste incessante diálogo político e de alternativas à realidade. A ficção torna-se a maior ferramenta político-jurídica.

Deste modo, pensamos o nosso presente sempre ligado ao futuro e ao passado de modo compartilhado. Ligamo-nos à memória fundadora do mito e ao que este estabelece ao futuro na forma de utopia. Elementos compartilhados pela comunidade política.

4.3 Narrativa e Alteridade: Sujeito de Direito, Pluralismo e Reconhecimento no Plano Político

No subcapítulo anterior, tratamos de elementos que unem a nação, uma utopia comum, na qual a Constituição é o mito que a instaura, agora será tratado do reconhecimento às minorias, às posições e condições sociais que não são compartilhadas pela nação, mas se referem apenas a certos grupos. Perceberemos, ao final, que a existência de um bem-comum, um mito fundador, uma identidade prospectiva de uma nação não invalidará a pluralidade. Na verdade, um é importante ao outro; **a pluralidade é elemento de justiça fundamental ao bem-comum.**

Ricoeur (2000, p. 5) lembra-nos do caráter ameaçador que a existência do diferente, do outro, aparenta ter para a existência do meu si mesmo, para a minha identidade que é frágil. O contato com o diferente sempre coloca em cheque elementos da minha identidade, pois percebo que há outros ideais de vida boa que não são compatíveis com os meus. No plano coletivo, isto aparece como

[12] Neste sentido diz Garapon (2001, p. 181) "Quer se trate de crime contra a humanidade, do sujeito de direito ou da Constituição, o juiz exerce sua autoridade ao proteger a memória dessa promessa inicial por tudo e contra tudo, inclusive contra a vontade do titular em exercício da soberania nacional".

uma ameaça ainda mais forte, e a proteção, muitas vezes, assume um caráter imunitário. Percebemos, no Brasil, as fortes reações ao casamento homoafetivo, às políticas que visam levar ao ensino escolar as questões de gênero, as cotas raciais e sociais etc. É fato que tais direitos e políticas visam tornar mais iguais as relações na *pólis* e que as reações, muitas vezes, são contrárias. Um grande exemplo atual é quanto às questões homoafetivas: ensinar na escola que é normal e deve ser respeitado parece, para muitas pessoas, uma influência, um desvio nos seus padrões de vida boa. Portanto, para estas pessoas, os seus filhos devem ser criados sem que haja igual valor entre as posições, que a homossexualidade seja inferior socialmente e, assim, seu filho não perceba esta sexualidade como uma possibilidade viável no mundo. Deste modo, o contato com outros valores e outras ideias de vida boa lhes parece um risco ao seu padrão – no exemplo, o padrão heteronormativo.

O pluralismo pode soar ameaçador, porque o nosso horizonte é ampliado e nos obriga a dialogar com os outros. Quando entro em contato com o outro, a minha compreensão da vida é colocada em cheque. Um dos modos de reagir a isto é a violência e a opressão. Mas a identidade narrativa, nunca desligada da ética, permitirá compreender a necessidade de diálogo de memórias, de projetos e de vidas.

Iniciaremos este trajeto de pluralismo narrativo falando sobre o sujeito de direito, *status* narrativo e jurídico garantido a todos, a fim de proteger suas liberdades fundamentais e a autonomia diante do Estado.

Para Ricoeur (1995, p. 25), a questão pelo sujeito de direito é a questão moral de definir quem é digno de respeito. Portanto, devemos investigar quais os traços fundamentais que tornam alguém capaz de respeito e estima. O caminho de Ricoeur é por uma antropologia do homem capaz[13]. Um dos elementos fundamentais

[13] Conceito que foi muito caro a Ricoeur, tendo seus pontos de encontro e de separação com a identidade narrativa. Entretanto, não o exploraremos extensivamente, mas apenas trataremos das consequências no que toca à narrativa.

do homem capaz é a capacidade de se ligar à sua identidade pessoal e coletiva. Assim, Ricoeur (1995, p. 28) diz-nos:

> Com efeito, pode-se perguntar em que é que podemos estimar-nos e respeitarmo-nos. Em primeiro lugar, enquanto capazes de nos designarmos como sendo os locutores das nossas enunciações, os agentes das nossas ações, os heróis e os narradores das histórias que contamos sobre nós mesmos.

Dentre as diversas capacidades do homem capaz, está a de poder narrar a si mesmo, o que envolve poder agir, ter voz e diversas liberdades fundamentais. Isto é mediado pelo terceiro, Estado ou Direito, que media a relação pessoal e a capacidade do indivíduo ao constituí-lo como sujeito de direito, torná-lo cidadão. (RICOEUR, 1995, p. 29). Não à toa que, para Antoine Garapon (2001, p. 201), o sujeito de direito é pensado como, ao mesmo tempo, condição e finalidade da democracia. Este é pressuposto e deve ser aperfeiçoado.

Portanto, o par direito-capacidade deve estar bem marcado. A capacidade de me narrar é dependente de condições político-jurídicas para isto; ou seja, de condições que garantam o pluralismo narrativo. Não apenas para narrar as minhas memórias, mas para poder ter promessas, esperanças para o futuro, possibilidades. Deste modo, nunca poderemos abandonar a ideia de pluralidade, que faz parte da justiça (conforme dito em 4.1).

Ter Direitos, ou seja, ser um sujeito de direitos é, antes de tudo, ter o direito de participar dos debates sobre os direitos. Cria uma circularidade e um interminável diálogo entre Estado, Direito e sujeito de direito. E isto é simbólico no plano da legitimação democrática deste Estado.

O elemento central do pluralismo é garantir a autonomia aos indivíduos, para que cada um possa gerir a sua própria vida. Assim, diz-nos Ricoeur (2008, p. 88):

> Ora, a gestão de sua própria vida, como história passível de coerência narrativa, representa uma competência de alto nível que deve ser vista como um componente importante da autonomia do sujeito de direito. Nesse sentido, pode-se falar de educação para a coerência narrativa, de educação para a identidade narrativa; aprender a contar a mesma história de outro modo, aprender a deixar que ela seja contada por outras pessoas, submeter a narrativa de vida à crítica da historia documental, todas essas são práticas suscetíveis de arcar com o paradoxo entre autonomia e fragilidade. Digamos, desde já, que é autônomo o sujeito capaz de conduzir sua vida de acordo com a ideia de coerência narrativa.

As narrativas devem ser intercambiáveis. Importa para isto tomar responsabilidade a partir da imaginação e da simpatia pela história do outro (KEARNEY, 2013, p. 163). Isto se dá por meio da troca, da dialética e da tradução. O estrangeiro ou o diferente não deve ser um inimigo, mas devemos dialogar, traduzir na linguagem do outro os seus valores, suas memórias etc. O que não acontece em uma relação de amigo-inimigo, como pensa Carl Schmitt. Esta memória enfrenta, muitas vezes, os desejos de se transformar em dogma, de reificação da história. Mas a memória plural, saudável, deve ser um diálogo entre as diversas formas de narrar o evento. Deste modo, a empatia é fundamental, a diversidade das perspectivas[14]. E isso não é um relativismo (não exclui que exista o mal, por exemplo). (KEARNEY, 2013, p. 163).

Portanto, toda história oficial, toda narrativa comum, deve ter a possibilidade de ser revisitada e dar lugar a novas formulações. Essa renovação envolve um princípio hermenêutico que é a pluralidade narrativa. O pluralismo aumenta a nossa consciência sobre os eventos, principalmente, nas perspectivas mais distantes. Contar diferente não é uma afronta à história, mas a riqueza surge das diversas histórias que esta troca gera. Recontar os eventos fundadores da nossa história é reforçado pela troca de memórias

[14] Assim, diz Kearney (2013, p. 163): "Uma troca genuína de histórias resiste efetivamente à concepção rígida e arrogante de uma identidade cultural que poderia nos impedir de perceber as implicações radicais do princípio de narratividade."

culturais. Assim, podemos participar de modo respeitoso da comemoração de eventos fundadores de outras nações ou de minorias étnicas e religiosas. (KEARNEY, 2013, p. 164).

Deste modo, a busca da felicidade é uma visão comum em um horizonte de irredutível pluralismo. Cabe aos desdobramentos da busca da vida boa (conforme já vimos) ter o contato com o outro, seja por amizade ou por mediação institucional. Isto evita o próprio abuso da nossa memória, como diz Leichter (2012, p. 125):

> Aqui, a troca de memória combate os abusos de memória. Esta troca não se limita a estabelecer o que aconteceu, mas busca a relevância e significado de certos factos, e os coloca em relação uns aos outros, a fim de revelar um futuro novo, mais inclusivo e justo: 'o futuro não cumprido do passado forma talvez a noção mais rica de tradição. A liberação desse futuro não cumprido do passado é o principal benefício que podemos esperar a partir do cruzamento das memórias e da troca de narrativas.' A troca de memórias é, assim, apanhados entre os objetivos da boa vida[15].

A identidade narrativa não é uma substância imutável ou que possui estrutura fixa, mas é um constante trabalho e que lida com a discordância. (RICOEUR, 1996, p. 7-10). Mesmo a identidade de um grupo, de um povo, é uma história sempre recontada. Ricoeur fez uma leitura para um novo *ethos* europeu que não significava abandonar as histórias fundamentais de cada povo, mas que estas permitam uma leitura plural, mesmo os eventos centrais, como a Revolução francesa ou a segunda guerra mundial. Recontar por outro não é contrariar a história, mas é justamente aí que reside a riqueza das histórias e dos eventos.

---

[15] No original: "*Here, the exchange of memory combats the abuses of memory. This exchange does not merely establish what happened, but it seeks the salience and meaning of certain facts, and places them in to relation to one another in order to disclose a new, more inclusive and just future: 'the unfulfilled future of the past forms perhaps the richest notion of tradition. The liberation of this unfulfilled future of the past is the major benefit that we can expect from the crossing of memories and the exchange of narratives.' The exchange of memories is thus caught up in the aims of the good life*." (LEICHTER, 2012, p. 125).

E nesta troca de memórias que está a resposta à relação de amigo-inimigo, proposta na forma da "hospitalidade narrativa", que é tratar as narrativas de modo dialético. Mas este elemento narrativo precisa retornar à questão do sujeito de direito, e isto é feito por meio do reconhecimento no plano político.

Para introduzir o tema do reconhecimento, voltaremos a Charles Taylor e o seu texto *The politics of recognition*. O primeiro passo é reconhecer os danos, o mal da ausência, pois a falta de reconhecimento é forma de opressão ao grupo não reconhecido ou que é reconhecido de forma humilhante ou inferior. (TAYLOR, C., 1995, p. 225). Deste modo, mulheres, negros, os ditos não-civilizados, como os índios, já sofreram diversas diferenciações negativas.

Reconhecimento, então, não é apenas uma cortesia, mas uma necessidade humana vital[16], pois a sua falta causa graves feridas e um ódio que as incapacita. Taylor, C. (1995, p. 226) define o motivo que torna a preocupação moderna com a identidade por meio do reconhecimento inevitável: o colapso das hierarquias sociais que eram a base para a honra, questão que era ligada intrinsicamente à desigualdade. Ter honra é algo que o diferencia, é ter algo que ninguém tem e o distingue. Em oposição à questão da honra, nós temos a moderna noção de dignidade, que é usada de modo universal e igualitário, pois é inerente a todos os seres humanos. Ou seja, todos compartilham isto. Taylor diz que é óbvio que este conceito de dignidade é o único compatível com a sociedade democrática, o que torna natural que a honra seja suplantada. E isso também torna claro como as formas, os mecanismos de igual

[16] Assim, diz Taylor, C. (1995, p. 230): "*This crucial feature of human life is its fundamentally dialogical character. We become full human agentes, capable of understanding ourselves, and hence of defining our identity, through our acquisition of rich human languages of expression. For my purposes here, i want to take languages in a broad sense, covering not only the words we speak, but also other modes of expression whereby we define ourselves, including the 'languages' of art, of gesture, of love, and the like. But we learn these modes of expression through exchange with others. [...] The genesis of the human mind is in this sense not monological, not something each person accomplishes on his or her own, but dialogical.*"

reconhecimento são essenciais à democracia. Taylor exemplifica por chamar todos de senhor e senhora em vez de alguns por Lorde e outros pelo seu próprio nome.

Antes da modernidade, as pessoas não falavam em "identidade" e "reconhecimento". Não significava que não possuíam isto, mas por não ser um problema. Com o feminismo, votos para negros e outras demandas, surgiu a questão de garantir o reconhecimento a algum grupo que não faz parte dos que detêm maior poder e recursos (TAYLOR, C., 1995, p. 234). Isto visa acabar com cidadãos de segunda-classe. Tornam-se necessários direitos para garantir tais minorias como incluídas, como reconhecidas.

Os direitos sempre foram pensados e legitimados por motivos universais, ou seja, o direito é o mesmo, independente da condição social ou econômica. Haveria uma oposição entre direitos universais e identidades particulares. Assim, Taylor, C. (1995, p. 236-237) diz que "O conjunto supostamente neutro de princípios de diferenciação é de fato reflexo de uma cultura hegemônica"[17]. A neutralidade liberal mostra-se cega às diferenças e, portanto, a desigualdades e injustiças. Portanto, esta neutralidade não reconhece as diferenças identitárias e a necessidade de *handicap*, de vantagens para igualar os grupos desfavorecidos[18].

Taylor, C. (1995, p. 243) dá um excelente exemplo de Quebec, pois há um problema quanto à língua inglesa e à francesa no Canadá. Houve uma proposta de emenda constitucional para que Quebec fosse uma "*distinct society*", e este reconhecimento ser uma das bases para uma interpretação particular do restante da Constituição, permitindo diferentes interpretações nas diferentes partes do país. A cultura francesa é um bem indispensável para Quebec, e isto importa à identidade dos cidadãos de lá. Eis a importância da memória.

---

[17] No original: "*The supposedly neutral set of difference-blind principles is in fact a reflexion of one hegemonic culture*". (TAYLOR, C., 1995, p. 236-237).

[18] Há quem acredite que os Direitos humanos não deveriam levar em conta tais questões, pois são humanos, universais. Posição que ignora os problemas de reconhecimento e identidade.

Posta a importância e relevância do reconhecimento à identidade, sigamos Ricoeur, que se dedicou à questão, no seu *Percurso para o reconhecimento*, o qual, no título, já antecipa que o reconhecimento é um movimento, um trabalho para alcançá-lo.

O reconhecimento é uma ferramenta democrática fundamental no plano jurídico. Nós, enquanto sujeitos de direitos, não devemos ter apenas conhecimento da nossa relação com a norma, a obrigação, com a vinculação também em relação ao outro, ao terceiro. O objetivo do reconhecimento é duplo: a outrem e à norma. Quanto à norma, o reconhecimento significa considerar válido, admitir. Quanto a outrem, reconhecer é identificar cada pessoa como livre e igual. O termo jurídico garante a capacidade (conforme iniciamos o capítulo, tratando-o como sujeito de Direito) e amplia as capacidades que estes sujeitos reconheçam em si mesmos; e "[...] essa ampliação e esse enriquecimento são o produto de lutas que pontuam a inscrição, na história, desses dois processos solidários". (RICOEUR, 2006, p. 211-212). Isto acontece, porque quanto mais se lutou no plano afetivo, interpessoal, mais forte se tornou a evolução no plano jurídico, já que este acompanha o enriquecimento das capacidades individuais.

A ampliação da esfera normativa é observada de duas formas: aumenta a enumeração dos direitos subjetivos por seu conteúdo e por outro na atribuição destes direitos a novas categorias de indivíduos e grupos, a sua adequação. (RICOEUR, 2006, p. 213).

Esta enumeração é repartida entre direitos civis, políticos e sociais. A primeira consiste nos direitos negativos de liberdade; a segunda, nos direitos de participação na formação da vontade pública; e a terceira refere-se aos direitos positivos que garantem a cada um parte equitativa na distribuição de bens elementares. (RICOEUR, 2006, p. 213).

Percebemos, portanto, a relação do reconhecimento com a justiça em Ricoeur. A justiça distributiva, atuando na justa-parcela dos bens, necessita do reconhecimento enquanto instrumento para a realização desta justiça, desta igualdade. Não pode haver uma

atribuição igual de direitos e uma repartição desigual dos bens, isto é injusto.

Este menosprezo sofrido por quem é inferiorizado assume a forma de sentimentos de exclusão, de opressão e a indignação dá força às lutas sociais. A vitória destas lutas assume a forma do orgulho – orgulho negro, orgulho trans etc. As conquistas normativas afetam diretamente o orgulho e o sentimento que estas pessoas têm de si junto aos outros, como estas se veem. Poder ter orgulho do que se é, eis a grande conquista íntima das políticas de reconhecimento. (RICOEUR, 2006, p. 215).

Estas reinvindicações são guiadas pelo senso de justiça, recusando os diversos critérios que fazem de uma pessoa "grande" ou "pequena" em função de diversos crivos de grandeza, ligada a certas qualidades sociais. (RICOEUR, 2006, p. 219).

Quanto às lutas das minorias por reconhecimento, Ricoeur (2006, p. 227) diz-nos:

> O que é comum a todas essas lutas diferentes, mas frequentemente convergentes, é o reconhecimento da identidade distinta das minorias culturais desfavorecidas. Trata-se, pois, de identidade, mas no plano coletivo e em uma dimensão temporal que abarca discriminações exercidas contra esses grupos em um passado que pode ser secular, como na história da escravidão, até mesmo multissecular, como na condição feminina. Essa reivindicação, que diz respeito à igualdade no plano social, coloca em jogo a auto-estima, mediatizada pelas instituições públicas ligadas à sociedade civil, como a universidade e, por fim, a própria instituição política.

O Estado deve efetivar a liberdade concreta, não apenas abstrata. De modo que as singularidades e seus interesses particulares tenham desenvolvimento completo, o reconhecimento do seu direito ao si. (RICOEUR, 2006, p. 231). Sobre a relação de paz e de luta por estes reconhecimentos, Ricoeur (2006, p. 232) comenta:

> As experiências de reconhecimento pacificado não poderiam ocupar o lugar da resolução das perplexidades suscitadas pelo

> próprio conceito de luta, ainda menos da resolução dos conflitos em questão. A certeza que acompanha os estados de paz oferece antes uma confirmação de que a motivação moral das lutas pelo reconhecimento não é ilusória. É por isso que não se trata senão de tréguas, de melhorias, dir-se-ia de 'clareiras', nas quais o sentido da ação sai do nevoeiro da dúvida com a estampa da ação conveniente.

Parte do sentido de percurso para o reconhecimento envolve a luta. Parte do sentido da mudança do reconhecer (voz ativa) para o ser reconhecido (voz passiva) é sê-lo devido às lutas por este reconhecimento (RICOEUR, 2006, p. 262). Ou seja, não basta que o grupo se reconheça, este precisa ser reconhecido no plano político-institucional.

O modelo ideal do reconhecimento é o reconhecimento mútuo, norteando, como utopia, o que deve ser alçado no plano político. Este reconhecimento mútuo pauta a relação entre identidade e alteridade. É um caminho longo que devemos ter em mente nesta relação. Se, no primeiro capítulo, expusemos a dialética entre mesmidade e ipseidade, o resultado desta dialética deve enfrentar a dialética com a alteridade. Ricoeur (1991, p. 302), assim, diz- nos:

> O pluralismo das opiniões, tendo livre acesso à expressão pública, não é nem um acidente, nem uma doença, nem uma desgraça; ele é a expressão do caráter não determinável de modo científico ou dogmático do bem público.

O reconhecimento introduz a pluralidade na constituição de si enquanto elemento da justiça. O sentido da justiça não visa a estabelecer uma escala dos méritos, mas ajudar cada um a encontrar o seu lugar e distância adequados em relação aos protagonistas com que a nossa história nos fez cruzar em diversos papéis. Mas o sentido da justiça lembra-nos, sobretudo, de duas coisas: que é, antes de tudo, às vítimas que a justiça é devida, - mas que, em todas as

circunstâncias, uma vida vale tanto como outra: nenhuma é mais importante do que outra. (RICOEUR, 2005, p. 3).

Portanto, construir elementos em comum, a identidade coletiva prospectiva do subcapítulo anterior, não é incompatível com a pluralização dos critérios de grandeza. Pelo contrário, ela é necessária. Afinal, o modo mais eficaz de unir as pessoas em torno de um projeto comum não reduzindo as suas diferenças, eliminando os diferentes e homogeneizando, é colocando-as em condições político-sociais igualitárias, em que todos se reconheçam como iguais e possam então compartilhar uma narrativa comum. (RICOEUR, 2006, p. 220).

Deste modo, o reconhecimento não é apenas parte da singularidade, mas também parte da comunidade e do que é compartilhado. Não há uma oposição entre narrativa única e cada um se narrar. Uma deve fortalecer a outra.

4.4 Pensando a Constituição Justa: um Balanço a Partir da Constituição Democrática

Iniciamos este capítulo desenvolvendo as consequências narrativas da estima de si, da busca do bem comum até chegarmos ao desdobramento das instituições justas, a necessidade de igualdade e de pluralismo. Então, foi desenvolvido o argumento pela impossibilidade do atomismo e, portanto, a necessidade de pensar a promessa coletiva, a identidade prospectiva por meio da utopia. Depois, tratamos que esta identidade coletiva não elimina o reconhecimento das minorias, dos inferiorizados; pelo contrário, deve-se colocá-los dentro do jogo, buscar reconhecê-los como iguais no âmbito político e social.

Portanto, o que parecia ser questões opostas (e até contraditórias), a coexistência de identidade coletiva e direito ao pluralismo, na verdade, fortalecem e dependem uma a outra. Há uma circularidade. Apenas em uma sociedade que reconhece as minorias pode ter uma promessa coletiva que realmente ligue a

nação e apenas uma nação com uma promessa coletiva que busque igualdade e justiça pode reconhecer as minorias de modo mais eficaz, pautado no reconhecimento mútuo e no diálogo.

Ao final do segundo capítulo, foi feita uma síntese da relação da narrativa com a Constituição em Kelsen e Schmitt, a partir do diálogo entre mesmidade e ipseidade. Neste terceiro capítulo, a partir de elementos éticos, chegamos à virtude da justiça nas instituições em Paul Ricoeur e levaremos os desdobramentos relevantes à questão da legitimação democrática das Constituições. Portanto, sintetizaremos, agora, o diálogo entre Constituição e justiça a partir do diálogo da ipseidade com a alteridade. A partir do senso de justiça, completaremos o trajeto de pensar a Constituição como narrativa. E o fim deste trajeto é abrir o pensamento para a Constituição justa.

Carl Schmitt define como objetivo político da Constituição a conceituação da identidade do povo pela oposição amigo-inimigo - pela oposição de quem não somos, definimos quem somos e nossos objetivos. E o inimigo é tratado como inimigo: guerra. Schmitt torna homogênea e excludente as questões de identidade na Constituição. Isto seria para ele democrático – o que, obviamente, é insustentável.

Hans Kelsen é um relativista axiológico, que defende a sociedade pluralista. Recusa a caracterização do povo e, na verdade, qualquer identidade coletiva em termos substanciais. Por isto, a Constituição deve ser neutra e não definir nenhum bem-comum, mas apenas garantir as liberdades fundamentais de todos, independente de suas características ou posições. A unidade existente é formal, pois todos estão submetidos ao ordenamento jurídico, que é equiparado ao Estado em Kelsen. Deste modo, todos poderiam buscar seus ideais de vida boa.

Havíamos feito uma oposição na síntese do segundo capítulo, onde Carl Schmitt estaria ligado à mesmidade e Hans Kelsen à ipseidade, pois o primeiro defende uma unidade substancial e o segundo apenas garantiria as liberdades, que cada um defina seus ideais de vida boa. Esta oposição não é rigorosa, não é exatamente uma equivalência, mas perceber que cada um se aproxima de um

destes elementos da identidade e, assim, poderíamos pô-los em diálogo. Feitos os desenvolvimentos quanto à justiça e à alteridade, uma outra oposição surge, mas a custo de uma insuficiência da primeira oposição. Oporemos, agora, as duas perspectivas dentro da promessa e da ipseidade: a promessa coletiva (utopia) e a promessa individual (minoritária).

Carl Schmitt não se liga apenas às memórias, portanto, às qualidades existentes, perceptíveis do que seria o povo alemão. Na verdade, este povo possui também uma identidade prospectiva, ligada a promessas para o seu futuro como povo. Portanto, colocar-se como autônomo e recusar o diferente não acontece apenas por uma diferença cultural, mas por um projeto ético-político particular, uma ligação ao futuro que acontece na forma de uma utopia. A prosperidade e vitória do povo alemão diante dos seus inimigos – o que não aconteceu nas grandes guerras. Portanto, é identificável a ipseidade e a promessa em Carl Schmitt, mesmo que este não trate nestes termos.

Esta promessa coletiva, esta utopia, mostra-se presente em qualquer projeto político. Afinal, faz parte do projetar-se a expectativa de buscar o bem; e se este bem é de um povo ou nação, é buscar o bem comum. A utopia torna-se uma necessidade. Entretanto, esta mesma utopia depende da igualdade e do reconhecimento dos membros desta instituição. É necessário que os excluídos e inferiorizados sejam postos em igualdade para que todos sejam reconhecidos como povo e, assim, o bem comum seja de fato compartilhado.

Dialogando com o pensamento de Hans Kelsen que assume uma posição liberal que se mostra falaciosa diante da ideia de narrativa. Acreditar que o liberalismo é neutro, individualista, é um erro que impossibilita a visualização de parte fundamental do político, que é buscar o bem-comum – elemento nunca esquecido por Schmitt. Mas então faz-se a questão: como tornar iguais, autônomos indivíduos totalmente atomizados? Como reconhecê-los? Esta igualdade é formal, jurídica, de um sujeito de direitos formalista e distanciado dos desdobramentos da autonomia que

tocam na estima social e no querer-viver-junto. Sem palavra comum, algo que una em torno do político, não há sujeito de direito. Afinal, toda Constituição democrática pressupõe o povo com capacidade.

Esta suposta oposição entre uma narrativa única (Schmitt) e a possibilidade de cada um narrar a si (Kelsen) é, na verdade, uma falsa oposição no plano ético. Ou seja, indo além das teorias dos grandes juristas, podemos reunir estas duas virtudes narrativas por meio da justiça enquanto desdobramento ético – e não enquanto formalismo moral.

Deste modo, a Constituição pode ser pensada em termos democráticos a partir da justiça. Afinal, que Constituição seria mais democrática do que a Constituição justa? Naturalmente, o ideal de Constituição justa, como o ideal de reconhecimento mútuo, de hospitalidade, são utopias, projetos inalcançáveis. Mas eis a grande função da ficção e da imaginação produtiva: pautar a realidade, o real, a partir de um mundo inexistente, de um mundo em que o ideal pode ser pensado.

Cabe utilizar uma fala de Ricoeur (2008, p. 66):

> Antes de qualquer formalização, de qualquer universalização, de qualquer tratamento procedimental, a busca de justiça é a busca de uma justa distância entre todos os seres humanos. Justa distância, meio-termo entre a pouquíssima distância própria a muitos sonhos de fusão emocional e o excesso de distância alimentado pela arrogância, pelo desprezo, pelo ódio ao estranho, desconhecido. Eu veria na virtude da hospitalidade a expressão emblemática mais próxima dessa cultura da justa distância.

A Constituição então segue além dos seus objetivos políticos mais fundamentais. Ela não serve apenas para limitar os poderes, definir processos legislativos e definir os direitos fundamentais. Tudo isto está dentro de uma grande narrativa constitucional, tudo isto envolve a intriga, o mundo em que as pessoas irão agir, como irão se ver em sociedade e, portanto, quem elas podem ser.

Cabe ao mito, ao texto fundador, à Constituição, ser justa; e a justiça deve ser plural, hospitaleira e, ao mesmo tempo, buscar o bem-comum. Mas como realizar tudo isto? O primeiro passo hermenêutico é compreender esta dimensão, trazendo à luz os elementos narrativos da Constituição como um desafio inevitável ao pensamento constitucional. E, assim, reconstruir em novos termos a ligação perdida por grande parte da filosofia política entre Constituição, identidade, justiça e narrativa.

5

Condiderações finais

É difícil escrever uma conclusão, é como se colocasse em encadeamentos silogísticos uma longa exposição. De tal modo que parece que tal exposição é utilizada como meio e depois podemos descartá-la para o que seria realmente o ganho deste percurso. Isto não é cômodo para uma perspectiva narrativa e hermenêutica. Na verdade, o percurso é o fundamental e todos os seus desvios fazem parte do modo errante e perscrutador com que buscamos o conhecimento ou algum saber. Mas sigo a tradição e realizo o esforço de síntese com pontualidade.

Nestas páginas chegamos a uma forma prévia do que seria a Constituição justa, algo como um esboço de teoria narrativa da Constituição que propõe o modelo da Constituição justa. Começamos no primeiro capítulo conceituando e reabilitando a narrativa, a relação com o Direito, o elemento hermenêutico, a filosofia reflexiva e a identidade narrativa na filosofia de Paul Ricoeur, tendo como ponto final a dialética entre as duas formas de identidade: a mesmidade e a ipseidade. No segundo capítulo, desenvolvemos o debate em torno da Constituição de Weimar entre Hans Kelsen, enfocando seu pluralismo e ausência de bem comum, e Carl Schmitt, enfocando a unidade do povo, para compreender este debate e as posições sobre o que é a Constituição democrática. Posto isto, relacionamos e desenvolvemos diversos elementos destes autores a questões narrativas, associando Schmitt à mesmidade e Kelsen à ipseidade. No terceiro capítulo, levamos as consequências da

pequena ética de Ricoeur ao campo da Constituição por meio dos desdobramentos morais que partem da busca da vida boa no plano pessoal. A partir da estima de si (individual) chegamos à solicitude (plano interpessoal, pela amizade) e à instituição justa (plano político) e daí extraímos elementos morais, a necessidade de igualdade e o dever de justiça. Postas as consequências da identidade narrativa no plano político e em relação ao outro, à alteridade, chegamos à preocupação dentro da Constituição com a narrativa comum (a promessa coletiva que é a utopia) e a narrativa singular (como quem pode narrar a si e tem isto reconhecido politicamente) enquanto elementos que não são excludentes, mas um fortalece o outro de modo circular.

Neste percurso realizamos diversas ligações entre Constituição e narrativa, mostrando que há um elemento narrativo-constitucional não problematizado na teoria política e constitucional, a qual não dialoga com uma compreensão narrativa do que é a Constituição. Posta a Constituição como narrativa, como um mito moderno, como o que coloca em intriga os cidadãos, pensamos então a Constituição democrática a partir do senso de justiça em Ricoeur e, portanto, pensamos o que seria a Constituição justa. Afinal, é possível pensar em uma Constituição democrática e injusta? A Constituição pensada pela sua justeza mostra-se como fundamental para pensar o seu caráter democrático; ou corremos o risco de pensar a democracia de modo puramente formal e desligado da justiça social, da devida partilha de bens que o Estado deve promover.

Concluímos que a Constituição justa é a que garante a coexistência entre uma narrativa que une a nação em busca de um bem comum, uma promessa coletiva e utópica, e ao mesmo tempo garante a capacidade de cada um narrar a si mesmo. Sendo que um elemento fortalece e ajuda na eficácia do outro, atuando juntos na busca por igualdade e autonomia dos cidadãos, o que só pode acontecer de maneira satisfatória em instituições justas.

Em uma conclusão mais ampla, cabe então ao Direito e à teoria constitucional dialogar com a teoria narrativa, com a identidade individual e coletiva para compreender melhor o seu papel e seus efeitos, tornando compreensível o que da linguagem jurídica foi ocultado e que prejudica a observação de um plano importante à Constituição que é o seu caráter narrativo e que a linguagem do Direito também é uma linguagem que deve se preocupar com a ética e com a identidade dos indivíduos e da nação. É um modo de distanciar o discurso constitucional da mera separação dos poderes e garantia dos direitos fundamentais – e do direito como mera resolução de conflitos. Estas funções da Constituição e do Direito devem ter um fim superior, não é verdade? O importante é que o Direito resolva as questões de modo justo – e como fazê-lo sem uma Constituição justa? O elemento democrático pressupõe a justa divisão dos bens em sociedade. Eis a necessidade de pensar a Constituição como uma narrativa que não apenas é democrática, mas que busca o justo.

Naturalmente, muitas questões seguem abertas nesta pesquisa. Como ser eficaz na narrativa comum e como aperfeiçoar os mecanismos políticos de garantia da pluralidade, de respeito aos grupos vulneráveis? O bem comum é pressuposto ou é resultado do esforço democrático? Como os juízes devem aplicar a Constituição a partir dos elementos narrativos?

Muitas perguntas se abrem e tantos pensamentos seguem abertos. No mais, seria precipitado chamar de conclusão alguns passos de um percurso.

Referências

BLOCH, Marc. **Apologia da História, ou, O ofício de historiador**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 15 jan. 2016:

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 49, p. 81-99, 2006.

CALVO GONZÁLEZ, José. Derecho y literatura, *ad Usum Scholaris Juventutis* (con relato implícito). **Sequência**, Florianópolis, n. 66, p. 15-45, jul. 2013

_____. Derecho y literatura: intersecciones instrumental, estructural e institucional. **Anuario de Filosofía del Derecho**, Madrid, n. 24, p. 307-332, 2007.

CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad em Kelsen y Schmitt. **Revista Latinoamericana de Derecho**, México, DF, ano 4, n. 7-8, p. 271-292, ene./dic. 2007.

COSTA JUNIOR, Ernane Salles. **O tempo da Constituição**: lineamentos para uma teoria narrativa do direito à luz do pensamento de Paul Ricoeur. 2011. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMinas), Belo Horizonte, MG, 2011.

COVER, Robert M. The Supreme Court, 1982 Term – foreword: nomos and narrative. **Harvard Law Review**, Cambridge, Mass. n. 97, v. 4, p. 4-68, Nov. 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3690&context=fss_papers>. Acesso em: 15 jan. 2016.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Porto Alegre: L&PM, 2009.

_____. **Meditações**. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os pensadores).

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

FERREIRA, Bernardo. Democracia, relativismo e identidade política em Hans Kelsen e Carl Schmitt. **Revista Filosófica de Coimbra**, Coimbra, n. 29, p. 161-194, 2006.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros dias. Madrid: Trotta, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. As doutrinas da Constituição em sentido material. **Revista de Estudos Constituicionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 103-109, jul./dez. 2012.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião de promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GODOY, Paula Véspoli. **Hans Kelsen e Carl Schmitt**: o debate entre normativismo e decisionismo. 2010. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

GUIMARÃES FILHO, Gilberto; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Tempo e direito: sob a temporalização da Constituição a partir de Paul Ricoeur e François Ost. **Revista Culturas Jurídicas**, Niterói, v. 1, n. 1, p. 99-116, 2014.

HEIDEGGER, Martin. **Ontologia (Hermenêutica da facticidade)**. Petrópolis: Vozes, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2008.

KEARNEY, Richard. Hermenêutica diacrítica: a partir de Ricoeur. In: NASCIMENTO, Fernando; SALLER, Walter (Org.). **Paul Ricoeur**: ética, identidade e reconhecimento. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2013. p.149-168

KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. (Coleção Paulo Bonavides).

_____. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **La garantía jurisdicional de la constitución**. [Mexico, DC]: Instituto de Investigaciones Jurídica, 1974. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3187/16.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2016:

_____. **General theory of norms**. Oxford: Oxford University Press, 2011a.

_____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Kelsen on the nature and development of constitutional adjudication. In: VINX, Lars. **The guardian of the Constitution**: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitucional law. Cambridge: Cambridge Press, 2015. p. 22-78. (Cambridge Studies in Constitucional Law).

_____. **Problemi fondamentali della dottrina del diritto publico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

_____. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEICHTER, David J. Collective identity and collective memory in the philosophy of Paul Ricœur. **Études Ricoeuriennes**, Pittsburgh, Pa, v. 3, n. 1, p. 114-131, 2012.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. **O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt**: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar. 2007. 418 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2007.

NEVES, António Castanheira. **Teoria do direito**: lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.

OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2007.

_____. Pour une critique de la raison narrative. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, Milano, v. 91, n. 1, p. 1-18, 2014.

PERSE, Saint-John. **Poemas**. Rio de Janeiro: Grifo, 1971.

PLATÃO. **As leis, ou, Da legislação e epinomis**. Bauru, SP: EDIPRO, 1999.

_____. **A República, ou, Sobre a justiça**. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000.

POSNER, Richard A. **Law and literature**. 3rd ed. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

RICOEUR, Paul. **O bom uso das feridas da memória**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2005. Disponível em: <http://www.uc.pt/fluc/uidief/textos_ricoeur/o_bom_uso_das_feridas_da_memoria>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. **La critique et la conviction**: entretien avec François Azouvi et Marc de Launay. Paris: Pluriel, 2013.

_____. **Da interpretação**: ensaio sobre Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1977.

_____. **Identidade frágil**: respeito pelo outro e identidade cultural. 2000. Disponível em: <http://www.uc.pt/fluc/lif/publicacoes/textos_disponiveis_online/pdf/identidade_fragil>. Acesso em: 05 fev. 2016. Texto apresentado ao Congresso da Federação Internacional da Acção dos Cristãos para a Abolição da Tortura, Praga, 2000.

_____. **Interpretação e ideologias**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1990a.

_____. Interpretação e/ou argumentação. In: RICOEUR, Paul. **O Justo, ou, A essência da justiça**. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995a. p.143-162.

_____. **O justo 2**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Lectures on ideology and utopia**. New York: Columbia University Press, 1988a.

_____. Mito: a interpretação filosófica. In: RICOEUR, Paul et al. **Grécia e mito**. Lisboa: Gradiva, 1988b. p. 9-40.

RICOEUR, Paul. **Percurso para o reconhecimento.** São Paulo: Loyola, 2006.

_____. Quem é o sujeito do direito? In: RICOEUR, Paul. **O Justo, ou, A essência da justiça**. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995b. p. 25-34.

_____. Reflections on a new ethos for Europe. In: KEARNEY, Richard. **Paul Ricoeur**: The Hermeneutics of Action. London: Sage, 1996. p. 3-13.

_____. **O si-mesmo como um outro**. Campinas: Papirus, 1991.

_____. **Soi-Même comme um autre**. Paris: Éditions du Seuil, 1990b.

ROUSSEAU, Dominique. Question de Constitution. **Politique et sociétés**, v.19, n. 2-3, p. 9-30, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social**. Paris: Union Générale d'Éditions, 1963.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1983.

_____. The Guardian of the Constitution. In: VINX, Lars. **The guardian of the Constitution**: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitucional law. Cambridge: Cambridge Press, 2015. p. 79-173.

_____. **O guardião da Constituição**. Belo horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SCHÜLER, Donaldo. Filosofia e revolução literária. In: ROHDEN, Luiz; PIRES, Cecília (Org.). **Filosofia e literatura**: uma relação transacional. Ijuí: Unijuí, 2009.

TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. **Revista Julgar**, Coimbra, n. 13, p. 111-153, 2011, p.111-153.

TAYLOR, Charles. **Philosophical arguments**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.

TAYLOR, George. Identidade prospectiva. In: NASCIMENTO, Fernando; SALLER, Walter (Org.). **Paul Ricoeur**: ética, identidade e reconhecimento. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2013. p.127-148.

WARD, Ian. **Law and literature**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

ZARKA, Yves Charles. **L'autre voie de la subjectivité**. Paris: Beauchesne, 2000.

_____. **Difícil tolerância**: a coexistência de culturas em regimes democráticos. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2013.